



NEUQUEN, 06 de febrero de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "ROSENFELD ESTER S/ INCIDENTE DE NULIDAD (EN AUTOS 508091/2015)" (JNQC12 23443/2016) venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Vienen los presentes en virtud del recurso de apelación formulado por la parte incidentista Ester Rosenfeld contra la resolución de fecha 1 de septiembre de 2016 obrante a fs. 23/24; pide se revoque, se haga lugar a la nulidad articulada y se tenga por confesa a la codemandada, con costas.

Refiere que como surge de las constancias de la causa, el 01.12.2015 se proveyó la prueba, concediendo a su parte la producción de la prueba confesional de la Sra. Marisa Griselda Costich como parte codemandada en el proceso, fijándose la audiencia para el 07.03.2016.

Que a tal fin se presentó en tiempo y forma el sobre cerrado conteniendo el pliego de posiciones que debía responder, sin que aquella se presentara pese a estar notificada electrónicamente y mediante cédula.

Afirma que la resolución impugnada por la cual se le deniega el derecho ya adquirido de obtener una confesión ficta de la parte codemandada resulta arbitraria y vulnera el derecho a su mandante de que al no presentarse la codemandada a la audiencia confesional, se la tenga como confesa.

Asevera que contraria el principio de preclusión procesal, elemental del derecho procesal civil y que de acuerdo a lo dispuesto por art. 155 del Código Procesal todos los plazos legales o judiciales son perentorios; siendo dicho principio respaldado por las garantías constitucionales de seguridad jurídica y de la defensa en juicio.



Señala que del expediente consta que ninguna de las partes presento una impugnación de esa providencia de prueba y tampoco fue objetada por el juzgado al decretarla favorablemente; por ello el principio de preclusión no solo es una limitación para las partes sino también para el tribunal que impide se abra debate sobre cuestiones ya decididas que no fueron observadas ni impugnadas en la etapa oportuna del procedimiento, adquiriendo éstos firmeza e impidiendo volver sobre ellos a fin de evitar prolongaciones infinitas en la duración de los procesos.

Agrega subsidiariamente que el argumento aludido por la juez de grado en punto a que su parte no puede (absolución por el litisconsorte) exigirle a la codemandada que absuelva posiciones, es erróneo, al menos en el contexto procesal en el que se formuló la petición dado la diferencia de intereses y controversia que existen entre la citada y mi representada; siendo evidente que éste es un caso de litisconsorcio en el que su parte como demandada puede exigirle a la codemandada, la prueba confesional no solo porque reviste el carácter de parte contraria sino porque también ambos sustentan derechos diferentes.

Alega que doctrina procesalista (Andres D'Alessio, Carlos Colombo, y Alberto Bueres-Ricardo Heindenrecht) sostienen que si se desea la declaración de quien actúa como litisconsorte suyo, éste debe ser citado a absolver posiciones y no a declarar como testigo; y que la normativa del Código de Procedimiento es clara en cuanto a que cada parte podrá exigir que la contraria absuelva posiciones vale decir que "reciproca e inversamente el actor podrá poner posiciones al demandado, y éste al actor -al igual que los terceros que hubiesen asumido una intervención adhesiva simple o litisconsorcial- y los litisconsortes propiamente dichos podrán hacerlo con respecto a la parte contraria e incluso, para algunos, entre si mismos



en la hipótesis de que revistan sustancialmente el carácter de parte contraria o sustenten derechos distintos.

Concluye que el decisorio que rechazó el planteo de nulidad de su parte se funda únicamente en un párrafo de un texto doctrinario pero prescinde de destacar que este autor, en ese mismo texto, aclara que "los litisconsortes no pueden oponerse posiciones entre sí, por no haber controversia entre ellos, y en el caso sería lógico que no se altere el carácter de tercero que debe tener el testigo pero cuando si existen controversias entre litisconsortes -como es este el caso particular-, en el que impera la controversia palmaria existente entre las co-demandadas sería absurdo citar a quien defiende derechos contradictorios con mi parte a que declare como testigo.

Solicita se acoja el recurso de apelación interpuesto, haciéndose lugar al incidente de nulidad, con costas; teniendo por confesa a la codemandada a la absolución de posiciones.

II.- Corrido el traslado de los agravios a fs. 30, no es contestado.

III.- Analizadas las actuaciones se extrae que a fs. 1/3 la recurrente plantea incidente de nulidad contra la resolución del día 07/03/16 mediante la cual de oficio, se deja sin efecto la audiencia confesional de la codemandada Costich, con el fundamento de que no reúne la condición de "parte contraria" en los términos del art. 404 del CPCC (fs. 16); el actor contesta el planteo, solicitando su rechazo (fs. 22)

Que la resolución en crisis rechaza el planteo y confirma lo decidido por resultar ajustado a derecho; cita que "La ley procesal procesal indica que cada parte podrá exigir que la contraria absuelva posiciones no previendo respecto del litisconsorte. El coactor o el codemandado puede citar a su litisconsorte a declarar como testigo, pero no a absolver



posiciones" (Arazi -Rojas, CPCC de la Nación comentado, rubinzal-culzoni, t. II, p.390/391).

IV.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a estudio, cabe recordar que el art. 404 del CPCyC local dispone para la "Prueba de confesión" que "cada parte podrá exigir que la contraria absuelva con juramento, o promesa de decir verdad, posiciones concernientes a la cuestión que se ventila", norma que no fue modificada como sí aconteció con la contenida en el Código Procesal de la Nación, que por la Ley 25488 eliminó el requisito subjetivo. regulando: "Las posiciones se formularán bajo juramento o promesa de decir verdad y deberán versar sobre aspectos concernientes a la cuestión que se ventila".

Que respecto a la posibilidad de que un litisconsorte pueda ofrecer como prueba la confesional del otro, Gabriel E. Quadri ("La prueba en el proceso civil y comercial, Tº II, Edit. Abeledo Perrot, Pag. 970/971) reseña la situación de la doctrina y jurisprudencia respecto a la posibilidad de que un litisconsorte solicite la producción de dicha prueba:

"Según una corriente de pensamiento, los litisconsortes no podrían citarse entre sí, a la par que se argumenta que su admisibilidad lo es únicamente respecto de litigantes que sostengan pretensiones opuestas y que la circunstancia de que los litisconsortes adopten posturas contradictorias o bien que no exista compatibilidad de intereses entre ellos podrá convertir en imposible la unificación de la personería, más no posee virtualidad para alterar la pretensión única o el vínculo de conexión entre las distintas pretensiones, con lo cual se estima será inadmisibile la absolución de posiciones ente litisconsortes; se dice incluso que el litisconsorte puede ser ofrecido en calidad de testigos" (Colombo,-Kiper-Código Procsal, Tº IV, p. 231;



Fassi-Mauriño-Código Procesal .. T° III, p. 571; Alsina, Tratado T° II, p. 335, Cam.Civ. y Com. La Plata-LL 149-592).

"Para otros, en cambio el modo mediante el cual puede declarar un litisconsorte a requerimiento de otro es la prueba confesional y siempre en que el supuesto de que ellos sustenten posturas contrarias o enfrentadas, más aún ante la nueva redacción de algunas leyes procesales que suprimieron la mención de la contraparte como sujeto citable (v. grt., art. 404 CPCCN, según le 25.488)(D'Alesio LL 131-27, Guahnon LL 1993-B-1081, Leguisamon LL 2002-B-1058).

"Para afinar un poco los conceptos, dice Devis Echandía que el tercero que se constituye como parte en la relación procesal puede actuar de dos maneras: coadyuva con alguna de ellas (intervención adhesiva), o se sitúa frente al actor y demandado (intervención excluyente)" (En el primer caso se encuentra en la misma situación del litisconsorte y podrá pedir posiciones únicamente a la parte contraria, pero en el segundo podrá exigirlos a ambos porque los dos son su adversarios en la litis" (Alsina, Tratado ... T° II, p. 336).

"Y existe una tercera corriente, que tiende a que la declaración del litisconsorte se lleve a cabo con la modalidad de libre interrogatorio" (Bueres-Heidenreich, ED 34-951; Kielmanovich, Teoría..., p. 531).

Que siguiendo un criterio de interpretación amplia en la materia, como lo habilitan los arts. 364 y 378 del CPCyC respecto a que se encuentran habilitados todos aquellos medios de prueba que no fueren manifiestamente improcedentes, superfluos, meramente dilatorios, afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Por lo analizado, cabe concluir en que no existe obstáculo para disponer que se produzca la absolución de posiciones solicitada y ordenada, y en ello le asiste razón a la recurrente respecto a que la resolución por la que se



despachó la prueba ofrecida (fs. 11/12) no fue objeto de impugnación por el actor ni la codemandada, tampoco formularon oposición oportunamente, por lo que habían operado los efectos de preclusión a tal fin (arts. 360, 486, 155 y 150 del CPCyC).

Que, de todas formas, a los fines de generar convicción respecto de la existencia de hechos controvertidos, o para que aquellos constituyan el presupuesto de las normas, defensas o excepciones invocadas, el juez al dictar sentencia deberá valorar y apreciar su contenido conforme lo estipulado en los arts. 377 y 386 del CPCyC.

Por las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, propiciaré al acuerdo se revoque la resolución objeto de recurso, y haciendo lugar a la nulidad articulada, se tenga presente la absolución de posiciones y confesional ficta de la co-demandada, con los alcances señalados.

V.- Las costas se imponen en el orden causado por tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal (art. 68, 2da. Parte y 69 del CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios de la letrada interviniente para la ocasión en que existan pautas a tal fin.-

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución de fs. 23/24, y en consecuencia, hacer lugar a la nulidad articulada, y se tenga presente la absolución de posiciones y confesional ficta de la co-demandada, con los alcances señalados en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas en el orden causado por tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal (art. 68, 2da. Parte y 69 del CPCyC).



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

3.- Diferir la regulación de los honorarios de la letrada interviniente para la ocasión en que existan pautas a tal fin.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA