

AUDIENCIA PRELIMINAR

Por **Roberto G. LOUTAYF RANEA**

(Publicado en Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto O.: "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Librería Editora Platense., t. X-A (Actualización. Parte General), 2004, pág. 723)

I) Introducción

En el Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en Utrecht en agosto de 1987 se han destacado algunos aspectos considerados importantes para lograr una mejor y más eficiencia Administración de Justicia. Así, se ha indicado, entre otras cosas, la **importancia de la 1º Instancia** como plaza fuerte de la Justicia; el **rol activo del juez**; la necesidad de **que los jueces sean personas experimentadas** (no el graduado recién iniciado); y también la función decisiva que tiene en este sentido la **audiencia preliminar**¹. Se ha señalado que "la expansión de la audiencia preliminar es, seguramente, el fenómeno procesal más importante del siglo XX"²; y el instrumento más apto para aventar la manía de pleitear³.

Ahora bien, para que la audiencia preliminar resulte provechosa, se requiere un protagonismo cierto del juez. No se trata, por lo tanto, de un instituto procesal que pueda introducirse sin más en un ordenamiento vigente en un determinado lugar, sino que para lograr los frutos que se espera de ella, deben cumplirse tareas previas, como hacer un análisis de cada realidad; emprender las reformas que resulten necesarias para que su implementación permita a cada magistrado intervenir y dirigir adecuadamente la audiencia⁴; y también presentar la reforma de manera tal que se alcance un cambio de mentalidad y la predisposición de los jueces y de los abogados para hacerle rendir sus frutos, superando las corruptelas⁵.

II) Oralidad y escritura. El proceso por audiencia

Ha existido un movimiento pendular con relación a la *oralidad* y la *escritura* en el procedimiento judicial. En el **sistema escritural** los actos procesales se desarrollan mediante escritos, es decir la actividad procesal es manifestada mediante la expresión gráfica de la

¹ Morello, Augusto Mario, *Justicia y Eficiencia: el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal*. J.A. 1988-I-878.

² Barrios de Angelis, Dante: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. I.1.

³ Etcheverry de Quintabani, María Angélica: *La audiencia preliminar y el cambio de mentalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I.

⁴ Sobre el tema, ver, entre otros, Arazi. Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254; Colerio, Juan Pedro y Rojas, Jorge Armando: *La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1996-A-1205.

⁵ Barrios de Angelis, Dante: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. VI.7.5.

escritura. En cambio, en el *tipo procesal oral*, hay prevalencia de la palabra sobre la escritura⁶, y los actos procesales se realizan de viva voz⁷. Existen tipos, que podríamos llamar *eclécticos* o *intermedios*, como es el llamado *sistema mixto*, en que algunos actos se realizan en forma escrita y otros en forma oral; o la denominada *oralidad actuada*, en el que la actividad procesal se desarrolla en forma oral, pero se documenta en actas que reproducen lo ocurrido. En realidad, difícilmente se da en los hechos un proceso puramente oral o un proceso puramente escrito; lo común, entonces, es un sistema mixto, con predominio en unos casos de la escritura, y en otros de la oralidad. Cada sistema tiene sus ventajas y desventajas⁸, pero la eficiencia de cada uno, sobre todo si se trata del tipo oral, depende de la manera como sea implementado, y en especial que se ponga en funcionamiento con un número suficiente de jueces -con cierta experiencia-, cuya presencia durante el proceso resulta de vital importancia para que la oralidad brinde sus frutos.

Históricamente, ha existido primero el procedimiento oral; basta recordar el proceso que resolvió el Rey Salomón frente a las dos mujeres que disputaban por un niño⁹. El procedimiento escrito ha surgido con el designio de obtener una mayor exactitud y regularidad formal cuando las relaciones sociales y económicas y la civilización jurídica se hicieron más complejas. Con el correr del tiempo, se ha exagerado en estas exigencias, convirtiéndose al procedimiento en algo tan complicado, formalista, difícil y costoso que ha determinado que aparezca nuevamente la oralidad como la reacción contra tales exageraciones¹⁰. Pero, como señala Peyrano, "la realidad manda", y una serie de problemas (exigencias de una judicatura especializada, creación de mayor número de tribunales, onerosidad connatural al juicio oral, etc.) han conspirado contra la implantación de la oralidad, ya en forma absoluta o restringida, pudiéndose comprobar que las buenas intenciones que tuvieron algunos codificadores locales al imponer la forma oral como trámite apto para ventilar con mayor celeridad ciertas cuestiones, no se ha concretado; y más aún, en muchos casos el proceso oral montado se ha convertido en algo mucho más lento que el escrito¹¹. Hoy en día las aguas se han aquietado, y la moderna orientación es la de implantar un proceso mixto, en el que los actos procesales de demanda y contestación se realicen en forma escrita, dado que requieren una particular coherencia y consecuente serenidad en quienes concurren a realizarlos; en cambio, la actividad probatoria debe desarrollarse

⁶ Alsina: *Tratado*, Bs. As., Ediar, 1963, tomo I, pág. 110.

⁷ Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 199

⁸ 2S2t2a2r2t2u2p2C2o2m2m2a2n2d2"2>2<2P2R2O2P2E2R2T2Y2 2N2A2M2E2=2"2C2o2m2m2a2As., Ediar, 1992, tomo I, volumen 1, pág. 336.

⁹ Primer Libro de los Reyes, Capítulo 3, versículos 16-28.

¹⁰ Prieto-Castro Ferrandiz, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1968, vol. 1, págs. 403/404.

¹¹ Peyrano, Jorge W.: *El Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1978, págs. 327/328.

siguiendo los postulados de la oralidad¹². Pero en la implementación de cualquier sistema no conviene incurrir en exageraciones; y deben atenderse las condiciones particulares de cada pueblo, como para advertir cuál es el sistema que mejor se adecua¹³.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (redactado por los maestros uruguayos Adolfo Gelsi Bidar, Enrique Vescovi y Luis Torello, y aprobado definitivamente en el año 1988 en Rio de Janeiro -Brasil-), ha seguido, según se indica en su Exposición de Motivos, un modelo de *proceso por audiencia*, en donde la *audiencia* resulta el elemento central del proceso, en especial, la *audiencia preliminar*. "La audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el Tribunal y las partes), y la forma natural de realizarse esta, conforme a su propia manera de ser: "*actum triarum personae*". Lo cual supone realizar los actos en forma conjunta; los diversos tramos del proceso, concentrando su actuación". Señala luego la Exposición de Motivos que "esta actuación, relativamente contemporánea, por la reunión de quienes protagonizan el proceso, permite el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente, con las narraciones, muchas veces complementarias (y a través de pedidos de aclaraciones), aun con las ineludibles contradicciones". Este proceso oral, agrega, "es el de hablar y oír (audire-audiencia), que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento". Y concluye que la "oralidad, no como punto de partida, sino como consecuencia de la necesaria presencia -co-presencia- de los sujetos en la audiencia"¹⁴.

III) Concentración e Inmediación

Conforme ya se señaló, hoy en día existe consenso en que el procedimiento debe ser mixto. Así lo han establecido las distintas legislaciones. Algunas han consagrado un sistema con predominio de la estructura propia de un proceso escrito (tradicional)¹⁵, como es el de raigambre hispánica, y que han seguido gran parte de los países latinoamericanos (cuyas

¹² Peyrano: *El Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1978, pág. 329; Lascano, David: *Exposición de Motivos al llamado "Proyecto Lascano"*, Revista de Derecho Procesal, director Hugo Alsina, 1954, 2º Parte, pág. 138; Gozáini: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Ediar, 1992, tomo I, volumen 1, pág. 338.

¹³ Pireto-Castro Ferrandiz: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Edit. REvista de Derecho Privado, 1968, vol. 1, págs. 403/404.

¹⁴ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. *"El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos"*, Montevideo, 1988, págs. 38/39.

¹⁵ En la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, los autores dicen que con el Proyecto buscan revertir el sistema actual de proceso escrito en Iberoamérica, "desesperadamente escrito" como lo calificara Couture, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad. "Se trata del régimen procesal derivado del Bajo Imperio, modificado por el Derecho intermedio romano-canónico vigente en la época colonial que heredamos, hace más de un siglo, con ya varios de atraso. En efecto España, en su legislación procesal quedó en retraso en Europa, en su época y es así que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que nos inspiramos, al haber sido rechazado el proyecto del Marqués de Gerona, hace que, en mayor o menor medida, por lo menos en la práctica judicial de nuestro sub-continente, padezcamos de ese viejo y anticuado sistema" (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. *"El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos"*, Montevideo, 1988, pág. 40)..

etapas principales son: demanda; contestación; período de prueba; alegatos; sentencia). Otras legislaciones han instaurado un proceso con la estructura adecuada a un tipo oral (cuyas etapas principales son: demanda; contestación; audiencia o audiencias de prueba y alegatos; sentencia).

Pero, si nos detenemos a analizar cada uno de estos tipos se puede advertir que existe en ambos prácticamente coincidencia con relación a los actos que se realizan en forma escrita y los que transcurren en forma oral: así, demanda y contestación son escritas en uno y otro sistema; las pruebas que lo admiten (p. ej., testimonial, confesional) se desarrollan en forma oral en uno y otro supuesto, y las que deben producirse por escrito (p. ej. documental, informativa) se realizan de tal forma en ambos casos. La diferencia entre uno y otro sistema radica principalmente en la vigencia o no de la *concentración*¹⁶ y la *inmediación*¹⁷, sobre todo en la etapa probatoria: así, la recepción de la prueba en un proceso de tipo oral se concentra en una audiencia (denominada de prueba, de vista de causa, de debate, etc.), en la que resulta esencial la presencia del tribunal, so riesgo de invalidez; en cambio, en el proceso tradicional se fija un período de prueba, y normalmente no está presente el juez en oportunidad de recibirse cada uno de los medios probatorios. Es esta presencia necesaria del juez en el proceso de tipo oral lo que hace necesario un mayor número de tribunales.

Para implantar un sistema oral, o mejor dicho mixto, en donde rija la inmediación y la concentración, luego de un sistema tradicional o escriturario, es necesario contemplar todas las circunstancias que resulten necesarias para que el mismo pueda funcionar adecuadamente. Como enseña Clemente Díaz (bajo el seudónimo de Carlo Carli), la "reforma procesal no

¹⁶ Se denomina *principio de concentración* "a aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos" (Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 199).

El principio de concentración propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, y a evitar, por consiguiente, la dispersión de dicha actividad (Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, t. I, pág. 285).

¹⁷ El nombre de este principio se usa para indicar que debe existir un contacto personal y directo del juez con las partes y con los actos de adquisición de las pruebas, a fin de que aquél pueda llegar a conocer adecuadamente los intereses en litigio y la verdad de los hechos alegados (Díaz, Clemente: *Instituciones de Derecho Procesal - Parte General*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, tomo I, pág.380; conf. Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 199).

El principio de inmediación, dice Alsina, significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentren bajo su acción inmediata (Alsina: *Tratado*, Bs. As., Ediar, 1963, tomo I, pág. 460).

Eisner, a su vez, señala que el principio de "inmediación" es aquél en cuya virtud se asegura que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina. Es fácil comprender y admitir, señala en otra oportunidad, que cuantos menos obstáculos se interpongan entre los sujetos que exponen sus razones, con las pruebas que suministran para abonarlas, y el magistrado que las ha de apreciar, más justa y exacta será la composición de la litis (Eisner, Isidoro: *El nuevo artículo 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (En procura de "inmediación", "saneamiento" y "decantación de la litis")*, L.L. 1981-C-948, ap. III; "La inmediación en el proceso, Bs. As., Depalma, 1963).

debe consistir en poner vino nuevo en odres viejos, sino en preparar nuevas vasijas que contenga los vinos nuevos"¹⁸, **a)** En primer lugar, como en el nuevo sistema el juez es el protagonista esencial del proceso, y se exige su presencia personal en las audiencias, ello supone la necesidad de un *mayor número de tribunales* que los que requiere el proceso tradicional¹⁹; y no sólo es necesario un aumento considerable del número de jueces (y no tanto del resto del personal), sino que debe preferirse a personas experimentadas²⁰. **b)** En segundo lugar, es necesario también un *cambio de mentalidad*, tanto en los jueces como en los profesionales del derecho y la comunidad en general²¹: es conveniente que los jueces ejerciten plenamente todas las atribuciones que les brinda el ordenamiento jurídico para el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional; y los profesionales deben entender y valorar como correcta y conveniente esta forma de ejercitar la Magistratura, como también deben ellos mismos adaptarse al nuevo sistema procesal, y no pretender, consciente o inconscientemente, que todo siga como antes volviendo a las antiguas prácticas²², sin perder de vista que su función consiste esencialmente en ser un auxiliar de la Justicia²³.

¹⁸ Carli, Carlo: *La demanda civil*, Lex, 1973, pág. 342.

¹⁹ Sobre la insuficiencia de tribunales y el desborde del número de causas, ver Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Editora Platense-, 1979, tomo IX, págs. 653 y ss.

²⁰ Ver Morello, Augusto M.: *Justicia y Eficiencia: el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal*, J.A. 1988-I-878; Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV.

²¹ Sobre el cambio de mentalidad, ver Morello, Augusto M.: *Al final de una época*, La Plata, Librería Editora Platense, 2001, pág. 150.

Con relación a la cuestión destaca Eisner la funesta experiencia derivada de la aplicación del art. 23 de la ley 14.237: los jueces no asistían a las audiencias designadas y las partes se limitaban a formular verbalmente, o mediante un escrito que traían preparado, los llamados "puntos controvertidos". Frente a tal situación, y a pesar de haber pregonado la inmediación como sistema necesario para una buena administración de justicia, considera que fue acertado que el dec. ley 23.398/56 haya suprimido esa parodia que sólo había ayudado a complicar el procedimiento con nuevas audiencias, cuestiones, incidentes y recursos dilatorios (Ver Arazi, Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254, ap. II, citando a Eisner, Isidoro, *La inmediación en el proceso*, Bs. As., Depalma).

²² Ver Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV; Payá, Fernando Horacio: *En el Código Procesal de la Nación existen normas que bien utilizadas abreviarían los procesos*, E.D. 129-993.

"La oralidad no sólo representa un cambio efectivo de ubicación del juez en relación con las partes, sino que parejamente y de modo igualmente principal, jerarquiza la labor protagónica del abogado como auxiliar de la justicia" (Exposición de Motivos de la Ley 7861 de la Pcia de Bs. As., citada por Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Editora Platense-, 1979, tomo IX, pág. 651).

El Dr. Isidoro Eisner había inspirado una modificación al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, introduciendo una audiencia preliminar. Sin embargo, el mismo Eisner ha señalado que la realidad de la vida judicial fue funesta para la norma en cuestión, porque los jueces no asistían a las audiencias designadas, y las partes se limitaban a formular verbalmente, o mediante un escrito que traían preparado, los llamados "puntos controvertidos" que debían determinarse en esa audiencia (ver Arazi, Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254, ap. II).

²³ Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001

IV) La audiencia preliminar como forma de acercar la inmediación y la concentración

El cambio del sistema tradicional a un sistema oral puede hacerse en forma total o parcial:

a) En la República Oriental del Uruguay, en oportunidad de implementarse el Código General del Proceso, se ha optado por una *reforma total*: Según lo señala Véscovi, uno de sus redactores, se siguió el criterio de que la reforma procesal debía ser total y no parcial; se rechazó lo que en otros países se llamó, por ejemplo "proyecto de reformas urgentes"; es decir, no se admitió el sistema de reformas urgentes ni parciales; y en todo momento ha existido la voluntad política y el apoyo necesario para lograr la reforma, lo que facilitó en todo aspecto su concreción²⁴.

b) En cambio el sistema de *reforma parcial* puede tener dos variantes: **b-1)** Reforma parcial en el sentido de aplicarse el nuevo sistema a determinado tipo de asuntos: es lo que ha ocurrido con la ley 7861 de la Provincia de Buenos Aires: en tal sentido destacan Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce que se ha comenzado por implantar la oralidad en forma fragmentaria, limitado a determinados tipos de procesos; y no porque se piense que es ése el desideratum, sino antes bien en consideración a aspectos predominantemente presupuestarios²⁵. **b-2)** Sin embargo, también existe otro tipo de reforma parcial que consiste en introducir una cierta medida de oralidad dentro del proceso tradicional: es lo que ocurre cuando en este proceso se implementa la audiencia preliminar: así lo han hecho, p. ej., el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con las reformas por las leyes 24.573 y 25.488; el Código de la Provincia de Río Negro (2208); y así lo habíamos propuesto en una oportunidad anterior²⁶.

Alguna vez se ha dicho que cuando coexisten oralidad y escritura esta última acaba por devorar a la primera. Sin embargo, una adecuada implementación de la reforma, acompañada de una tarea de concienciación en los operadores del derecho, sobre todo en los jueces que deben aplicarla, de manera de lograr que asuman con nueva mentalidad el cambio incorporado, más una debida preparación de los magistrados sobre el funcionamiento del nuevo sistema, son una de tantas herramientas que pueden utilizarse para procurar que no fracase el intento²⁷.

²⁴ Véscovi, Enrique: *Un modelo de reforma al servicio de Justicia en latinoamérica: El nuevo sistema judicial en Uruguay*, J.A. 1990-IV-74.

²⁵ Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Editora Platense-, 1979, tomo IX, págs. 645, 646 y ss.

²⁶ Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812.

²⁷ Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, han calificado como prudente la implementación fragmentaria introducida por la ley 7861 de la Provincia de Buenos Aires, limitada a determinados tipos de procesos, aunque no porque se piense que es el *desideratum*, sino en consideración a aspectos predominantemente presupuestarios

Señalan Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, que la oralidad es el mejor sistema para tramitar todos los juicios, no solamente aquéllos en que prevalecen las cuestiones de hecho²⁸. Sin embargo, el éxito de cualquier sistema depende de su adecuada implementación (en especial, que exista un número suficiente de jueces como para poder atender adecuadamente los asuntos que ingresen a cada juzgado). Pero la experiencia demuestra que gran parte de las veces las cosas no ocurren así, en unos supuestos porque no se hace una implementación adecuada del nuevo sistema, ya sea por no haberse hecho un estudio de la realidad, o por no haberse trabajado en el cambio de mentalidad en los operadores del derecho²⁹; en otros, porque lo que originariamente se organizó bien, con posterioridad no se han atendido sus requerimientos y, consecuentemente, no se han realizado las reformas y adecuaciones que las circunstancias exigían. Por tales motivos, entonces, no debe descartarse como una opción posible la realización de una reforma parcial, que en algunos supuestos ha dado buenos resultados

La *audiencia preliminar*, puede funcionar tanto en un proceso que se desarrolla por audiencias (con predominio de la oralidad), como en un proceso escriturario tradicional³⁰.

(Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Editora Platense-, 1979, tomo IX, pág. 646).

²⁸ Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Editora Platense-, 1979, tomo IX, pág. 646.

²⁹ Con relación a la audiencia establecida por el art. 23 de la ley 14.237, había señalado Eisner que la realidad de la vida judicial fue funesta para esa norma: los jueces no asistían a las audiencias designadas y las partes se limitaban a formular verbalmente, o mediante un escrito que traían preparado, los llamados "puntos controvertidos": y reconoció con pena que, a pesar de haber pregonado la intermediación como sistema necesario para una buena administración de justicia, frente a tales condiciones, hizo bien el dec. ley 23.398/56 en suprimir esa parodia que sólo había ayudado a complicar el procedimiento con nuevas audiencias, cuestiones, incidentes y recursos dilatorios (Ver Arazi, Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254, ap. II, citando a Eisner, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, Bs. As., Depalma).

³⁰ Dice Berizonce que cuando se introduce la audiencia preliminar en un esquema escriturario y de doble instancia, se suscita inescusablemente otra cuestión adicional que conduce al análisis de la verdadera *utilidad* del cambio, en cuanto generador de ventajas palpables en la relación entre la magnitud de los esfuerzos demandados y los reales resultados obtenidos. Existe un criterio de la *transformación gradual y paulatina* de las instituciones que se asienta en la imposibilidad de sustituir integralmente un sistema anterior, entendiéndose que resulta fructífero en la transición introducir ciertas "cuñas" propias del modelo teórico más avanzado, como paso intermedio para llegar, al cabo, al reemplazo global. Desde otra esquina del pensamiento, en cambio, se postula lisa y llanamente la radical supresión del esquema antiguo, tozudamente escriturario y sin la necesaria *inmediatez*, y su reemplazo por otro sustentado en pautas diametralmente opuestas: oralidad en ciertos actos esenciales (audiencia preliminar, vista de causa), incremento concreto de los poderes-deberes del juez, protagonismo colaborativo más directo de las partes y sus auxiliares, publicidad y transparencia de todos los actos del proceso. La experiencia, concluye, parece demostrar que ninguna de tales metodologías está exenta de críticas y que la elección de una u otra depende siempre de las circunstancias particulares en que la transformación tiene lugar. El *diagnóstico* serio de las condiciones que enmarcan la "situación", imprescindible, revelará las aristas y matizaciones que condicionan la elección de los medios, tanto como el nivel de "tolerancia y absorción" de las diversas propuestas. Cae en un sin sentido la pretensión varia de imponer con forceps reformas que, más allá de su "bondad teórica", sean absolutamente ajenas a un medio determinado. Pero tampoco -mucho menos- pueden tener auspicio las posturas simplistas que, desde una pasividad inerte y frenadora, encuentran argumentos puramente formales para oponerse al cambio, por aquello de que más vale lo malo conocido (Berizonce, Roberto O.: *La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso (A propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino)*, L.L. 1988-E-754, ap. VI *in fine*).

Pero en este último supuesto, sin perjuicio de las ventajas que implica el tratamiento de diversos asuntos en esta etapa del proceso, constituye también una forma de acercar a este tipo de proceso un cierto grado de *concentración* y de *inmediación*³¹.

Pero para la implantación de la audiencia preliminar, y en donde tengan efectiva vigencia los principios señalados, resultan también necesarios los mismos cambios que exige la oralidad, y que han sido señalados en párrafos anteriores, es decir, aumento del número de jueces³² (aunque quizás no en la dimensión que requeriría la implementación general del proceso por audiencia)³³, y cambio de mentalidad en los operadores del derecho³⁴. Por ello

³¹ Dice Arazi que la "audiencia preliminar constituye un medio eficaz de inmediación y oralidad en los procesos escritos. (Arazi, Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254, ap. II).

Barrios de Angelis, a su vez, señala que nadie puede dudar que la audiencia preliminar es un instrumento oral, concentrado, con inmediación, inquisitivo (aunque destaca que ha existido cierta vacilación doctrinaria sobre la calificación de inquisitivo o inquisitorio) (Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. I.3).

María Angélica Etcheverry de Quintabani considera que la audiencia preliminar representa una aproximación al sistema oral dentro del proceso escrito (Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de mentalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. III).

La audiencia preliminar establecida por el art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, constituye "el comienzo de una verdadera oralización del proceso civil" (Gaibrois, Luis M.: *El comienzo de la oralización del proceso civil, a raíz de la sanción del nuevo art. 360 del Código Procesal Civil*, J.A. 1997-II-813, ap. I *in fine*).

³² Dice Morello que la Justicia requiere de *su*. Si la empresa de servicios -a cargo de un *hombre*, director de lo que se va tejiendo en el litigio- está programada para atender seiscientos procesos anuales, no podemos derivarle mil más. Es la irrefutable ley de los números, que siempre triunfa sobre la limitada capacidad funcional del órgano. No es diferente lo que acontece en el proceso *oral* -o en las audiencias- cuando se exorbita la medida (comprobada) de lo que *satisfactoriamente*, el órgano (monocrática o colegiado) puede hacer y está dispuesto a hacer, *idóneamente*. Aquí radica el talón de Aquiles (Morello, Augusto M.: *El proceso civil moderno*, La Plata, Librería Editora Platense, 2001, pág.346).

³³ Así lo propone también Peruzzi, Héctor César: *Audiencia preliminar: una experiencia interesante*, L.L. 1990-D-731.

Dicen Elisa Díaz de Vivar y Rosa Vila que el cúmulo de tareas que implica la audiencia preliminar implica una sobrecarga inicial para el juez, pero valorando los resultados que en nuestros juzgados hemos obtenido tanto en orden a las conciliaciones alcanzadas, como en la totalidad del tiempo procesal abreviado en cada expediente, el balance final de lo invertido en estas audiencias queda compensado con creces (Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001). Y sin dudas es cierto que el cumplimiento efectivo de las actividades que deben desarrollarse en la audiencia preliminar, sobre todo la conciliación si es exitosa, trae consigo una merma de los asuntos a tramitar y resolver. Pero para que puedan los jueces cumplir con eficacia la tarea normal del juzgado, y en particular la que requiere la audiencia preliminar, deben contar con el tiempo necesario para prepararse debidamente con relación a cada expediente y poder así dirigir adecuadamente la audiencia. Hay que evitar las angustias de la sobrecarga de trabajo, en especial en actividades donde rige la inmediación, que es mucho más tensionante y cansador para el juez que lo que le requiere el proceso tradicional

³⁴ Dice María Angélica Etcheverry de Quintabani que hay una prolongada tradición nacional de pasividad judicial, exepo el caso del juicio penal; que los jueces prefieren condicionar su acción a los petitorios de las partes, ordenando o rechazando los pedidos efectuados por el actor y el demandado; que los letrados no están habituados a pensar en el impulso del juicio por los jueces y prefieren ajustar su ritmo a sus conveniencias profesionales; que el ver al proceso civil como el supuesto de máxima aplicación del principio dispositivo lleva a exacerbar la fórmula de la neutralidad del juez, convirtiéndolo en un mero espectador que tiene el compromiso de pronunciar un veredicto al finalizar la contienda. Sin embargo, agrega, frente a ese juez prescindente, se alza modernamente la figura del juez instructor que interviene activamente en el proceso y en el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, con lo que se arriba a la fórmula de la autoridad del juez, desplazándose el centro de gravedad del proceso sin que se resienta el poder de disposición (el derecho material) de los particulares, que incluye el poder de iniciación del proceso. Manifiesta estar persuadida de que este cambio en la mentalidad del juzgador, antes que cualquier reforma legislativa, es la clave del éxito de la audiencia preliminar. La historia nos enseña que toda reforma procesal está destinada al fracaso si los encargados de aplicarla no se hallan prontos y dispuestos a llevarla a la práctica (Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el*

advierte Arazi que, antes de implantar una medida, como es el caso de la audiencia preliminar, es necesario ver si ella puede cumplirse eficazmente³⁵. La introducción de la audiencia preliminar, dice Barrios de Angelis, no asegura su éxito: como todo mecanismo procesal oral, es extremadamente delicado; el éxito sólo vendrá en la medida en que se cuiden los detalles más nimios y en la capacidad de los jueces y de los abogados para superar el lazo de las corruptelas³⁶. Por ello, destaca Falcón, "la inserción de una audiencia preliminar (estructura del proceso oral), dentro de un proceso escrito, de manera intempestiva, sin la concientización, sin prever los medios adecuados para la tarea (edilicios, humanos, instrumentales), va a crear notables dificultades" y según sea la forma cómo se lo diseñe podría llevar pronto a que "sea suplido por escritos y por un empleado del Juzgado en lugar del Juez"³⁷. En conclusión, no es aconsejable la sola modificación del ordenamiento procesal y la introducción de la audiencia preliminar en el trámite de los juicios, si no se hace un estudio previo y readaptación de la infraestructura y realidad judicial en general.

V) El conocimiento del expediente como presupuesto para que resulte fructífera la audiencia preliminar

Conforme se ha destacado, la primera condición para que pueda funcionar adecuadamente la audiencia preliminar es que tanto el juez como los letrados, tengan un acabado conocimiento del expediente³⁸.

El *juez* debe intervenir activamente en la audiencia preliminar, y el conocimiento del expediente, le permitirá aclarar junto con las partes y los profesionales los hechos litigiosos, la prueba que resulta pertinente y conducente, y desarrollar, en general, las demás actividades

cambio de metalidad, J.A. 1993-I-775, ap. V).

En sentido coincidente Elisa Díaz de Vivar y Rosa Vila dicen que si no hay disposición de los magistrados y letrados para garantizar el efectivo cumplimiento de la manda legal y la audiencia queda reducida a una mera formalidad, sin las presencias protagónicas que éste requiere, lejos de avanzarse en el camino de una justicia más creíble, se habría contribuido a generar más frustración y descrédito en el quehacer judicial (Díaz de Vivar, Elisa y Vila Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001).

³⁵ Arazi. Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254, ap. II.

³⁶ Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. VI.7.5.

³⁷ Falcón, Enrique: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, concordado, comentado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, pág. 202.

³⁸ Colerio, Juan Pedro y Rojas, Jorge Armando: *La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1996-A-1205, ap. IV; Ramos Feijoo, Claudio: *La hoy "audiencia preliminar": su "puesta en escena"*, J.A. 1997-II-826, ap. VIII.

Coincidentemente María Angélica Etcheverry de Quintabani dice que es esencial para un manejo exitoso de la audiencia preliminar que el juez, previo a su elaboración, efectúe una atenta y prolija lectura del expediente. Ya cuenta con los hechos expuestos, los coincidentes y los divergentes, las pruebas ofrecidas por ambos contendientes, y con esta aproximación temprana a los autos (temprana si la comparamos con la práctica más difundida en la actualidad de que el juzgador toma contacto con las actuaciones recién al sentenciar), puede advertir, y consecuentemente, sanear, todos los defectos, errores y omisiones de procedimiento, aligerando así la contienda (Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. V).

previstas; debe tenerse en cuenta que a los efectos de la fijación de los hechos tiene gran importancia el conocimiento que el juez posea en ese momento, sea sobre el derecho o sobre los hechos alegados³⁹. Además, la autoridad del juez debe imponer pautas claras que lleven a buen puerto el fin buscado, lo que, lógicamente, insume importante cantidad de su tiempo; y si los jueces no tienen tiempo disponible suficiente se corre el peligro latente de caer en la delegación o en una audiencia meramente formal, desvirtuando así el sentido de la institución. Aludiendo específicamente a la audiencia preliminar introducida por la ley 24.573 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Juan Pedro Colerio y Jorge A. Rojas, han considerado que en la oportunidad en que se dictó la nueva ley, no estaban dadas las condiciones de tiempo disponible del tribunal y de infraestructura, y que por tal motivo no era sencilla la puesta en marcha de la reforma⁴⁰.

Pero las actividades propias de la audiencia preliminar exigen también que los abogados conozcan el expediente, porque ello les permitirá evaluar la conveniencia o no de las fórmulas conciliatorias, como también definir, en su caso, qué hechos están reconocidos, cuáles controvertidos, cuáles pruebas son pertinente, cuáles conducentes, etc⁴¹.

VI) Antecedentes de la audiencia preliminar

Se han encontrado rastros de este instituto en el Derecho Germánico de la Edad Media donde después de las alegaciones se emitía una sentencia llamada "probatoria" en la que se determinaba: qué se debía probar (las cuestiones), quién debía probar (la carga) y en qué tiempo debía hacerlo (el plazo)⁴².

El Reglamento legislativo y judicial para los asuntos civiles (*Reglamento legislativo e giudiziario per gli affari civile*), dado por el Papa Gregorio XVI el 10 de noviembre de 1834, en el parágrafo 551 disponía: "*Toda controversia relativa a la calidad e índole del juicio introductivo, a la cualidad que es dado atribuir a la parte en el acto de citación, la legitimación de la persona, serán propuestas y decididas en la primera audiencia*"⁴³. Según algunos autores, tal sería el origen de la audiencia preliminar⁴⁴.

³⁹ Gaibrois, Luis M.: *El comienzo de la oralización del proceso civil, a raíz de la sanción del nuevo art. 360 del Código Procesal Civil*, J.A. 1997-II-813, ap. VI.

⁴⁰ Colerio, Juan Pedro y Rojas, Jorge Armando: *La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1996-A-1205, ap. IV.

⁴¹ Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001

⁴² Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I, citando a Eisner, Isidoro: *El nuevo art. 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1981-C-954

⁴³ Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I, citando a Buzaid, Alfredo: *El despacho saneador*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1961, año IV, n° 7, t.IV, p. 60.

⁴⁴ Morales Molina, Hernando: *La audiencia preliminar*. Ponencia al Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Cali 1982); Zepeda, J.A.: *El saneamiento del proceso y la audiencia preliminar*. Comunicación a las Novenas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid, 1985; ambos autores citados en la Exposición de

En el Derecho Procesal Civil inglés se había creado el instituto de las *Summons for Directions*: concluida la etapa preparatoria, se citaba al demandado a comparecer a la audiencia denominada *Summons for Directions*, en la que se resolvían varias cuestiones preliminares⁴⁵.

En Estados Unidos de Norteamérica existe la audiencia de *Pre-trial*, a la que se atribuye el carácter de juzgamiento preparatorio⁴⁶.

El Derecho portugués moderno ha concebido el "*despacho saneador*", consagrado inicialmente en el proceso sumario por ley de 1907 (29-V-907) el cual pasara luego a ser precedido de una audiencia preparatoria, la cual se iniciaba, justamente, con la tentativa de conciliación⁴⁷. Este instituto pasó luego al derecho brasileño (ley de 1939), y que en su versión más moderna, permite al juez conocer, antes de iniciar la instrucción, no sólo los presupuestos procesales sino también las condiciones de la acción y hasta en algunos casos, decidir sobre el mérito si tuviera todos los elementos necesarios⁴⁸.

Pero ha sido el Derecho Procesal Civil austríaco el que crea la audiencia preliminar. Dice Barrios de Angelis⁴⁹, que con rastros en el proceso romano y germánico, la misma ha sido insertada por Franz Klein en la Z.P.O. (*Zivilprozessordnung*) austríaca de 1895 y es modificada, principalmente, en 1983; toma por modelo al proceso inglés⁵⁰.

Es en Alemania donde la institución adquiere popularidad literaria en base a la llamada "experiencia de Stuttgart": sin texto legal alguno, los tribunales de esta Ciudad han llevado a la práctica esta institución, lo que ha dado lugar a un artículo famoso del profesor Fritz Baur ("*Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess*", "Caminos para una concentración de la audiencia principal"); y consecuente al citado artículo, de 1966, es la modificación de la Z.P.O. alemana de 1976, que recoge el éxito y las discusiones del período intermedio⁵¹.

En América, dice Barrios de Angelis, ha existido una evolución independiente, desarrollada en los Estados Unidos desde el comienzo del siglo, y una evolución actual desprendida de los modelos europeos, sin perjuicio de la originalidad, como el despacho saneador de la ley brasileña de 1939, el Código argentino de 1967 y su continuación en la

Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en el Título: "La audiencia preliminar. Concepto. Historia".

⁴⁵ Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I.

⁴⁶ Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I.

⁴⁷ Barbosa Moreira, J. C.: *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*, Relatorio a las Novenas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid, junio de 1982), citado en la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en el Título: "La audiencia preliminar. Concepto. Historia".

⁴⁸ Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I.

⁴⁹ Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. I.2.

⁵⁰ Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. I.2.

⁵¹ Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. I.2; Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I.

reforma de 1981.

España se ha plegado a la política de la audiencia preliminar en 1984⁵²: se trata de la ley de reforma urgente de procedimiento civil español 34/84, que instrumentó la audiencia preliminar con carácter obligatorio aunque para asuntos de menor cuantía⁵³. Y, precisamente Guasp, que propone esta audiencia al proyectar "El sistema de una ley procesal iberoamericana", atribuye el origen de la audiencia preliminar a la *concordantia dubiorum* del Derecho canónico y el despacho saneador del Derecho portugués⁵⁴.

Como otras experiencias en países hispanoparlantes, cita Etcheverry de Quintabani, aparte de la ley de reforma urgente de procedimiento civil español 34/84, a la reforma del Código Procesal del Distrito Federal de México de 1985; el Código General del Proceso del Uruguay de 1988; el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988; el Código Judicial de Panamá, y la Regla 37 de las "Reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia" de Puerto Rico, denominada "De la conferencia preliminar del juicio"⁵⁵.

VII) Principios procesales que inspiran la audiencia preliminar

La audiencia preliminar constituye la aplicación de diversos principios procesales⁵⁶.

a) El principio de inmediación: este principio establece que debe existir un contacto personal y directo del juez con las partes y con los actos de adquisición de las pruebas, a fin de que aquél pueda llegar a conocer adecuadamente los intereses en litigio y la verdad de los hechos alegados⁵⁷. Y este principio inspira a la audiencia preliminar en cuanto se requiere la

⁵² Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. I.2.

⁵³ Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I; Fairén Guillén, Víctor: *La ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Juicios de menor cuantía. Casación y otros aspectos fundamentales de la ley de 6 de agosto de 1984*, Madrid, 1985, citado en la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en el Título "La audiencia preliminar. Concepto. Historia".

⁵⁴ Ver Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Título: "La audiencia preliminar. Concepto. Historia", citando a Guasp, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1956, pág. 69.

⁵⁵ Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. I.

⁵⁶ Eisner: *El nuevo artículo 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1981-C-948, ap. VIII; Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. III.

⁵⁷ Díaz, Clemente: *Instituciones de Derecho Procesal - Parte General*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, tomo I, pág.380; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, I, pág. 291.

El principio de inmediación, dice Alsina, significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentren bajo su acción inmediata (Alsina: *Tratado*, Bs. As., Ediar, 1963, tomo I, pág. 460).

Eisner, a su vez, señala que el principio de "inmediación" es aquél en cuya virtud se asegura que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina. Es fácil comprender y admitir, señala en otra oportunidad, que cuantos menos obstáculos se interpongan entre los sujetos que exponen sus razones, con las pruebas que suministran para abonarlas, y el magistrado que las ha de apreciar, más justa y exacta será la composición de la litis (Eisner, Isidoro: *El nuevo artículo 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (En procura de "inmediación", "saneamiento" y "decantación de la litis")*, L.L. 1981-C-948, ap. III; "La intermediación en el proceso, Bs. As., Depalma, 1963).

presencia del juez en la misma para que ella resulte eficaz a los fines perseguidos.

b) El *principio de celeridad*: con este principio se procura abreviar en el tiempo el desarrollo y definición de la causa, es decir, se busca la pronta terminación de los litigios⁵⁸. Encuentra el mismo realización en la audiencia preliminar, ya que con la depuración del proceso es posible acortar el tiempo de desarrollo y definición de las causas.

c) El *principio de economía procesal*: A este principio se lo define como la aplicación de un *criterio* utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional; es decir, este principio señala que en la tramitación de los juicios debe procurarse la mayor economía de gastos (economía financiera del proceso) y de esfuerzos (simplificación y facilitación de la actividad procesal)⁵⁹; o como dice Eisner, este principio busca obtener la mayor eficacia en la administración de justicia con ahorro de tiempo, erogaciones y energía jurisdiccional⁶⁰. Y tiene aplicación en el caso de la audiencia preliminar teniendo en cuenta que a través de la misma su busca una mayor eficacia en la administración de justicia, con el consiguiente ahorro de tiempo, erogaciones y esfuerzos en el trámite jurisdiccional.

d) El *principio de concentración*: A través de este principio, que es una manifestación del *principio de economía procesal*, se busca reunir la mayor cantidad posible de actividad procesal en el menor número posible de actos procesales⁶¹, o también aproximar los actos procesales unos a otros en el más breve espacio de tiempo⁶². Este principio también tiene aplicación en la audiencia preliminar en cuanto es diversa la actividad procesal que puede desarrollarse en la misma, aunque ello depende principalmente de lo que establezcan al respecto los ordenamientos procesales que la contemplan.

e) El *principio de moralidad*: señala Clemente Díaz que el principio de moralidad "es

La inmediatez supone la identidad del juez que instruye la causa y la decide, en razón de ser él quien ha conocido directamente los hechos (Exposición de Motivos de la ley 7861 de la Provincia de Buenos Aires, citada por Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Editora Platense-, 1979, tomo IX, pág. 651).

⁵⁸ Eisner: *El nuevo artículo 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1981-C-953; Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. VII.

Sobre el derecho a la celeridad en los procesos y la duración razonable de los pleitos, ver: Gozáini, Osvaldo Alfredo: *El Derecho a la Celeridad en los Procesos*, E.D. 157-190.

⁵⁹ Díaz, Clemente: *Instituciones de Derecho Procesal - Parte General*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, tomo I, pág. 243 y ss.

⁶⁰ Eisner: *El nuevo artículo 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1981-C-948, ap. VIII.

⁶¹ Díaz, Clemente: *Instituciones de Derecho Procesal - Parte General*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, tomo I, pág. 256; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, I, pág. 285.

Dice Fairén Guillén que es una medida para acelerar el proceso, es la de concentrar sus actividades en un espacio de tiempo lo más corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso (Fairén Guillén, Víctor: *Notas sobre el Principio de Concentración*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 281 y ss., específicamente, pág. 282)

⁶² Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 199.

el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales (partes, procuradores, abogados, jueces)"; mediante el mismo se proscriben del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y la inmoralidad⁶³. La audiencia preliminar es una forma de concretar este principio, en cuanto, con la actividad que puede desarrollarse en la misma, se procura evitar que se utilice al proceso para hacer valer argucias, maniobras diltorias, prueba inútiles o vejatorias, es decir, como medio antifuncional o malicioso de complicar el debate judicial..

f) El *principio de saneamiento*: este principio busca depurar el proceso y reconoce facultades al juez para disponer desde un comienzo la subsanación de los defectos u omisiones que pudieran impedir el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo⁶⁴. Y, precisamente, los ordenamientos legales normalmente establecen que en la audiencia preliminar debe el tribunal ordenar la corrección de los defectos de tal naturaleza que subsistan a ese momento.

g) El *principio dispositivo*: este principio establece que las partes tienen el pleno señorío o dominio de los derechos materiales (principio dispositivo en sentido material) y procesales (principio dispositivo en sentido formal) involucrados en la causa; y así, por aplicación del mismo, tienen las partes la carga de la iniciativa del proceso, de la alegación de los hechos y de la producción de las pruebas, y de fijar de tal forma la extensión y la amplitud del conocimiento del tribunal. La audiencia preliminar tiene atinencia con este principio en cuanto en ella se procura, en primer lugar, lograr una conciliación; y en su caso, ajustar las pretensiones de las partes, precisar los hechos sobre los que existe controversia entre ellas, y la prueba que resulta pertinente y conducente a la solución del litigio⁶⁵.

h) El *principio de contradicción*: este principio, también llamado de *controversia o bilateralidad*⁶⁶, o de *audiencia*⁶⁷, que se resume en el brocárdico *audiatur altera pars*, y es

⁶³ Díaz, Clemente: *Instituciones de Derecho Procesal - Parte General*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, tomo I, pág. 264.

Dice Couture que en los últimos tiempos, "se ha producido un retorno a la tendencia de acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal" (Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 190).

⁶⁴ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, I, pág. 288.

⁶⁵ Un hecho es conducente cuando tiene "relevancia para influir en la decisión del conflicto" (Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, tomo IV, pág. 344); consecuentemente, una prueba es *conducente* cuando se refiere a un hecho conducente.

Entiéndese por *pertinencia* de la prueba a la adecuación entre los datos que ésta tiende a proporcionar y los hechos sobre que versa el objeto probatorio: se trata de una noción relacionada con la idoneidad de la prueba (Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, tomo IV, pág. 358).

Dice Falcón que mientras la *pertinencia* contiene una función objetiva y directa relativa a la articulación del hecho, la *conducencia* indica un plus más en dicho hecho ya pertinente y afirmado, cual es la relación con la pretensión articulada (Falcón, Enrique: *Tratado de la Prueba*, Bs. As., Astrea, 2003, tomo I, pág. 827).

⁶⁶ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo I, pág. 262.

⁶⁷ Schönke, Adolfo: *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950, pág.46.

manifestación del principio de *igualdad*⁶⁸, indica que, salvo supuestos excepcionales legalmente establecidos, toda pretensión o petición formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición⁶⁹; o en otras palabras, este principio establece que el tribunal no puede decidir algo sin antes haber dado la posibilidad de manifestarse al respecto a las partes a las que puede afectar la decisión⁷⁰. Este principio sólo exige que se brinde a los interesados la oportunidad suficiente y razonable de ser oídos y producir pruebas, pero no requiere la efectividad de su ejercicio⁷¹. Este principio también tiene aplicación en la audiencia preliminar, no sólo porque se convoca a las dos partes a ella, sino también en cuanto se debe escuchar a ambas antes de decidir cualquier planteo que se formule.

VIII) Contenido de una audiencia preliminar

Generalidades

Es diversa la actividad procesal que puede desarrollarse en una audiencia preliminar, y depende de lo que establezca cada ordenamiento jurídico que la contempla.

Según señala Barrios de Angelis⁷², los contenidos principales de la audiencia preliminar son los siguientes: **1)** la renuncia unilateral o bilateral de las respectivas pretensiones de las partes, dentro o fuera de la *conciliación*. Se trata del fin anticipado del proceso. **2)** El *reajuste del objeto*, terminología que Barrios de Angelis considera más exacta que la de delimitación o fijación del objeto. El reajuste puede tener dos especies: *sobre pretensiones o sobre hechos*⁷³. **3)** La *elucidación de cuestiones procesales previas*. La ubicación de las cuestiones previas en la audiencia preliminar, dice Barrios de Angelis, coincide con la política del proceso escrito y diverge de la del proceso oral (sin audiencia preliminar) que las concentre, uniéndolas a las no procesales, en la audiencia principal. El fundamento de este contenido, agrega, se encuentra en la precedencia lógica de lo procesal y en la axiológica del principio de economía. **4)** Las *rectificaciones de actos*. En realidad, dice el autor citado, es una especie de las cuestiones previas. **5)** La *prueba anticipada*.

En la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se indica que la audiencia preliminar es "una primera audiencia, dentro del proceso a la que

⁶⁸ Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 183.

⁶⁹ Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, pág. 183.

⁷⁰ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, I, pág. 263.

⁷¹ Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, I, pág. 263.

⁷² Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. VI.1.

⁷³ Aludiendo a la finalidad de la audiencia preliminar, se ha señalado que se trata, en suma, de identificar la acción por su objeto, sujetos y causa y circunscribir a ellos el debate, descartando todo el material fáctico que resulte extraño a la esencia del conflicto, que pueda traer confusión y engorro o servir para vejámenes y dispendios inadmisibles (Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de metalidad*, J.A. 1993-I-775, ap.III, citando a Eisner: *La fijación de los hechos litigiosos*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1961, año IV, n° 7, t. IV, pág. 136, nota 4).

deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el *fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento*"; aunque reconocen que en el ámbito iberoamericano concurren otras diversas funciones que provienen de diferentes orígenes (ver el Título: "La audiencia preliminar. Concepto Historia"); y se agrupan las principales funciones de la audiencia preliminar en: 1) *conciliadora* (exclusión del proceso); 2) *saneadora* (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito), 3) *establecer el objeto del proceso y de la prueba* (función abreviadora; y 4) *ordenadora*, justamente por el Tribunal respecto del futuro desarrollo del proceso, en especial tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba (ver el Título "Funciones de la audiencia preliminar"). Y en la Exposición de Motivos del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, los autores señalan que la audiencia preliminar tiene varias funciones que, en síntesis, pueden ser reducidas a tres: tentar la conciliación, sanear el proceso, resolviendo los problemas formales y fijar el objeto del proceso y el de la prueba, ordenando el modo de diligenciamiento de esta última (ap. IV, que lleva por Título "Las disposiciones del Libro II", n° 5.1).

Es verdad que se dijo que con las diversas funciones que se intenta desarrollar en esta audiencia se pretendería introducir un monstruo que podría determinar que los tribunales no tengan tiempo para fijarlas, y entonces vayan señalándose, cada vez con más dilación para el futuro, y el proceso se dilate, en lugar de abreviarse. Sin embargo, como dicen los redactores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, se trata de un argumento falacioso, pues justamente el fin de la audiencia es abreviar el procedimiento, acelerar el trámite (ver la Exposición de Motivos del citado Código, el Título "Funciones de la audiencia preliminar"). No obstante, cabe tener presente la advertencia de Morello sobre el peligro que implica adjudicarle a esta audiencia fines que excedan de sus posibilidades, o que sean ellos demasiados, y que por su estructura, tiempo de duración previsible, y la índole de prelación y condición interactuante que cada uno de ellos supone, desborden al juez y a los abogados de las partes, desacomodándose la coordinación práctica de que sean demasiados los fines que pretenda adjudicársele a esta audiencia; pues si se la recarga de funciones sucede indefectiblemente la frustración de las expectativas que se depositaron en la inmediación, dando lugar a delegaciones, fractura de audiencias, excesivamente espaciadas, designación de la complementaria, hiatos y discontinuidad, o todo con apuro y bajando la excelencia prometida. Concluye Morello que no hay otras alternativas; la Justicia requiere de *su* tiempo; y si la empresa de servicios -a cargo de un *hombre*, director de lo que se va tejiendo en el litigio- está programada para atender seiscientos procesos anuales, no podemos derivarle mil

más⁷⁴. Por ello, para su implementación, y para determinar también la actividad que se pretenda incluir en la audiencia preliminar, debe hacerse un debido estudio y readaptación de la infraestructura judicial, de manera de lograr que los fines que se pretendan atribuirle encuentren una realidad que permita su desarrollo eficaz.

Función conciliadora

Se trata de una función que tiende a lograr el avenimiento total o parcial de las diferencias que separan las recíprocas posiciones de las partes⁷⁵. Por lo tanto, en caso de lograrlo, produce el efecto de excluir el proceso o a anticipar su fin. Se ha considerado que la Justicia conciliatoria es una forma que no tiende a *trancher le litige*, esto es, resolver el conflicto en forma tajante, sino una manera (más pacífica) de "Justicia coexistencial", según dijo Mauro Cappelletti, para quienes deben luego seguir conviviendo, una *wormer way of dispute*⁷⁶.

Puede ser que en la función conciliadora intervengan profesionales especiales, excluyendo al juez de tal tarea; o que sea el magistrado el que ejercite la función. Los autores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, admiten la posibilidad de que sea un conciliador profesional el que actúe en la etapa pre-procesal; pero dentro del proceso consideran conveniente que sea el juez quien desarrolle esta función, sobre todo, como lo proponen, si se trata de un juez activo, que en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración, procure una solución al conflicto⁷⁷.

Se considera que el mecanismo conciliatorio en esta oportunidad clave del desarrollo procedimental, cuando aún no se ha transitado la etapa probatoria, está llamado a rendir grandes frutos en la solución autocompuesta por las mismas partes, bajo el estímulo del juez⁷⁸.

Debe tenerse en cuenta que la función conciliadora del tribunal no se limita a invitar

⁷⁴ Morello, Augusto M.: *El proceso civil moderno*, La Plata, Lib. Editora Platense, 2001, pág. 345.

Es ilustrativa al respecto la experiencia -que Eisner califica como "funesta"- derivada de la aplicación del art. 23 de la ley 14.237: los jueces no asistían a las audiencias designadas y las partes se limitaban a formular verbalmente, o mediante un escrito que traían preparado, los llamados "puntos controvertidos". Frente a tal situación, y a pesar de haber pregonado la intermediación como sistema necesario para una buena administración de justicia, considera que fue acertado que el dec. ley 23.398/56 haya suprimido esa parodia que sólo había ayudado a complicar el procedimiento con nuevas audiencias, cuestiones, incidentes y recursos dilatorios (Ver Arazi, Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254, ap. II, citando a Eisner, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, Bs. As., Depalma).

⁷⁵ Berizonce, Roberto O.: *La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso (A propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino)*, L.L. 1988-E-754, ap. V, 1, a, 1).

⁷⁶ Ver Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el Título "La conciliación en la audiencia preliminar. La justicia conciliatoria".

⁷⁷ Ver Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el Título "La conciliación en la audiencia preliminar. La Justicia conciliatoria".

⁷⁸ Berizonce, Roberto O.: *La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso (A propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino)*, L.L. 1988-E-754, ap. II.

meramente a las partes a llegar a un acuerdo, sino que en ello el juez debe tener un mayor protagonismo, incluso proponiendo formas conciliatorias, lo que no importa prejuicio, según lo señalan normalmente las legislaciones (p. ej., art. 36, inc. 2º, ap. a del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación modificado por ley 25.488)⁷⁹. Como se ha señalado, los magistrados deberán desplegar todos sus recursos persuasivos para lograr que las partes, pese al diferendo que las ha llevado al juicio, alcancen un mutuo entendimiento; y en tal sentido, más allá de las destrezas naturales que los jueces puedan tener, es de mucho utilidad conocer técnicas de comunicación, comprender el lenguaje gestual o los modos de abordaje del conflicto⁸⁰.

Función saneadora

Como dice Berizonce, la audiencia preliminar tiene por genuina función "**purgar**" el **proceso de obstáculos procedimentales**, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto procesal ingrese a la fase probatoria y decisoria purificado y exento de irregularidades; sin perjuicio de que se adosen otras actividades (como el intento conciliatorio, la determinación de los hechos y de las pruebas)⁸¹. Es decir, el tribunal, en ejercicio de la función saneadora, debe procurar corregir o subsanar los vicios, defectos u omisiones a fin de que el proceso pueda avanzar a las etapas subsiguientes sin riesgos de nulidades posteriores. Así, -y aunque las legislaciones son muy variadas- en ejercicio de esta función puede el juzgador emitir resolución sobre cuestiones previas como ser la competencia del tribunal, capacidad de las partes, cuestiones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, la integración de la litis, etc⁸². Pero, lógicamente, las atribuciones del juez para emitir pronunciamiento sobre este tipo de cuestiones tiene sus límites, y no puede alcanzar a aquellas cuestiones que ya hayan sido objeto de decisión anterior (p. ej. al resolver una excepción previa si el ordenamiento legal establece que deben sustanciarse y resolverse con anterioridad a la audiencia preliminar).

⁷⁹ Sobre el tema, ver Militello, Sergio A.: *La reforma de la ley 25.488 al art. 360 CPCCN. ("Todo un espectro" ... de posibilidades para el juez)*, J.A. 2002-II-1102.

⁸⁰ Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001, ap. IV.

⁸¹ Berizonce, Roberto O.: *La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso (A propósito del fluyente ordenamiento procesal rionegrino)*, L.L. 1988-E-754, ap. II.

La función de saneamiento, según Barbosa Moreira, supone la solución de cualesquiera cuestiones susceptibles de distraer la atención de la materia referente al *meritum causae* (Barbosa Moreira, J.C.: *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*, Relatorio a las Novenas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pág. 19). Esto es resolver cuestiones que no dicen relación con el mérito (fondo) de la causa, facilitando la labor del Tribunal en el futuro (abreviación). Y evitando todo el trámite posterior para concluir en una sentencia final que declare la nulidad del proceso o la falta de un presupuesto procesal (Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Título "Funciones de la audiencia preliminar")

⁸² Ver Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el Título "Funciones de la audiencia preliminar".

Con relación a las *excepciones previas*, hemos señalado que más conveniente y práctico es no incluir en la audiencia preliminar su trámite y resolución, sino que las mismas se resuelvan con anterioridad a la misma. Es verdad que un sistema en que las excepciones previas se plantean simultáneamente con la contestación de demanda, pero se contestan y resuelven en la audiencia preliminar (como ocurre con el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay -arts. 132,341, 342 y cc.), por implicar la concentración en esta audiencia de una actividad más, significa en muchos supuestos una mayor celeridad, concentración y economía procesal (p. ej., si se rechazan las excepciones y no se apela; o cuando corresponde conceder la apelación con efecto diferido; o cuando se acoge la excepción de defecto legal, si se prevé que en la misma audiencia se subsanen los defectos). Sin embargo, hay también otros supuestos en que la concentración se ve afectada, porque resulta necesario suspender o prorrogar la audiencia preliminar, lo que puede ocurrir por razones de trámite (p. ej., cuando es necesario producir pruebas), o por las consecuencias propias derivadas del acogimiento de algunas excepciones (como es la subsanación de los defectos que no pueden corregirse en la misma audiencia en caso de acogerse las excepciones de defecto legal o de falta de personería, o en caso de acogerse la excepción de incompetencia), o por la interposición del recurso de apelación contra la sentencia que resuelve las excepciones, y el mismo debe concederse en forma inmediata y con efecto suspensivo; situaciones todas estas que pueden tener lugar en la aplicación del Código del Uruguay. Por tal motivo, y para evitar estos supuestos en que debe suspenderse o prorrogarse la audiencia (lo que implica un ahorro temporal para la fijación de audiencias, que es tan precioso en los sistemas orales), y porque teniendo en cuenta las facultades del Tribunal para controlar la demanda y su contestación (p. ej. arts. 337 y 356 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación) es dable suponer que disminuirán los motivos que pudieran determinar la oposición de excepciones, resulta preferible que estas defensas previas se tramiten y resuelvan con anterioridad a la audiencia preliminar. De tal forma se llegaría a la misma sin ningún problema de índole formal ni cabría por tal motivo su suspensión o prórroga. Además, no llegarían a la audiencia preliminar aquellos asuntos en donde se han acogido excepciones perentorias, cuya decisión, atento los requisitos de admisión (como los establecidos por el art. 349 del ordenamiento nacional) no presentan mayor complejidad, o al menos, no parecen requerir de audiencia para su solución adecuada⁸³.

Alegación de hechos nuevos

También hemos destacado la conveniencia de que los *hechos nuevos* se aleguen y se

⁸³ Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV,3,b. A.

ofrezca la prueba respectiva en oportunidad de la audiencia preliminar (tal como lo establecen el Código del Uruguay -art. 341- y el de Río Negro -art. 356-), por cuanto en esa audiencia se fija, en definitiva el objeto del proceso y de la prueba y se emite pronunciamiento sobre los medios de prueba ofrecidos; caso contrario habría que hacer un trámite específico para estos hechos nuevos, con los inconvenientes que ello implicaría. Además, los ordenamientos legales normalmente conceden a las partes la posibilidad de alegar en la alzada los hechos nuevos posteriores⁸⁴.

Reajuste de las pretensiones

Barrios de Angelis prefiere utilizar el término "reajuste" de las pretensiones que los de "delimitación" o "fijación" de las mismas, teniendo en cuenta que en la demanda y contestación ya existe un primer ajuste⁸⁵. En caso de no lograrse una conciliación total, y al tener que continuar el proceso, a través de esta función se procura el reajuste de las pretensiones y oposiciones articuladas en los escritos constitutivos, es decir, determinar o precisar cuáles son los verdaderos intereses o reclamos de las partes. Y ello porque, como advierte Eisner, no siempre los escritos de demanda y sus contestaciones son lo suficientemente claros o explícitos como para exhibir con plenitud y concreción la cuestión litigiosa, los hechos controvertidos y hasta la naturaleza de la misma pretensión en debate o el derecho en que se intenta fundarla⁸⁶.

Reajuste de los hechos

Como en el caso anterior, se utiliza el término "reajuste" en lugar de los de "delimitación" o "fijación", siguiendo en ello a Barrios de Angelis. Se trata de una función que procura determinar los hechos que son conducentes o útiles para la solución del litigio; y dentro de ellos, distinguir aquellos sobre los que existe acuerdo de partes, de aquellas sobre los que las mismas mantienen controversia (que según los autores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, la experiencia dice que son muchísimos menos que los que surgen de las pretensiones iniciales⁸⁷). Ello permitirá precisar las pruebas que deben producirse sobre los hechos conducentes que realmente han quedado controvertidos, y rechazar aquellas que resulten inadmisibles, innecesarias, inútiles o inconducentes⁸⁸. Como advierte Gaibrois, se

⁸⁴ Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV,3,b. A in fine.

⁸⁵ Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. VI.3.

⁸⁶ Eisner, Isidoro: *El nuevo artículo 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (En procura de "inmediación", "saneamiento" y "decantación de la litis")*, L.L. 1981-C-948, ap. IV.

⁸⁷ Ver Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el Título "Funciones de la audiencia preliminar".

⁸⁸ Sinceradas las posturas, reconocidos determinados hechos y documentos en presencia del juez, es él quien determinará dentro de ese marco, si hay prueba superflua o sobreabundante.. Y al desplegar el juez esta

trata de una "fijación provisoria" de los hechos al solo efecto de autorizar la producción de prueba a su respecto -que obviamente, podrá o no producirse posteriormente-⁸⁹. En este sentido el art. 360 inc. 3° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 25.488) establece que oídas las partes, el juez "*fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión de juicio sobre los cuales versará la prueba*".

Gaibrois distingue tres posibilidades con relación a la fijación de los hechos: a) La primera consiste en admitir todos los hechos introducidos por las partes si los considera conducentes. b) La segunda desestimar uno o algunos hechos, aclarando que la negación de un hecho por considerarlo improcedente o inconducente a la solución del pleito, es un acto procesal de extrema gravedad institucional que exige una prudencia extrema y que de suyo puede resultar en determinados casos ajeno al sistema dispositivo. c) La tercera posibilidad consiste en efectuar anotaciones para el caso de no dominar bien el tema de la *litis*, ya sea por carecer momentáneamente de los conocimientos especializados sobre determinados aspectos jurídicos, ya sea por tener dudas sobre el carácter de algunos hechos, habida cuenta de que del relato de las partes no surgen mayores aclaraciones; aclara este jurista que el grado de precariedad de las anotaciones estará dado por el grado de conocimiento que posea el juez en ese momento, sea sobre el derecho o sobre los hechos. Pero reconoce que no siempre es factible saber por anticipado si algunos hechos a la postre revestirán en el juicio uno u otro de dichos caracteres, situación que impide desestimarlos de suyo y sin más⁹⁰.

Ofrecimiento de pruebas

Lo más adecuado y lo que mejor condice con el principio de buena fe y lealtad procesal, es que todas las pruebas sean ofrecidas, en todos los juicios, en los escritos de demanda, reconvención y sus contestaciones; y con relación a la prueba documental, que la misma -como ocurre en la mayor parte de los ordenamientos procesales- sea acompañada al proceso en esas oportunidades si las partes la tienen a su disposición⁹¹. Ya en el Proyecto Lascano de 1935 se había establecido la obligación de las partes de ofrecer las pruebas en los escritos de demanda y contestación (arts. 163, 168 y cc.); y en la Exposición de Motivos se señala que "la lucha que en el pleito se desarrolla, debe ser franca y leal. Los elementos de ataque como los de defensa, no deben ocultarse. 'Mantener reservadas y ocultas las pruebas

actividad no prejuzga, sino que opina respecto del modo de acreditación de determinado hecho y descarta aquéllo que demora inútilmente el proceso (Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001, ap. IV).

⁸⁹ Gaibrois, Luis M.: *El comienzo de la oralización del proceso civil, a raíz de la sanción del nuevo art. 360 del Código Procesal Civil*, J.A. 1997-II-813, ap. V.

⁹⁰ Gaibrois, Luis M.: *El comienzo de la oralización del proceso civil, a raíz de la sanción del nuevo art. 360 del Código Procesal Civil*, J.A. 1997-II-813, ap. VI.

⁹¹ Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV, 2, a).

de que uno intenta valerse para defender su derecho, dice Gallinal, demuestra una de dos cosas, cuando no ambas a la vez: o temor de que estas pruebas puedan ser por el adversario victoriosamente rechazadas, o deseo de sorprender a éste, imposibilitando su defensa. Entre ambas cosas arguyen mala fe, y son, por consiguiente reprochables". Sin embargo, en la audiencia preliminar pueden las partes ofrecer las demás pruebas que no sean las exigidas en los escritos introductorios, es decir, aquellas que se refieran a hechos nuevos alegados en la misma audiencia o a rectificaciones allí formuladas si el ordenamiento legal lo autoriza. Así lo dispone, p. ej. el art. 301 in fine del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, y el 341 in fine del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

Y no sólo es conveniente que las pruebas se ofrezcan en los escritos introductorios, sino también que al ofrecerlas se indique qué hechos se pretende acreditar a través de las mismas (especialmente tratándose de la testimonial). Ello permitirá al tribunal cumplir más adecuadamente con la función de reajuste o fijación de los hechos y determinar las pruebas a producir⁹².

Sin embargo, en los ordenamientos que no exigen que las pruebas se ofrezcan en los escritos introductorios, la misma deberá ofrecerse en la audiencia preliminar.

Pronunciamiento sobre los medios de prueba

Fijados ya los hechos sobre los que existe discrepancia o controversia entre las partes, el juez deberá precisar las pruebas que resulten necesarias para acreditar tales hechos, y rechazar aquellas que resulten inadmisibles, innecesarias, inútiles o inconducentes. Lógicamente, para que el juez pueda emitir ***pronunciamiento sobre los medios de prueba*** ofrecidos por las partes (ya sea para producirlos en la misma audiencia o con posterioridad) resulta necesario que las partes hayan ofrecido la prueba con anterioridad.

En el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (reunido en Río Hondo en 1993) se ha resaltado la conveniencia de que en determinados supuestos, en la audiencia preliminar el juez formule a las partes la ***advertencia sobre las especiales exigencias probatorias*** para cada una. Textualmente se ha señalado que "la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede *prima facie* entrañar algún riesgo para la garantía de defensa en juicio"; por tal motivo se consideró que "la adopción en el futuro de la audiencia preliminar (oportunidad en que se

⁹² Dice Gaibrois que una cuestión que la reforma al Código Nacional (ley 24.573) no ha legislado es la circunstancia de que, bajo la aplicación estricta del nuevo régimen estatuido, las partes deberían poner de manifiesto cuáles de las pruebas ofrecidas corresponden a cada uno de los hechos introducidos, situación esta sumamente ardua de llevar a cabo y en algunos casos peligrosamente dudosa en su legalidad (Gaibrois, Luis M.: *El comienzo de la oralización del proceso civil, a raíz de la sanción del nuevo art. 360 del Código Procesal Civil*, J.A. 1997-II-813, ap. VII *in fine*).

advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar) eliminaría el riesgo indicado". Esta sugerencia ha sido receptada en algunos Proyectos como es el caso del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación elaborado por los Doctores Arazi, Kaminker, Eisner y Morello (art. 365 inc. 3, segundo párrafo). Sin embargo, ello ha sido severamente criticado por Sprovieri⁹³, quien consideró que la conclusión del Congreso de Río Hondo conduce a imponer al magistrado un "anuncio" innecesario y peligroso; innecesario por cuanto, como se declara en el mismo Congreso de Río Hondo, la teoría de las cargas probatorias dinámicas es ya "doctrina recibida"; y peligroso, por los efectos que podría acarrear su incumplimiento: así se pregunta ¿Qué pasaría si el juez omite formular tal manifestación a las partes; si olvida hacer saber la existencia de especiales exigencias probatorias para una de ellas?; también considera que en no pocos casos resultaría imposible en la práctica, porque en múltiples supuestos el juez puede verse impedido de saber en la audiencia preliminar, y con los elementos de juicio con que cuenta hasta ese momento, que habrá de aplicar al sentenciar la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Producción de pruebas

Con relación a la *producción de pruebas* en la audiencia preliminar, y siendo inapelables las resoluciones que las ordenan (como lo establece el art. 379 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación), entendemos que no hay inconvenientes en que en la audiencia preliminar se reciban aquellas ya ordenadas que resulte posible hacerlo⁹⁴. Así, p. ej.:
a) La prueba confesional⁹⁵; Peruzzi⁹⁶ propone que la misma se reciba en la audiencia preliminar: estando ambas partes en la audiencia (y siempre, lógicamente, que no se haya llegado a una conciliación) lo más práctico sería que en la misma tenga lugar la prueba confesional; y si no la "absolución de posiciones", al menos cualquier tipo de interrogatorio a las partes (como el que autorizan los arts. 415 y 338 del Código nacional; o el art. 149, numeral 2 del Código del Uruguay, que textualmente dice: "*El interrogatorio de la parte podrá efectuarse por el tribunal en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de*

⁹³ Sprovieri, Luis Eduardo: *Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas*, E.D. 179-1012.

⁹⁴ Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV,3,b.F.

⁹⁵ Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV, 3, a, F.; Eisner: *El nuevo artículo 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1981-C-948, ap. IX.

Ramos Feijoo, refiriéndose a los arts. 359 y 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 25.488, dice que la audiencia preliminar es designada ante el pedido de la parte de apertura a prueba. Contemporáneamente, se suele designar para esa oportunidad la absolución de posiciones, a los efectos de que si no se llega a una conciliación y no de desiste de la prueba confesional, no haya que designar una nueva audiencia (Ramos Feijoo, Claudio: *La hoy "audiencia preliminar": su "puesta en escena"*, J.A. 1997-II-826, ap. IX.

⁹⁶ Peruzzi, Héctor César: *Audiencia preliminar: una experiencia interesante*, L.L. 1990-D-731.

la parte contraria, sin necesidad de previa citación". Militello también considera que, sin pretender transformar en inquisitivo un proceso principalmente "pensado" para cuestiones patrimoniales, esto es, disponibles, el juez tiene en la audiencia preliminar la posibilidad de interrogar a las partes de modo de reducir sustancialmente los hechos controvertidos y la extensión de la controversia⁹⁷. **b)** La prueba testimonial: como señala Vescovi, sería posible el diligenciamiento de la prueba testimonial si las partes han llevado a la audiencia preliminar los testigos ofrecidos⁹⁸.

Se ha dicho que esta actividad desconoce la distinción entre la audiencia preliminar y la de prueba⁹⁹, deformando la finalidad central de la primera, que es depurar el proceso y precisar el objeto de la prueba. Sin embargo, la distinción apuntada -no obstante su acierto- no puede constituir un obstáculo que impida la incorporación de nuevas actividades en la audiencia preliminar si ello resulta posible y conveniente, y puede llevarse a cabo eficazmente.

Inexistencia de otras pruebas. Cuestión de puro derecho

De igual manera hemos señalado que, cuando *no existen pruebas a producir*, o cuando la *cuestión fuera de puro derecho*, resultaría conveniente que se permita a las partes hacer el alegato final en la misma audiencia, y al tribunal dictar la sentencia (sin perjuicio también de poder exponer los fundamentos en una oportunidad posterior, o incluso, de dictar la sentencia, luego de la audiencia preliminar si se trata de asuntos complejos)¹⁰⁰.

Dictado de resoluciones o providencias simples

Como consecuencia de la actividad que puede desarrollarse en la audiencia preliminar, debe el juez durante su transcurso dictar diversas providencias simples. Así, p. ej., traslado de la oposición de la apertura a prueba, o de los hechos nuevos alegados, proveimiento de la prueba, fijación del período probatorio o de la audiencia de prueba (de vista de causa, de debate o complementaria), etc¹⁰¹.

El contenido de la audiencia preliminar en distintos ordenamientos procesales

⁹⁷ Militello, Sergio A.: *La reforma de la ley 25.488 al art. 360 CPCCN ("Todo un espectro"... de posibilidades para el juez)*, J.A. 2002-II-1103.

⁹⁸ Vescovi, Enrique: *Un modelo de reforma del servicio de Justicia en Latinoamérica: el nuevo sistema judicial en Uruguay*, J.A. 1990-IV-714

⁹⁹ Fenochietto, Carlos Eduardo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, (Adenda de actualización - Ley 25.488-), Bs. As., Astrea, 2002, comentario al art. 360, pág. 44.

¹⁰⁰ Loutayf Ranea, Roberto G.: *La audiencia preliminar. El proceso por audiencia*, J.A. 1992-I-812, ap. IV,3,b. A.

¹⁰¹ Berizonce, Roberto O.: *La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso (A propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino)*, L.L. 1988-E-754, ap. V, 1, a, 4.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (que ha sido redactado por los maestros uruguayos Adolfo Gelsi Bidar, Enrique Véscovi y Luis Torello, y aprobado definitivamente en el año 1988 en Rio de Janeiro -Brasil-), contempla dos procesos de conocimiento principales: el *proceso ordinario* y el *proceso extraordinario*. En ambos, como se dice en la "Exposición de motivos", se adopta un proceso mixto (escrito y oral), con demanda y contestación escritas, así como también se utiliza la escritura respecto de los principales medios impugnativos, salvo los que se plantean en la audiencia. Sin embargo, el núcleo del proceso se desarrolla a través de la *audiencia*. En el proceso ordinario (plenario, de conocimiento), mediante una *audiencia preliminar* y otra *final* para el desahogo de las pruebas -algunas de las cuales se adelantaron ya- alegatos y sentencia. El proceso extraordinario (plenario rápido) difiere del anterior solamente en que se prevé una sola audiencia que concentra las dos del proceso ordinario¹⁰².

Con relación a la audiencia preliminar, en la Exposición de Motivos del Código Civil Modelo para Iberoamérica, señalan los autores que la misma es "una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento..."¹⁰³. Y posteriormente agregan que "las principales funciones de la audiencia preliminar se pueden agrupar en la *conciliadora* (exclusión del proceso), *saneadora* (saneamiento del proceso, depuración de cuestiones no referidas al mérito), la de *establecer el objeto del proceso y de la prueba* (función abreviadora, al decir de Barbosa Moreira) y *ordenadora*, justamente por el Tribunal respecto del futuro desarrollo del proceso, en especial tomando medidas relativas al diligenciamiento de la prueba. Para el desarrollo de tales tareas, se parte de la base de que "el juez asuma su verdadero rol de dirección del proceso, es decir, que tenga una presencia activa, para lo que es indispensable que esté instruido de la causa; y por ello en la mayoría de los ordenamientos se ubica la audiencia preliminar en una etapa en la que ya se cuente con los actos de proposición (demanda, contestación y eventualmente reconvencción), y así pueda realizar su tarea en forma útil y eficaz"¹⁰⁴.

El art. 301, referido a la audiencia preliminar, establece lo siguiente:

"Contenido de la audiencia preliminar. En la audiencia preliminar se cumplirán las

¹⁰² Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. "El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos", Montevideo, 1988, págs. 45 y 78/79.

¹⁰³ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. "El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos", Montevideo, 1988, págs. 53.

¹⁰⁴ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. "El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos", Montevideo, 1988, pág. 59.

siguientes actividades:

1º) Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvencción y de la contestación a la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen las pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.

2º) Contestación por el actor de las excepciones opuestas por el demandado y por éste de las que hubiere opuesto el actor respecto de la reconvencción.

3º) Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

4º) Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el Tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán, exclusivamente, las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto las excepciones y aquellas que lo fueron en la ocasión a que refiere el numeral 2º.

5º) Pronunciamiento de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio. El Tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el numeral 4º, pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y pronunciarse la sentencia interlocutoria de saneamiento. La formulación de sus fundamentos podrá diferirse hasta otra audiencia que habrá de llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días y, cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de quince días para pronunciar la sentencia con sus fundamentos.

6º) Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes (artículo 33.6), disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que, en ocasión de esa audiencia complementaria, se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar (artículo 303.1).

Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del Tribunal, refieran a hechos nuevos o a rectificaciones hechas en la propia audiencia (numeral 1).

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay

Este Código, sigue, en general los lineamientos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Y sobre el contenido de la audiencia preliminar, el art. 341 del primero reproduce prácticamente en forma textual las prescripciones del art. 301 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Los redactores del Código expresan en la Exposición de Motivos que, en síntesis las funciones de la audiencia preliminar pueden ser reducidas a tres: tentar la conciliación, sanear el proceso, resolviendo los problemas formales, y fijar el objeto del proceso y el de la prueba, ordenando el modo de diligenciamiento de esta última. Con relación a la función conciliatoria señalan que, además de la conciliación previa (que no se requiere en todos los procesos), el Código regula la conciliación intraprocesal para todos los procesos, con la finalidad de que el Tribunal, suficientemente instruido a través de los escritos de proposición, ejerza sus poderes de dirección para tentar lograr, ante todo, una conciliación que excluya el proceso, sea de manera total o parcial: y en este último caso, reduciendo el objeto litigioso a los puntos realmente controvertidos. La segunda finalidad, agregan, es la de sanear el proceso de defectos y nulidades, dilucidándose, aquí, por lo tanto, las excepciones de tipo dilatorio conforme al régimen que para cada una de ellas prevé el articulado; estas excepciones puede plantearse por la parte, y alguna de ellas, incluso de oficio (p. ej.: las nulidades), dictándose, en lo concerniente a su resolución, una providencia, que, en otros sistemas, se denomina "despacho saneador", que proviene de la tradición lusitana. La tercera tarea, concluyen, es decir, si el proceso no ha concluido ya, es la de fijar su objeto, el de la prueba y disponer su diligenciamiento, de modo de permitir su total desahogo para la fecha de la audiencia complementaria.

*Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 1993 (redactado por los Dres. Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Augusto M. Morello)*¹⁰⁵

Este Anteproyecto sigue en gran medida las recomendaciones y lineamientos sugeridos en los Congresos Nacionales e Internacionales de Derecho Procesal, y recogidos en el Código Modelo o Tipo para América Latina (Río de Janeiro 1988) y en el Código General del Proceso para la República Oriental del Uruguay (1989). Como se indica en su Exposición de Morivos, con miras a reducir la cantidad de tipos procesales, ha organizado un proceso de conocimiento básico, el *ordinario*, y otro para determinadas controversias y situaciones litigiosas, denominado *proceso extraordinario*, en sustitución este último del plenario

¹⁰⁵ Comentario al mismo, ver Oteiza, Eduardo: *Los proyectos de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, E.D.160-836.

abreviado (sumario) y del sumarísimo. El proceso "**ordinario**" consta de los siguientes estadios: *conciliación* anterior a la demanda; *etapa de postulaciones* (demanda, contestación, reconvencción, excepciones; *audiencia preliminar* (cuyo contenido detallaremos luego); *audiencia de vista de causa* (complementaria de la preliminar, para la realización de la prueba oral -declaración de partes, testigos, aclaraciones de peritos- y producción de alegatos); dictado de sentencia. Para la tramitación del proceso "**extraordinario**", luego de las etapas postulatorias, se ha dispuesto concentrar en una sola la audiencia preliminar y la de vista de causa, lo que es perfectamente factible sin mengua de la efectividad de la defensa.

Con relación a la "**audiencia preliminar**", dice la Exposición de Motivos que reviste singular trascendencia, luego de la etapa de postulaciones, la innovación más copernicana y que emerge como la pieza clave de la Reforma: se trate de la implantación de la audiencia preliminar, "polifuncional a los efectos del saneamiento, fijación de la legitimación de las partes, simplificación del objeto controvertido, determinación de los hechos litigiosos y de las pruebas a producirse, incluyendo en hipótesis determinadas la adjudicación de la carga probatoria a aquel contrincante que por las particularidades de su situación en la contienda se haya más necesitado de satisfacerla preservando la igualdad; y de intensificar su colaboración para ello con la inmediación imprescindible del Juez y presencia de las partes"

El art. 365 del Anteproyecto se refiere al **contenido** de la audiencia preliminar. Dice que en la misma "*el Tribunal deberá:*

1º) *Intentar la conciliación respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.*

2º) *Pronunciar sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso y resolver, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito.*

3º) *Fijar definitivamente el objeto del proceso y de la prueba; pronunciarse sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes.*

En los supuestos excepcionales previstos por el art. 367 párrafo 5 si el Juez considerare que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes, así lo hará saber. En tal caso, suspenderá la audiencia y las partes dentro del quinto día podrán ampliar el ofrecimiento de pruebas. Reanudada la audiencia el Juez procederá en el modo previsto en este inciso.

4º) *Si de lo actuado surgiere que la situación procesal es la del artículo 359 inciso 1 (que el Tribunal estimare que las constancias obrantes en las actuaciones son suficientes para la resolución del litigio), el juez procederá en la forma allí establecida.*

5º) *Ordenar la producción de las pruebas que correspondan.*

6º) *Fijar la audiencia para la vista de la causa y disponer que en ella se reciban*

todas las pruebas que no se hubiesen producido o no hubiesen sido practicadas con anterioridad".

*Proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, elaborado por la comisión designada por las resoluciones 1.296/93 del Ministerio de Justicia y 31/93 de la Secretaría de Justicia, integrada por los doctores Carlos J. Colombo, Julio C. Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi*¹⁰⁶

En la Exposición de Motivos del proyecto se destaca que la oralidad es la base del sistema, y por ello establece en el art. 121 que el *"sistema establecido por este Código es oral"*. Luego de la etapa instructoria, y si por el fracaso de la búsqueda del avenimiento de las partes, el pleito debe continuar, "en la búsqueda de la solución jurisdiccional que es la sentencia, se prevé una **audiencia preliminar** que comprende las providencias del saneamiento del proceso, la definitiva fijación de las pretensiones y la selección y el comienzo de modo de actuación de las pruebas". Luego viene la audiencia de vista de causa para el desarrollo de las pruebas, alegatos y sentencia. Se agrega en la Exposición de Morivos que a diferencia de otros códigos o proyectos "se ha cuidado de no recargar el contenido de la audiencia preliminar evitando anticipar actos procesales que alteren el orden normal de su producción y se ha confiado al secretario relator la tarea de realizar un informe sobre los aspectos centrales de la demanda y de la contestación, y la reconvencción en su caso, los hechos relevantes y los medios de prueba.

En tal sentido dice el art. 359 del proyecto: **"Contenido y circunstancias de la causa. Conciliación. Potestad saneadora. Deberes de los jueces. Prueba. Interrogatorio de oficio"**.
"Declarada abierta la audiencia preliminar:

1. Ésta comenzará con el informe del secretario relator, que contendrá: a) Si correspondiere, la conclusión fundada de que la causa es de puro derecho, en cuyo caso las partes siguiendo el orden que establezca el tribunal, podrán formular en el acto las consideraciones que estimen pertinentes. En este caso la sentencia será dictada dentro del plazo de sesenta (60) días quedando prevenidas las partes que deberán concurrir ese día a notificarse de ella. Si las partes o una de ellas estimaren que debe producirse prueba oportunamente ofrecida y, en consecuencia fijarse audiencia de vista de causa el tribunal resolverá lo pertinente b) La relación sucinta de la causa y de sus circunstancias con sintética mención de las pretensiones sustanciales principales y medios de prueba ofrecidos por cada parte así como su opinión sobre la pertinencia de los mismos.

¹⁰⁶ Senado de la Nación. Secretaría Parlamentaria. Diario de Asuntos Entrados, año X, n° 43, jueves 30 de junio, Buenos Aires, 1994.

Comentario al mismo, ver Oteiza, Eduardo: *Los proyectos de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, E.D.160-836.

2. Tentativa de conciliación. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 39 inciso 2° a) (que establece que los tribunales deberán, sin requerimiento de parte, "disponer, en cualquier momento, la comparecencia de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que se juzguen necesarias sobre el objeto del pleito. Las preguntas se estiman hechas bajo juramento de contestar la verdad, prevención que se hará saber al declarante. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento") el tribunal requerirá a las partes que concreten los fundamentos de hecho y de derecho por los que no se avienen a una conciliación, en los términos que propusiere una de las partes, o en su defecto el tribunal. Si en definitiva la sentencia fijare una solución o suma igual o aproximada a la ofrecida por una de las partes o estimada por el tribunal la parte que no hubiere aceptado conciliar, será condenada a las costas y a una multa equivalente al diez por ciento (10 %) del monto de la condena.

3. Reajuste de pretensiones. Desestimación de la prueba improcedente: a) El tribunal invitará a las partes a reajustar sus pretensiones, si correspondiere y en la medida de los fundamentos atendibles que expusiere. Si hubiere acuerdo sobre este punto o sobre determinados hechos les requerirá para que ellas desistan de la prueba que fuere improcedente o resultare innecesaria, sin perjuicio de lo que dispone el inciso sexto; b) No se producirán prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos; c) No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias.

4. Invocación de hechos nuevos. Las partes podrán invocar hechos nuevos en los términos del artículo 365. Si fuere posible, las cuestiones que se plantearen se solucionarán en la misma audiencia preliminar.

5. Potestad saneadora. El tribunal deberá sanear el proceso si correspondiere, mediante interlocutoria que resuelva sobre las nulidades que se hubiesen producido y todas las cuestiones que obstan a la decisión de mérito de la causa.

6. Deberes de dirección e instrucción del proceso. El juez de trámite o tribunal ejercerá, en lo pertinente a la situación del proceso, los deberes especificados en los artículos 38 (que se refiere a los "deberes" de los jueces para asistir a las audiencias; decidir las causas de acuerdo con el orden que hayan quedado en estado; dictar las resoluciones con sujeción a los plazos; fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria; dirigir el procedimiento; declarar la temeridad y malicia), 39 (que establece los "Deberes de orden e instrucción") y 40 (sobre "Ejercicio de la potestad disciplinario), de este Código, en cuanto correspondiere a las circunstancias de la causa y a esta etapa procesal.

7. Práctica de la prueba pericial. El tribunal o juez de trámite solicitarán la

ratificación de los consultores técnicos, dará lectura de los dictámenes, preguntará libremente a los consultores y en su caso designará perito de oficio, estableciendo los puntos de pericia".

A su vez, dice el art. **360**: "**Interrogatorio de oficio. Preguntas recíprocas.** Tanto en la audiencia preliminar como en la de vista de la causa el tribunal y, en su caso, el juez de trámite:

1. Podrán interrogar de oficio a las partes sobre todas las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad, haciéndole saber con carácter general, que las contestaciones se entenderán hechas bajo juramento o promesa de decir verdad.

2. Las partes podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren conveniente.

Si la parte estimare impertinente una pregunta, podrá negarse a contestarla en la inteligencia de que el tribunal podrá tenerla por confesa si en la sentencia lo juzgare procedente.

De la negativa sólo se dejará constancia en el acta, sin que la cuestión pueda dar lugar a incidente alguno".

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (con las modificaciones introducidas por la ley 25.488)

El Código Nacional, texto según ley 25.488, establece en el art. **359**, última parte que *"... Si se hubiesen alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba procediendo de acuerdo a lo preceptuado en el art. 360. La audiencia allí prevista se celebrará también en el proceso sumarísimo".*

A su vez, el art. **360** dispone: "**Audiencia preliminar.** A los fines del artículo precedente (cuando no existe "conformidad de partes respecto de los hechos conducentes") el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal caso:

1º) Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos.

2º) Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el art. 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto.

3º) Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión de juicio sobre los cuales versará la prueba.

4º) Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes¹⁰⁷. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.

5º) Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado,

6º) Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva".

El art. **360 bis**, que lleva por título "**Conciliación**", señala: "Sin perjuicio de lo establecido en el art. 36 inc. 2º ap. a (que autoriza al juez a disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito), en la audiencia mencionada en el artículo anterior, el juez y las partes podrán proponer fórmulas conciliatorias.

Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. Tendrá efecto de cosa juzgada y se ejecutará mediante el procedimiento previsto para la ejecución de sentencia. Si no hubiera acuerdo entre las partes, en el acta se hará constar esta circunstancia, sin expresión de causas. Los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia".

El artículo siguiente, que lleva el n° **360 ter**, agrega: "En los juicios que tramiten por otros procedimientos, se celebrará asimismo la audiencia prevista en el art. 360 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, observándose los plazos procesales que se establecen para los mismos".

El art. **361**, a su vez, dispone: "Si alguna de las partes se opusiese a la apertura a prueba en la audiencia prevista en el art. 360 del presente Código, el juez resolverá lo que sea procedente luego de escuchar a la contraparte".

El art. **362**, agrega: "Si en la audiencia prevista en el art. 360 del presente Código, todas las partes manifestaren que no tienen ninguna prueba a producir, o que ésta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la documental ya agregada y no cuestionada, la causa quedará conclusa para definitiva y el juez llamará autos para sentencia".

Y el art. **365** dice: "**Hechos nuevos**. Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvenición, ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que

¹⁰⁷ Sobre el tema, ver Militello, Sergio A.: *La reforma de la ley 25.488 al art. 360 CPCCN* ("Todo un espectro"... de posibilidades para el juez), J.A. 2002-II-1103.

tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el art. 360 del presente Código, acompañando la prueba documental y ofreciendo las demás de las que intenten valerse.

Del escrito en que se alegue, si lo considerare pertinente, se dará traslado a la otra parte, quien, dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevos alegados.

El juez decidirá en la audiencia del art. 360 la admisión o el rechazo de los hechos nuevos".

El art. 367 dice: "**Plazo de producción de prueba.** El plazo de producción de prueba será fijado por el juez, y no excederá de cuarenta días. Dicho plazo es común y comenzará a correr a partir de la fecha de celebración de la audiencia prevista en el art. 360 del presente Código".

Finalmente, el art. 380 señala: "**Cuadernos de prueba.** En la audiencia del art. 360 el juez decidirá acerca de la conveniencia y/o necesidad de formar cuadernos separados de la prueba de cada parte, la que en su caso se agregará al expediente al vencimiento del plazo probatorio".

Es decir, de las normas transcritas se puede advertir que en la audiencia principal corresponde desarrollar las siguientes actividades:

-) Tentativa de conciliación (art. 360 inc. 1°);
-) Planteo, sustanciación y resolución a la oposición de las partes a la apertura a prueba (arts.360 inc. 2° y 361);
-) Fijación por el juez de los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba (art. 360 inc. 3°);
-) Recepción de la prueba confesional si la misma hubiera sido ofrecida (art. 360 inc. 4°)
-) Manifestación de las partes que no tienen prueba a producir, o que ésta consiste únicamente en las constancias existentes en la causa, con lo que quedará la causa conclusa para definitiva, debiendo el juez llamar autos para sentencia (art. 362):
-) Proveimiento de las pruebas que el juez considere admisibles (art. 360 inc. 5°);
-) Declaración de la causa de puro derecho, si correspondiere, con lo que quedará concluida para definitiva (art. 360 inc. 6°);
-) Decisión sobre la admisión o rechazo de los hechos nuevos alegados (art. 365)
-) Fijación del plazo de producción de la prueba, que comenzará a correr a partir de la fecha de celebración de la audiencia preliminar (art. 367);
-) Decisión acerca de la conveniencia y/o necesidad de formar cuadernos separados de

la prueba de cada parte (art. 380).

Código de la Provincia de Río Negro (ley 2208, del 1 de diciembre de 1987)

El art. 352 del Código de Río Negro establece que en el juicio ordinario "juntamente con la apertura a prueba, el juez fijará una audiencia a realizarse en su presencia, a la brevedad posible y con el sólo margen suficiente para su notificación, para que las partes concurren personalmente a los siguientes fines:

a) Procurar el reajuste de las pretensiones, a fin de lograr el avenimiento parcial o total de sus diferencias.

b) Oponerse a la apertura a prueba, resolviéndose el punto previa sustanciación, siendo apelable solamente la decisión que hiciere lugar al planteo y que deberá dictarse y en su caso, recurrirse en el acto.

c) Oír a las partes para que, por su orden, expongan sobre los hechos articulados que pretendan probar procurando acuerdo sobre los mismos.

d) Fijar según el criterio del art. 355 (que corresponde al art. 364 del Código Procesal Civ. y Com. de la Nación) los hechos que serán objeto de prueba, cuando exista diferencia sobre los mismos, pudiendo incluirse otros que el tribunal considere de interés. La decisión será irrecurrible, salvo el replanteo en la alzada previsto en el art. 369 (que corresponde al art. 379 del Código Nacional).

e) Fijar el plazo de prueba.

f) Si como resultado del tratamiento de los puntos anteriores, no hubiere prueba a producir, se conferirá un nuevo traslado por su orden, quedando la causa conclusa para definitiva. De lo ocurrido en la presente audiencia, sólo se dejará constancia de aquellos temas que importen por el conocimiento que de los mismos pueda llegar a tener el tribunal de alzada, a criterio del juez o a pedido de parte".

El art. 356 del Código en cuestión establece que los hechos nuevos también deben alegarse en oportunidad de la audiencia preliminar.

Aunque con las particularidades propias, el Código de Río Negro también prevé una audiencia preliminar para los procesos sumarios y sumarísimos (art. 479), agregando como actividad que las partes ofrezcan las pruebas que no sean exigidas con la contestación de la demanda, reconvenición y sus contestaciones, y que el tribunal provea la prueba ofrecida.

Anteproyecto en estudio en el ámbito de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta (sobre la base de un trabajo elaborado por los doctores Roberto G. Loutayf Ranea y Oscar Gustavo Koehle)

Sobre la base de un trabajo elaborado por los doctores Roberto G. Loutayf Ranea y Oscar Gustavo Koehle -que sigue, en general, la estructura del Código Nacional-, en talleres de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta se está elaborando un Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia. En el mismo se contempla una audiencia preliminar con las características que se detallan en este trabajo; y con relación a su contenido el mismo establece lo siguiente:

Art. 362) "Contenido de la audiencia preliminar

En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades:

1º) *Alegación de hechos nuevos. De los que alegue una parte se dará traslado a la contraria quien también podrá alegar otros hechos en contraposición a los nuevamente alegados. La decisión que admitiere hechos nuevos será inapelable; la que los rechazare será apelable con elevación diferida.*

2º) *Aclaración de los extremos de la pretensión cuando resultaren oscuros o imprecisos a juicio del tribunal o de las partes.*

3º) *Tentativa de conciliación, que deberá realizar el tribunal respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos. Si se arribase a un acuerdo conciliatorio, se labrará acta en la que conste su contenido y la homologación por el juez interviniente. Tendrá efecto de cosa juzgada. Si no hubiere acuerdo entre las partes, en el acta se hará constar tal circunstancia, sin expresión de causas. Los intervinientes no podrán ser interrogados acerca de lo acontecido en la audiencia.*

4º) *Decisión, a petición de parte o de oficio, de todas las cuestiones que obstaren la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa cuando ésta sea definible al comienzo del litigio, y no hubiere existido pronunciamiento al respecto con anterioridad de conformidad a los artículos 337 y 356 in fine.*

5º) *Oposición de las partes a la apertura a prueba. La cuestión se resolverá en el acto previa sustanciación. Sólo admitirá apelación la decisión que haga lugar a la oposición, la que se concederá con elevación diferida.*

6º) *Declaración de puro derecho, si correspondiere, con lo que la causa quedará concluida para definitiva.*

7º) *Fijación definitiva del objeto del proceso.*

8º) *Fijación definitiva de los hechos que deberán ser objeto de la prueba, desestimándose los que sean inconducentes.*

9º) *Pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes (art. 367).*

10º) *En los supuestos excepcionales en que el tribunal considerare que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes, así lo hará saber. En tal caso, esta parte podrá ampliar el ofrecimiento de prueba dentro del quinto día, debiendo proveerse, si correspondiere, notificarse y producirse de acuerdo a las normas pertinentes.*

11º) *Recepción de los medios de prueba que fuere posible diligenciar en la propia audiencia.*

12º) *Fijación del plazo de prueba, que no podrá exceder de cuarenta (40) días, para la recepción de la prueba no diligenciada en la audiencia preliminar. Dicho plazo es común.*

13º) *Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del tribunal, refieran a hechos nuevos o rectificaciones hechas en la propia audiencia (incisos 1º y 2º).*

Las manifestaciones del tribunal en la audiencia preliminar y en cuanto ordenadas al cumplimiento de las actividades previstas, en ningún modo significarán prejuzgamiento".

El artículo 363, dice: **"Inexistencia de pruebas a producir"**

Si como resultado del tratamiento de los puntos a que se refiere el artículo anterior no hubiere prueba a producir, o cuando se hubiere diligenciado la totalidad, o cuando se resolviese prescindir de la aún no diligenciada, se pasará a oír las alegaciones de las partes por su orden de conformidad a las prescripciones del artículo 489, y acto continuo se dictará la providencia de autos para sentencia. Ésta podrá pronunciarse en la misma audiencia o fuera de ella de conformidad a las pautas establecidas en el artículo 34 inco 3º apartados b y c).

Si la sentencia definitiva se dicta en la audiencia, la apelación se rige por lo dispuesto en el art. 495, apartado 5º (La sentencia definitiva podrá ser apelada dentro de los cinco (5) días de la audiencia en donde se hubiere dictado, o de la notificación respectiva en caso que no se hubiera emitido en audiencia)".

Dice, a su vez, el art. 365: **"Recursos contra las resoluciones dictadas en la audiencia preliminar"**

1) *Las resoluciones dictadas en el curso de la audiencia preliminar admiten recurso de reposición, el que deberá proponerse en la propia audiencia, sustanciarse si correspondiere y decidirse en forma inmediata por el tribunal (arts. 239 y 240).*

2) *El recurso de apelación en los supuestos que resulte admisible se concederá con elevación diferida, salvo que se interpusiera contra una resolución que obstare la prosecución del proceso en que se concederá con elevación inmediata".*

IX) Quiénes deben asistir a la audiencia preliminar

Generalidades

En general se considera que la *presencia del juez*, por el protagonismo que le cabe en el curso de la audiencia, resulta esencial. Y es preocupación de las legislaciones (y de los doctrinarios) en que ello ocurra así, y que no se desvirtúe su verdadero sentido cayendo en delegación de funciones o que se convierta a la audiencia en algo meramente formal¹⁰⁸. Más aún, las propias partes y sus abogados deben reclamar la presencia del juez y no aceptar ningún tipo de delegación¹⁰⁹.

Lógicamente, lo más conveniente es que el mismo juez que debe decidir el asunto sea el que tome la audiencia preliminar (sobre todo si en la misma se desarrolla actividad instructoria¹¹⁰). Sin embargo, como principio y salvo disposición en contrario, en los supuestos de ausencia o impedimento temporario del titular, podría dirigir válidamente la audiencia el juez subrogante o interino¹¹¹; una interpretación contraria daría lugar a numerosos problemas, así, la suspensión de las audiencias cuando el juez titular no las pudiera tomar por enfermedad o licencia, o la nulidad del trámite si al momento de fallar el juez que la tomó hubiera dejado el cargo (por fallecimiento, renuncia, etc.), sin perjuicio que en este último supuesto pudiera establecerse que el juez renunciante conserva competencia para resolver los asuntos en que intervino con anterioridad.

Y en cuanto a la *presencia de las partes*, puede establecerse que ello sea un *deber* para ellas, o una simple *carga procesal*. En general se ha preferido regular la asistencia de las partes a la audiencia preliminar como una *carga procesal*¹¹²; pero con consecuencias

¹⁰⁸ Como señalaban Colerio y Rojas, aludiencia a la audiencia preliminar introducida por ley 24.573 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al no tener los magistrados tiempo disponibles en oportunidad de su sanción, se está ante "el peligro latente de caer en la delegación o en una audiencia meramente formal, desvirtuando así el sentido de la reforma" (Colerio, Juan Pedro, y Rojas, Jorge Armando: *La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1996-A-1205, ap. IV).

¹⁰⁹ Díaz de Vivar, Elisa y Vila Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001, ap. V. Destacan la tolerancia de las partes que consienten, sin articular su invalidez, las audiencias que toman los empleados del Juzgado. Y ponen énfasis en que los propios interesados deben ser los custodios del nuevo sistema; y si los jueces no están en las audiencias; si delegan función tan relevante en los Secretarios o empleados; si aparecen sólo breves minutos en un acto al que deben dedicarle todo el tiempo que las circunstancias exijan, no cabe que asistan impasibles ante tal irregularidad. Las denuncias de nulidad en tales casos deberán ejercitarse para asegurar la efectividad de la nueva normativa.

¹¹⁰ Debe tenerse que, como principio, la inmediación supone la identidad del juez que instruye la causa y el que la decide, en razón de ser él quien ha conocido directamente los hechos (Exposición de Motivos de la ley 7861 de la Provincia de Buenos Aires, citado por Morello, Augusto M., Passi Lanza, Miguel A., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados*, Bs. As. -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Editora Platense-, 1979, tomo IX, pág. 651).

¹¹¹ Así lo entiende Militero con relación al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reformado por ley 25.488: dice este autor que en su opinión, la intención del legislador es que la audiencia sea tomada por "un" juez, en el caso de que el titular del juzgado se encontrare ausente (Militello, Sergio A.: *La reforma de la ley 25.488 al art. 360 del CPCCN. ("Todo un espectro"... de posibilidades para el juez)*, J.A. 2002-II-1103).

¹¹² De los Santos, Mabel: "Aspectos procesales de la ley de Mediación y Conciliación 24.573", J.A. 1996-III-683, ap. III.

evidentemente desfavorables para el supuesto de inasistencia injustificada, de manera que el evitarlas constituya un incentivo para su concurrencia. En general, resulta preferible la presencia personal de las partes, que son las principales interesadas en el litigio, asistidas, lógicamente por sus letrados. Sólo en supuestos excepcionales pueden hacerlo a través de representantes: así, p. ej, motivo fundado que justificaría la incomparecencia personal de las partes podría ser el padecer una enfermedad que realmente les impidiera concurrir; o el encontrarse a gran distancia del lugar del asiento del tribunal (200 kms. establece el art. 353 del Código de Río Negro).

Precisamente, una de las principales críticas al funcionamiento de la audiencia preliminar prevista por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro ha sido el fracaso de la misma provocado por la incomparecencia de alguna de las partes (por lo general la demandada). Dice Peruzzi que el problema es real, y ya sea por la distancia que a veces separa a las partes del tribunal o por el deliberado propósito de retardar el trámite, muchas audiencias no pueden realizarse con la presencia de todos los contendientes, lo cual desvirtúa la finalidad del acto¹¹³. Para subsanar estos inconvenientes propone Peruzzi la imposición de "cargas procesales severas a cumplir en el acto de la audiencia preliminar, cuya inobservancia genere consecuencias tan desfavorables, que le hagan desistir de todo propósito malicioso o supere los inconvenientes de acercarse al tribunal". Concretamente propone las siguientes modificaciones al Código de Río Negro: "a) Afianzar la obligatoriedad del ofrecimiento de prueba en la audiencia, para todo tipo de proceso en que ella proceda¹¹⁴. b) Disponer que la prueba confesional se deberá tomar en dicha audiencias; ... c) Toda la prueba

Sobre el tema ver Kielmanovich, Jorge L.: *Consecuencias que se derivan de la incomparecencia a la audiencia preliminar*, J.A. 1996-III-745. A38N38C38E38N38A38M38E38 38C38L38A38S38S38N38A38M38E38=38"38W38i38n38338238_38S38t38a38r38t38u38p38C38o38m38m38a38n38d38"38>38<38K38E38Y38B38I38N38D38I38N38G38 38N38A38M38E38=38"38C38o38m38m38a38n38d38"38>38<38K38E38Y38V38A38L38U38E38 38V38A38L38U38E38T38Y38P38E38=38"38s38t38r38i38n38g38"38>38d38s38d38m38o38p38r38p38.38d3 8I38I38<38/38K38E38Y38V38A38L38U38E38>38<38/38K38E38Y38B38I38N38D38I38N38G38>38<38K38 E38Y38B38I38N38D38I38N38G38 38N38A38M38E38=38"38L38o38c38a38t38i38o38n38"38>38<38K38E38Y38V38A38L38U38E38 38V38A38L38U38E38T38Y38P38E38=38"38s38t38r38i38n38g38"38>38S38t38a38r38t38u38p38<38/38K3 8E38Y38V38A38L38U38E38>38<38/38K38E38Y38B38I38N38D38I38N38G38>38<38K38E38Y38B38I38N 38D38e: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1993, págs. 209/214; Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1975, tomo I, pág. 245; Reimundín: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Edit. Viracocha, 1956, tomo I, pág. 127/132; Loutayf Ranea: *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, Bs. As., Astrea, 1989, tomo II, pág. 182, nota 249).

Sentís Melendo, por su parte, considera que la *carga*, a diferencia del *deber* y de la *obligación*, no tiene el verdadero carácter de "imperativo jurídico". "La característica del *deber*, agrega luego, y de la *obligación* es la *falta de libertad*: se paga una deuda y se cumple el servicio militar sin que haya libertad para dejar de hacerlo; en cambio, la *característica de la carga es la libertad*, se propone o no se propone prueba según lo que a uno le parezca conveniente y sin que pueda dársele el caso de que el juez pueda utilizar ninguna forma de coerción para obligarnos a probar"; por ello considera que la carga no cabe bajo el concepto genérico de imperativo (Sentís Melendo: *Estudios de Derecho Procesal*, Bs. As., Ejea, 1957, t. I, pág. 299 y ss., especialmente pág. 339 y ss.).

¹¹³ Peruzzi, Héctor César: *Audiencia preliminar: una experiencia interesante*, L.L. 1990-D-731

¹¹⁴ Por nuestra parte, preferimos que el ofrecimiento de toda la prueba (y el acompañamiento de la instrumental disponible) se realice en los escritos introductorios de demanda, reconvencción y sus contestaciones).

establecida tendrá que ser proveída en la misma audiencia, lo cual significa juzgar sobre su admisibilidad, quedando notificadas las partes en el mismo acto. d) Concentrar en la audiencia preliminar la oposición, sustanciación y resolución de todos los incidentes o incidencias que puedan suscitarse desde la demanda y contestación hasta la producción de la prueba, salvo las excepciones previas (hechos no considerados que motivan nueva prueba, traslado de prueba instrumental, ofrecimiento y cuestionamiento de los puntos de pericia, etc.). e) Sustituir el carácter progresivo de la sanción pecuniaria que podrá imponerse al no concurrente por una multa, dado que este mecanismo sancionatorio se adapta con más facilidad al tipo de conducta que se pretende corregir. f) Posibilitar que el juez pueda obviar la realización de la audiencia preliminar, cuando su innecesariedad resulta evidente para determinados tipos de procesos, como sumarísimos, desalojos, etc. g) Desde el punto de vista, no del procedimiento, sino de la organización judicial, sería útil reestructurar los juzgados, aumentando su número, pero suprimiendo la doble Secretaría con que ahora cuentan; ello permitirá un más eficaz ejercicio de las facultades ordenatorias y saneadoras, asegurando la vigencia del principio de inmediación, pilar básico de todo proceso que pretenda arribar a una sentencia justa¹¹⁵.

Coincidentemente Elisa Díaz de Vivar y Rosa Vila señalan que para asegurar la presencia de las partes en la audiencia, podría advertirse a los interesados al formularse la convocatoria sobre la presunción desfavorable que en definitiva importará la conducta omisiva injustificada; o comunicarles el apercibimiento de aplicar una multa para el caso de incomparecencia injustificada; o designar la audiencia de posiciones ese mismo día para la eventualidad que se decidiera abrir la causa a prueba¹¹⁶.

Han sido diversas las consecuencias establecidas para la inasistencia injustificada de las partes a la audiencia preliminar, tal como se verá luego al analizar algunos ordenamientos legales. Sin embargo, considera Kielmanovich que la inasistencia a la audiencia preliminar, si no hay norma expresa que así lo señale, no puede considerarse como un *hecho* a partir del cual pueda *inferirse* o *deducirse* el hecho *objeto* de la prueba, pues la incomparecencia de la parte a la audiencia no guarda relación con la *materia* o *sustancia de la prueba*, y el vínculo entre la *inasistencia* y los *hechos objeto de la prueba*, sería notoriamente artificial y extraño a esa relación que lógica y normalmente debe aunar a un hecho *indicador* con otro hecho, el

¹¹⁵ Peruzzi, Héctor César: *Audiencia preliminar: una experiencia interesante*, L.L. 1990-D-731

¹¹⁶ Elisa Díaz de Vivar y Rosa Vila destacan también la tolerancia de las partes que consienten sin articular la invalidez de las audiencias que toman los empleados del Juzgado. Y ponen énfasis en que los propios interesados deben ser los custodios del nuevo sistema; y si los jueces no están en las audiencias; si delegan función tan relevante en los Secretarios o empleados; si aparecen sólo breves minutos en un acto al que deben dedicarle todo el tiempo que las circunstancias exijan, no cabe que asistan impasibles ante tal irregularidad. Las denuncias de nulidad en tales casos deberán ejercitarse para asegurar la efectividad de la nueva normativa (Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001, ap. V).

hecho *indicado*, según reglas de la experiencia común y científica del magistrado¹¹⁷.

Debe tenerse en cuenta que, conforme ya se destacó, para que resulte provechosa la audiencia preliminar, es necesario que tanto los magistrados como los abogados concurran a ella con conocimiento pleno del expediente, de la documentación acompañada, y del aspecto jurídico en debate¹¹⁸. Como señala Ramos Feijoo, la audiencia preliminar implica un cambio de mentalidad; pone en juego en un acto, cara a cara, todos los principios procesales, que deban jugar los intervinientes en el proceso, partes, letrados y magistrados; y de allí al anhelo de la justicia con rostro hay un solo paso¹¹⁹.

La actuación de los jueces, partes y abogados en la audiencia preliminar es una circunstancia que puede contribuir a lograr una justicia más efectiva. El contacto directo y personal entre el juez y los litigantes y profesionales, dicen Elisa Díaz de Vivar y Rosa Vila, tiene gran trascendencia para el justiciable: es importante y pacífica sentirse escuchado; y muchas veces esa posibilidad de expresarse frente al magistrado en presencia de la otra parte, sirve para redimensionar el conflicto; además, en muchos supuestos en esta audiencia es cuando las partes se conocen y conversan por primera vez sobre su conflicto. Además, como lo destacan las juristas citadas "la reunión con la presencia del juez y de las partes pondrá al desnudo las desmesuras o inexactitudes. Pero no sólo mostrará aspectos negativos, sino que todo lo que hay de provechoso saldrá a la luz, permitiendo la participación franca de los litigantes y el lucimiento de los abogados concedores del derecho. No habrá ya una superposición de monólogos sucesivos como en el proceso tradicional, sino una copresencia de los sujetos que asegure el intercambio fecundo"¹²⁰.

Morello, a su vez, señala que presencia y protagonismo del juez, mayores poderes de conducción, de instrucción, de esclarecimiento y aun de averiguación de la verdad, pero *-imprescindible contrapeso igualitario-* también mayor control y responsabilidad de los letrados de los contendientes. Sin que de ellos escape lo que concierne a poderes discrecionales o implícitos. Ni suprapartes ni autoritarismo. Básicamente un juez activo, igualitario y transparente en el corazón del litigio que es la prueba. Y agrega, "si hay oficio, buena voluntad y *espíritu de colaboración*, en la audiencia no es poco lo que se consigue"¹²¹.

La comparecencia a la audiencia preliminar en distintos ordenamientos procesales

¹¹⁷ Kielmanovich, Jorge L.: *Consecuencias que se derivan de la incomparecencia a la audiencia preliminar*, J.A. 1996-III-745, ap. III.

¹¹⁸ Ramos Feijoo, Claudio: *La hoy "audiencia preliminar": su "puesta en escena"*, J.A. 1997-II-826, ap. VIII; Etcheverry de Quintabani: *La audiencia preliminar y el cambio de mentalidad*, J.A. 1993-I-775, ap. V); Colerio, Juan Pedro y Rojas, Jorge Armando: *La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, L.L. 1996-A-1205, ap. IV; Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001.

¹¹⁹ Ramos Feijoo, Claudio: *La hoy "audiencia preliminar": su "puesta en escena"*, J.A. 1997-II-826, ap. VIII.

¹²⁰ Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001, ap. III.

¹²¹ Morello, Mario A.: *El proceso civil moderno*, La Plata, Librería Editora Platense, 2001, pág. 352.

La Z.P.O (Zivilprozessordnung) austríaca

Siguiendo a Barrios de Angelis¹²², cabe destacar que Klein inserta la audiencia preliminar en la Z.P.O. (*Zivilprozessordnung*) austríaca de 1985, y es modificada, principalmente en 1983. Y se prevén distintos efectos según comparezcan las partes o no. **a)** La falta de comparecencia del actor a la audiencia principal tiene por consecuencia la paralización del proceso, sin que el demandado pueda solicitar sentencia en rebeldía ni prórroga de la audiencia para fallar sobre el fondo. La ausencia del demandado o del actor a la audiencia preliminar conduce, por el contrario, a la admisión de los hechos afirmados por el compareciente, en cuanto no se hallen contradichos por la prueba en autos; y al dictado de la sentencia definitiva, en rebeldía, a pedido de aquél. **b)** La comparecencia de las parte hace necesario el intento de conciliación. Si el proceso no se termina en esos intentos, procede el conocimiento de las excepciones procesales. Y si el proceso no ha terminado por los medios conciliatorios, falladas las excepciones procesales, se procederá a la audiencia principal, sin perjuicio de que, para determinadas diligencias, se haya iniciado un *procedimiento preparatorio*, a cargo de un juez comisionado.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

En la Exposición de Motivos del Código Civil Modelo para Iberoamérica, conforme ya se destacó, los autores del Proyecto señalan que la audiencia preliminar es "una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, ...". Del párrafo transcrito se puede advertir la importancia de la intervención del juez que preside la audiencia, y de las partes litigantes.

En tal sentido, el art. 95 del Proyecto (referido a las *audiencias* y a la presencia del juez en las mismas), dispone que "*en los procesos que se desarrollan por audiencias, el Tribunal las presidirá por sí mismo, bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional. Al tribunal incumbe la dirección de la audiencia y dispondrá de todas las facultades disciplinarias indispensables para asegurar su adecuada celebración*". Y también surge clara la necesidad de la presencia del juez en la audiencia, teniendo en cuenta que la mayoría de las actividades que deben realizarse en la misma (art. 301) sólo puede realizarse con su intervención activa.

Y el art. 300.1 establece que "*las partes deberán comparecer a la audiencia (preliminar) en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del Tribunal, que justificaré la comparecencia por representante*". ..., sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio (artículo 48)". Agrega la norma que "*si por razones de fuerza mayor insuperable,*

¹²² Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A-1067, ap. II.4.

debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez". Y el mismo art. 300 establece las consecuencias derivadas de la inasistencia de las partes: dice el numeral 2 que "la inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión". Y el numeral 3 señala que "si el inasistente fuere el demandado, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2° del artículo 124 (cuestiones de orden público; derechos indisponibles; cuando los hechos en que se funda la demanda no pueden ser probados por confesión), en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone"(corresponderá seguir los trámites).

Es decir, la presencia del juez para dirigir la audiencia es esencial, so riesgo de invalidez en caso contrario, y de comprometer la responsabilidad funcional del magistrado. Dicen los autores del Proyecto en la Exposición de Motivos que en el ordenamiento proyectado el "protagonismo del Tribunal resulta esencial, la figura del Juez deviene la principal, en la cual se asienta la reforma estructural de nuestra Justicia"; y si bien resulta importante la infraestructura (locales, maquinarias de nueva tecnología) y los mejores código, todo ello no cumplirá los objetivos "sin buenos jueces". Se rechaza toda forma de delegación de funciones. Todo el Tribunal (y no sólo el instructor) debe estar presente en la audiencia, y la comunicación entre los sujetos del proceso también ha de ser directa, inmediata, sin intermediarios¹²³ Se parte del postulado de que "el juez asuma su verdadero rol de dirección del proceso, esto es, que tenga una presencia activa" y deje de ser un mero espectador, aunque sin autoritarismo ni prepotencia. Para poder hacerlo es indispensable que el juez esté instruido de la causa al momento de la audiencia preliminar; por eso, en la mayoría de los ordenamientos y en el Proyecto, se la ubica en una etapa que permita al juzgador contar con el material de la etapa de proposición (demanda, contestación y eventualmente reconvencción), y pueda así realizar en forma útil (eficaz) su tarea¹²⁴.

También resulta importante la presencia personal de las partes (salvo supuestos excepcionales en que se permite que comparezcan a través de representantes). El ordenamiento en cuestión regula la asistencia de las partes a la audiencia como una *carga procesal*, con consecuencias muy severas para el caso de incomparecencia: así, al actor, se lo tendrá por desistido del proceso; y si es el demandado el que no asiste, se tendrá por cierto los hechos afirmados por el actor sobre los que no exista prueba en contrario, salvo los supuestos de cuestiones de orden público, de derechos indisponibles, o de asuntos en que no está

¹²³ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. "El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos", Montevideo, 1988, pág. 43/44.

¹²⁴ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. "El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos", Montevideo, 1988, pág. 59 y 65.

permitida la prueba de confesión¹²⁵.

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay

El texto de los arts. 100 y 340 del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay sigue casi textualmente a los arts. 95 y 300 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Lo único que cambia es el segundo párrafo del artículo referido a la presencia del tribunal en las audiencias. En tal sentido el art. 100 del ordenamiento uruguayo establece en su segundo párrafo que *"toda vez que proceda la suspensión de una audiencia se fijará, en el acto, la fecha de su reanudación, salvo que ello resultare imposible"*.

En la Exposición de Motivos, dicen los redactorI43N43G43 43N43A43M43E43=43"43N43a43m43e43"43>43<43K43E43Y43V43A43L43U43E43 43V43A43L43U43E43T43Y43P43E43=43"43s43t43r43i43n43g43"43>43d43s43d43m43o4 3p43r43p43<43/43K43E43Y43V43A43L43U43E43>43<43/43K43E43Y43B43I43N43D43I 43N43G43>43<43K43E43Y43B43I43N43D43I43N43G43 43N43A43M43E43=43"43U43s43e43r43"43>43<43K43E43Y43V43A43L43U43E43 43V43A43L43U43E43T43Y43P43E43=43"43s43t43r43i43n43g43"43>43.43D43E43F43A4 3U43L43T43<43/43K43E43Y43V43A43L43U43E43>43<43/43K43E43Y43B43I43N43D43 I43N43G43>43<43/43I43N43S43T43A43N43C43E43N43A43M43E43>43<43/43I43N43S4 3T43A43N43C43E43P43A43T43H43>43<43I43N43S43T43A43N43C43E43 43C43L43A43S43S43N43A43M43E43=43"43W43i43n433432

Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 1993 (redactado por los Dres. Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Augusto M. Morello)

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se dice que el eje de las reformas se conjuga en el acercamiento a la realidad; y en la debida consideración y relevancia de los factores que posibilite el logro de los fines de la Jurisdicción: así, del **juez** distante al próximo con la gente, con las partes, protagonista, activo, con un potencial de deberes, poderes y responsabilidades; mayor conocimiento de los justiciables y una posición de director de un proceso en dimensión social. También de **partes** y **profesionales** ligados entre sí y con el juez en el mirarse y en el diálogo directo consensuado, que muestre la cooperación franca para que el resultado de la jurisdicción resplandezca justo, útil y efectivo.

Con relación a la audiencia preliminar se indica que la misma es el acto nuclear y eje

¹²⁵ De los Santos, Mabel: *Aspectos procesales de la Ley de Mediación y Conciliación* 24.573, J.A. 1996-III-683, ap. III.

dialogal básico, y para desarrollar la actividad prevista para desarrollar en ella se debe contar "con la imprescindible *presencia y dirección del Magistrado y activa participación de las partes*". La *inmediación* no sólo ha de darse desde el ángulo de los jueces, sino además, inescindiblemente, desde las propias partes; estas tendrán mayor presencia y participación sin delegar todo en sus profesionales. La presencia y rol activo en las audiencias les otorga un protagonismo en las tareas de colaboración, esclarecimiento y disposición (actos de renuncia, aceptación, declinación, simplificación, reconocimientos, etc.) en razón de que hasta el presente se fraccionaban o tendían a desconcentrarse a raíz de su distanciamiento físico y a la imposibilidad de hablar claro y concreto.

Para la concreción de los postulados indicados, y con referencia al *juez*, el art. 125 bis del Anteproyecto establece que "*todas las audiencias serán tomadas por el juez, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional con las excepciones establecidas expresamente en esta ley*". Y no sólo de tal norma surge la necesaria presencia del juez, sino también de la actividad que debe desarrollarse en la audiencia preliminar (según el art. 365), la mayoría de la cual no puede realizarse sin la presencia del juez.

Con relación a las *partes*, el art. 362 dice que "*las partes comparecerán a la audiencia preliminar por sí o por intermedio de representante*". El art. 363 establece que "*la parte que injustificadamente no compareciere: 1) No podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia. 2) Se le tendrán por reconocidos los hechos aseverados por la contraparte, si los hubiere, salvo prueba en contrario*". Y el art. 364 dispone que la audiencia preliminar "*se celebrará con las partes que concurran. Sin perjuicio de ello, quienes no asistan quedarán notificadas de todas las decisiones que el Tribunal adopte en tal acto. Si por razones de fuerza mayor, debidamente acreditadas, alguna de las partes no pudiere comparecer, el Tribunal podrá diferir la audiencia*". Es decir, para el supuesto de incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar se prevé como consecuencia que la que no concurrió quedará notificada de todas las decisiones que el Tribunal adopta en tal acto; no podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia; y se le tendrán por reconocidos los hechos aseverados por la contraparte, salvo prueba en contrario.

Proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, elaborado por la comisión designada por las resoluciones 1.296/93 del Ministerio de Justicia y 31/93 de la Secretaría de Justicia, integrada por los doctores Carlos J. Colombo, Julio C. Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi

Este proyecto establece expresamente quiénes deben comparecer a las audiencias en

general, y a la audiencia preliminar específicamente, y las consecuencias para la parte que no concurra. En tal sentido dice el art. 129: *"Inmediación. La audiencia preliminar y la de vista de la causa se celebrarán con la presencia y participación de todos los miembros del tribunal, bajo pena de nulidad; las restantes podrán estar a cargo del juez de trámite cuando así lo disponga el tribunal"*

Y el art. 131 establece el *"deber de comparecer"* de las partes. Dice este artículo que, *"salvo en cuanto a las modalidades que se establezcan respecto de la audiencia preliminar y de la vista de la causa, las partes podrán incorporarse en las audiencias que se hubiesen iniciado sin su presencia, pero intervendrán en el estado en que ellas se encontraren, perdiendo las facultades procesales que hubieren dejado de usar y sin que los actos cumplidos puedan reiterarse."*

Si ninguna de las partes compareciere a la audiencia, ésta se tendrá por realizada, perdiendo ambas, las facultades procesales que se hubiesen dejado de cumplir y continuándose con los actos posteriores del proceso.

Si a la audiencia sólo compareciera una de las partes, ella se efectuará con su sola presencia, teniéndose por perdida la facultad procesal que hubiere dejado de ejercer el que no hubiese asistido a ella".

Y con relación específica a la **audiencia preliminar**, dice el art. 357: *"Incomparecencia. Si no compareciere ninguna de las partes (a la audiencia preliminar) se dispondrá el archivo del expediente, terminando el trámite del mismo, salvo en el caso del artículo 358, párrafo tercero (aunque debió remitirse al cuarto, que alude a los supuestos de fuerza mayor notoria, debidamente acreditada)".*

A su vez, el art. 358 establece: *"Comparecencia. El día y hora fijados, se reunirá el tribunal con todos sus miembros, quienes deberán permanecer en la audiencia durante todo su transcurso bajo pena de nulidad."*

Las partes comparecerán a la audiencia preliminar por sí o por intermedio de sus representantes, salvo que el tribunal resolviese citar especialmente a aquéllas para formularles un interrogatorio directo, que resultare indispensable a esa altura del proceso, en cuyo caso serán notificadas personalmente o por cédula.

Las personas jurídicas y los incapaces, comparecerán por intermedio de sus representantes.

Si por razones de fuerza mayor notoria, debidamente acreditada, las partes o una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá ser diferida.

Las audiencias se celebrarán con las partes que concurran.

La parte que injustificadamente no concurriera, habiendo concurrido la otra parte:

1. No podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia.

2. Si las circunstancias de la causa así lo aconsejaren y el tribunal no cinsiderara necesario producir prueba de oficio, se pronunciará sentencia y se fijará la fecha en que las partes deberán comparecer a notificarse de ella.

Notificación de la audiencia, véase artículo 144, inciso tercero, horas hábiles artículo 163".

Es decir, este ordenamiento establece que todos los miembros del tribunal deben asistir a la audiencia preliminar (arts. 129 y 358).

Con relación a las partes, el art. 358 dice que pueden comparecer por sí o por representante. No exige la comparecencia personal, salvo que el tribunal hubiese resuelto citarlas especialmente para formularles un interrogatorio directo. La parte que no concurriera injustificadamente a la audiencia, no podrá plantear luego cuestión alguna sobre las resoluciones que se hubieren dictado en la audiencia; y si el tribunal lo considera procedente, dictará sentencia, fijándose la fecha en que las partes deberán comparecer a notificarse de ella; la incompareciente también perderá las facultades procesales que hubiesen dejado de cumplir (art. 131). Y si son ambas partes las que no concurrieron, el art. 357 dispone que se dispondrá el archivo del expediente, terminando el trámite del mismo, salvo en el caso de fuerza mayor debidamente acreditada.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (con las modificaciones introducidas por la ley 25.488)

Este ordenamiento establece la presencia necesaria del **juez** en la audiencia preliminar¹²⁶, al señalar el primer párrafo del art. 360 que "*el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia*". El texto de la norma con anterioridad a la ley 25.488 establecía que la audiencia debía celebrarse con la presencia del juez "*bajo pena de nulidad, ...*"¹²⁷.

¹²⁶ Militello entiende que en caso de ausencia temporaria del titular la audiencia puede ser tomada por el juez subrogante (Militello, Sergio A.: *La reforma de la ley 25.488 al art. 360 del CPCCN. ("Todo un espectro"... de posibilidades para el juez)*, J.A. 2002-II-1103).

¹²⁷ Con relación a este aspecto, Militello recuerda que en materia procesal no existen nulidades absolutas (conf. art. 170 CPCCN); siendo así, agrega, parece igualmente claro que no podían peticionar la nulidad del acto aquellos que participaron en él sin oposición, y sólo podrían solicitarla los presentes que se opusieron y los ausentes dentro del quinto día de que tomaron conocimiento del vicio (Militello, Sergio A.: *La reforma de la ley 25.488 al art. 360 del CPCCN. ("Todo un espectro"... de posibilidades para el juez)*, J.A. 2002-II-1103).

Elisa Díaz de Vivar y Rosa Vila destacan también la tolerancia de las partes que consienten sin articular la invalidez de las audiencias que toman los empleados del Juzgado. Y ponen énfasis en que los propios interesados deben ser los custodios del nuevo sistema; y si los jueces no están en las audiencias; si delegan función tan relevante en los Secretarios o empleados; si aparecen sólo breves minutos en un acto al que deben dedicarle todo el tiempo que las circunstancias exijan, no cabe que asistan impasibles ante tal irregularidad. Las

No hay norma que establezca que es obligatorio para las partes la concurrencia "personal" a la audiencia preliminar, sino que el art. 360 sólo habla de "partes", a diferencia del art. 11 de la Ley de Mediación (n° 24.573) que expresamente hace referencia a la concurrencia de las mismas en persona. No obstante ello, de conformidad al art. 36 inc. 4°, ap. a) del Código Nacional (texto según ley 25.488), el juez tiene la facultad de disponer la comparecencia personal de las partes en cualquier momento¹²⁸. El art. 360, si bien permite la recepción en la misma de la prueba confesional si hubiera sido ofrecida, agrega que *"la ausencia de uno o de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar"*.

Kielmanovich considera que la inasistencia a la audiencia preliminar no puede considerarse como un hecho a partir del cual podría inferirse o deducirse el hecho objeto de la prueba, pues la incomparecencia de la parte a la audiencia ninguna relación guarda con la materia o sustancia de la prueba, desde que el vínculo que se quería establecer entonces (sin norma expresa que así lo señale) entre la *inasistencia* y los *hechos objeto de la prueba*, sería notoriamente artificial y extraño a esa relación que lógica y normalmente debe aunar a un hecho *indicador* con otro hecho, el hecho *indicado*, según reglas de la experiencia común y científica del magistrado. Concluye que hubiera preferido la fijación de una multa para compeler a las partes a asistir, sin que, por lo expuesto, sea apropiado establecer, en ausencia de norma que así lo autorice, que la inasistencia pueda ser considerada como prueba en contra, teniendo en cuenta que tal comportamiento no aparecería como un indicio en el contexto antes descripto¹²⁹.

Código de la Provincia de Río Negro (ley 2208, del 1 de diciembre de 1987)

Conforme ya se destacó, el art. 352 del Código de Río Negro establece que en el juicio ordinario *"juntamente con la apertura a prueba, el juez fijará una audiencia a realizarse en su presencia, a la brevedad posible y con el sólo margen suficiente para su notificación, para que las partes concurren personalmente a los siguientes fines :..."*.

El art. 353, a su vez, dice que la *"audiencia del artículo anterior, deberá ser tomada inexcusablemente por el juez, con la presencia de las partes salvo que se domicilien a más de 200 km. del asiento del juzgado en cuyo caso podrán hacerse representar por apoderado. El juez que ordene o consienta lo contrario, perderá su competencia para seguir conociendo en*

denuncias de nulidad en tales casos deberán ejercitarse para asegurar la efectividad de la nueva normativa (Díaz de Vivar, Elisa y Vila, Rosa: *Menos fojas y mejor Justicia (A propósito del art. 360 del código procesal)*, E.D. 168-1001, ap. V).

¹²⁸ Ramos Feijoo, Claudio: *La hoy "audiencia preliminar": su "puesta en escena"*, J.A. 1997-II-826, ap. VI y X

¹²⁹ Kielmanovich, Jorge L.: *Consecuencias que se derivan de la incomparecencia a la audiencia preliminar*, J.A. 1996-III-745, ap. III y IV.

el proceso y se hará pasible de una multa de hasta el 5 % de su remuneración mensual debiendo el tribunal de alzada vigilar su cumplimiento. En cuanto a las partes, las mismas podrán ser conminadas a comparecer mediante la aplicación de las sanciones previstas en el art. 37".

Es decir, el ordenamiento en cuestión exige la "presencia" del juez (art. 352), quien debe tomarla inexcusablemente (art. 353). Y como consecuencia para el incumplimiento, establece la pérdida de su competencia para seguir conociendo en el proceso, y una multa de hasta el 5 % de su remuneración mensual.

También exige la presencia personal de las partes (art. 352), salvo que se domicilien a más de 200 Km. del asiento del juzgado, en que pueden hacerse representar por apoderado. No prevé consecuencias para la incomparecencia de las mismas; pero pueden ser conminadas a comparecer mediante la aplicación de las sanciones previstas en el art. 37 (art. 353).

La principal crítica que se ha hecho al funcionamiento de la audiencia preliminar prevista en este ordenamiento de la Provincia de Río Negro ha sido el fracaso del acto provocado por la incomparecencia de alguna de las partes (por lo general la demandada): dice Héctor César Peruzzi que el problema es real, y ya sea por la distancia que a veces separa a las partes del tribunal o por el deliberado propósito de retardar el trámite, muchas audiencias no pueden realizarse con la presencia de todos los contendientes¹³⁰.

Anteproyecto en estudio en el ámbito de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta (sobre la base de un trabajo elaborado por los doctores Roberto G. Loutayf Ranea y Oscar Gustavo Koehle)

Sobre el tema dispone el art. 361) "**Comparecencia.**

1) La audiencia preliminar debe desarrollarse con la presencia del juez o tribunal que la presidirá por sí mismo bajo pena de nulidad.

2) Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del tribunal, que justificare la presencia por representante, o tener su domicilio a más de doscientos (200) kilómetros del asiento del tribunal.

Las personas jurídicas y los incapaces compareceran por intermedio de sus representantes.

Todo, sin perjuicio del patrocinio obligatorio del artículo 56.

Si por razones de fuerza mayor, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez. La causal no alcanza a los abogados patrocinantes o representantes de las partes.

¹³⁰ Peruzzi, Héctor César: *Audiencia preliminar: una experiencia interesante*, L.L. 1990-D-731.

3) *La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar se tendrá como desistimiento de su pretensión.*

En lo pertinente también será aplicable a la reconvención.

4) *La inasistencia no justificada del demandado a la audiencia se tendrá como renuncia a toda la prueba por él ofrecida, salvo la ya producida y adquirida por el proceso. Si el demandado no hubiera contestado la demanda, la inasistencia no justificada a la audiencia preliminar constituirá suficiente elemento para tener por reconocidos los hechos alegados por el actor, salvo prueba en contrario.*

En este último supuesto quedará concluido el procedimiento, si legalmente correspondiere, y la causa en estado de sentencia, que se dictará de conformidad a las prescripciones del artículo 34 inciso 3° apartado b), o en el mismo acto de la audiencia.

Lo dispuesto, en lo pertinente, también será aplicable cuando media reconvención.

5) *La parte que injustificadamente no compareciere a la audiencia no podrá plantear en lo sucesivo cuestión alguna respecto de las resoluciones que se hubieren pronunciado en el curso de la audienci".*

Es decir, el juez debe asistir y dirigir la audiencia preliminar, siendo nula la que se desarrolle sin su presencia.

En cuanto a las partes, la inasistencia injustificada del actor (o del reconviniente) a la audiencia preliminar se tendrá como desistimiento de su pretensión (no del derecho).

Y la inasistencia injustificada del demandado se tendrá como renuncia a toda la prueba por él ofrecida, salvo la ya producida. Y si tampoco había contestado la demanda, la inasistencia del demandado constituirá prueba suficiente como para tener por reconocidos los hechos alegados por el actor, salvo que surja lo contrario de la prueba existente.

X) Ubicación o etapa en la que debe realizarse la audiencia preliminar

Generalidades

La audiencia preliminar puede ubicarse antes o después de la contestación de la demanda. En el primer caso, dice Barrios de Angelis, se produce una audiencia más flexible y rápida, pero menos proclive a la lealtad y a la igualdad de las partes; en tanto que en el segundo supuestos, dentro de lo relativo, se presentan las virtudes inversas¹³¹.

La audiencia preliminar puede ubicarse luego de que se hayan sustanciado y resuelto las excepciones previas; o puede establecerse que las cuestiones previas se eluciden en la audiencia preliminar. Al respecto, dice Barrios de Angelis, que la inclusión de la elucidación

¹³¹ Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A1067, ap. VI.7.1.

de las excepciones previas en la audiencia preliminar evita la degeneración de tales defensas, de accesorias, en estructura principal, flexibilizando su acusado orden de preclusiones¹³².

La ubicación de la audiencia preliminar en algunos ordenamientos procesales

La Z.P.O (Zivilprozessordnung) austríaca

La particularidad que presente el Código austríaco redactado por Franz Klein es que en el mismo la audiencia preliminar se realiza antes de la contestación de la demanda. Por esta razón, señalan los autores del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica es que presumiblemente ha sido establecida como facultativa en la última reforma del proceso civil austríaco de 1983 (ver la Exposición de Motivos, el Título "La audiencia preliminar. Concepto. Historia").

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

El art. 298 del Proyecto en cuestión dispone que transcurrido el plazo para la contestación de demanda (o de la reconvencción en su caso) "*con contestación o sin ella, se convocará a audiencia preliminar*". Debe tenerse en cuenta que la oposición de excepciones previas debe hacerse en forma simultánea y en el mismo acto de la contestación de la demanda (art. 122). Es decir, al momento de la audiencia preliminar, el en proceso ya se ha formulado la demanda -y la reconvencción en su caso-, se han contestado ambas -o ha transcurrido el plazo para hacerlo-; y también están opuestas las excepciones previas si se hubieren deducido (las que se deben contestar y resolver en la audiencia preliminar -art. 301, numerales 2 y 5-).

Conforme ya se destacara, la elaboración del Proyecto ha partido de la base de que "el juez asuma su verdadero rol de dirección del proceso, esto es, que tenga una presencia activa". Y para poder hacerlo es indispensable que esté instruido de la causa. Por tal motivo, en la mayoría de los ordenamientos -y también en el Proyecto-, se ubica a la audiencia preliminar en una estadio donde ya se cuente con el material de la etapa de proposición (demanda, contestación y eventualmente reconvencción), y pueda así el juez realizar en forma útil (eficaz) su tarea¹³³.

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay

El Código del Uruguay también sigue en este aspecto los lineamientos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Los arts. 298, 122 y 301 numerales 2 y 5 de este

¹³² Barrios de Angelis: *Audiencia preliminar: sistema y método*, L.L. 1988-A1067, ap. VI.7.3.

¹³³ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General. "*El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia - Antecedentes - Expósición de Motivos*", Montevideo, 1988, pág. 59.

último Código, que se han citado en el título anterior, coinciden con los arts. 338, 132 y 341 numerales 2 y 5 del ordenamiento uruguayo.

Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 1993 (redactado por los Dres. Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Augusto M. Morello)

El art. 359 del Anteproyecto, para la etapa siguiente a la demanda y su contestación, y la reconvencción y su contestación en su caso, dispone que si el juez no estimare que las constancias obrantes en las actuaciones son suficientes para la resolución del litigio, "señalará sin más trámite audiencia preliminar". Los artículos 346 y ss. se refieren a las excepciones previas, prescribiendo que su planteo y resolución debe hacerse antes de convocar a la audiencia preliminar, a diferencia del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en que en la audiencia preliminar se deben contestar y resolver las excepciones opuestas (art. 301, numerales 2° y 5°).

Proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, elaborado por la comisión designada por las resoluciones 1.296/93 del Ministerio de Justicia y 31/93 de la Secretaría de Justicia, integrada por los doctores Carlos J. Colombo, Julio C. Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi

Este proyecto establece en el art. 356, que se titula "**Fijación de la audiencia preliminar**", lo siguiente: "Contestada la demanda o reconvencción, o vencido el plazo para hacerlo, en su caso, previo informe del secretario relator, el tribunal fijará la fecha y hora en que se celebrará la audiencia preliminar". Es decir, la audiencia preliminar debe tener lugar luego de los actos introductorios (demanda, reconvencción si la hubiere, y contestación de ambas). Las excepciones previas también tienen que haberse opuesto, sustanciado y resuelto con anterioridad, tal como lo establecen los arts. 342 y ss.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (con las modificaciones introducidas por la ley 25.488)

Dice el art. 359: "**Trámite posterior según la naturaleza de la cuestión.** Contestado el traslado de la demanda o reconvencción, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, resueltas las excepciones previas, si la cuestión pudiera ser resuelta como de puro derecho, así lo decidirá y firme que se encuentre la providencia, se llamará autos para sentencia. Si se hubiesen alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba procediendo de acuerdo

a lo preceptuado en el art. 360. La audiencia allí prevista se celebrará también en el proceso sumarísimo".

De conformidad al art. 359 y sus concordantes, la audiencia preliminar debe desarrollarse luego de contestado el traslado de la demanda, o de la reconvencción en su caso, o de vencido el plazo para hacerlo; y luego también de resueltas las excepciones previas cuyo régimen está establecido en los arts. 346 y ss¹³⁴. Debe convocarse cuando existan hechos conducentes y controvertidos.¹³⁵

Código de la Provincia de Río Negro (ley 22.8, del 1 de diciembre de 1987)

El art. **353** del Código de Río Negro dispone que, en el juicio ordinario, *"juntamente con la apertura a prueba, el juez fijará"* la audiencia preliminar. Es decir, tanto la apertura a prueba como la audiencia en cuestión, deben tener lugar luego de contestada la demanda (o la reconvencción en su caso), o de vencido el plazo para hacerlo, y luego también de sustanciadas y resueltas las excepciones previas.

Anteproyecto en estudio en el ámbito de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta (P52A52T52H52>52<52/52N52A52M52E52S52P52A52C52E52P52A52T por los doctores Roberto G. Loutayf Ranea y Oscar Gustavo Koehle)

El art. **360**) del Anteproyecto establece: ***"Apertura a prueba. Convocatoria a audiencia preliminar.***

Juntamente con la apertura a prueba en los casos del artículo precedente, se fijará una audiencia preliminar, a realizarse a la brevedad posible que no podrá exceder de diez (10) días, de conformidad a lo dispuesto en los artículos siguientes. La misma será notificada a las partes personalmente o por cédula.

Se utiliza una expresión similar a la del Código de Río Negro. Por lo tanto, si la

¹³⁴ Conf. Lamberti, Silvio: *La ley 24.573 de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, E.D-166-854, ap. 3.

¹³⁵ A diferencia del texto anterior a la ley 25.488, en que, por más que el art. 359 decía que debía convocarse a audiencia preliminar cuando existían hechos controvertidos, ello no era así, teniendo en cuenta que en tal audiencia debía el juez decidir si correspondía o no la declaración de puro derecho (art. 360 inc. 4º) (Kielmanovich, Jorge L.: *La ley 24.573 de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, J.A. 1995-IV-869, ap. II; *Nuevas reflexiones en torno a la ley 24.573 (Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)*, L.L. 1996-C-1117, ap. I). Arazi advirtió también el problema: consideró que la intención del legislador fue que, no obstante que el juez estimara que la cuestión era de puro derecho, debía fijar igualmente la audiencia para intentar una conciliación, sin embargo, entendía que no sería desacertado que los jueces limitaran la audiencia preliminar a los supuestos en que hubiese hechos controvertidos ya que el fin principal de ella es precisar esos hechos y los medios de prueba admisibles para acreditarlos: de esta forma, concluía, se aliviaría en algo la actividad del juez frente al cúmulo de audiencias que debe atender en mérito al número elevado de expedientes en trámite (Arazi, Roland: *Mediación, audiencia preliminar y prueba en la ley 24.573*, L.L. 1996-A-1254, ap. II).

audiencia preliminar debe fijarse juntamente con la apertura a prueba, la misma debe tener lugar luego de contestada la demanda (o reconvención) o de vencido el plazo para hacerlo; y también luego de resueltas las excepciones previas.