



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

SALA D

32671/2015/CA1 GUERRINA PATRICIA VIVIAN C/ BANCO ITAU
ARGENTINA S.A. S/ DILIGENCIA PRELIMINAR.

Buenos Aires, 15 de diciembre de 2015.

1. La accionante apeló subsidiariamente la resolución de fs. 35/36, mantenida en fs. 40, que rechazó su solicitud orientada a producir de modo anticipado una prueba pericial contable sobre los libros y demás documentación contable de la entidad bancaria emplazada.

Los fundamentos del recurso fueron desarrollados en fs. 38/39.

2. Ante todo, la Sala advierte cierta circunstancia que es dable aquí destacar; cual es que la recurrente, luego de dictado el decisorio en crisis, parece haber modificado el objeto de su originaria pretensión.

En efecto, repárese que en el libelo inicial solicitó expresamente la producción de una prueba anticipada en los términos previstos por el cpr 326, inciso 2° (v. apartado IV de la presentación de fs. 31/34). No obstante, en ocasión de expresar agravios afirmó perseguir la obtención de una diligencia preliminar de aquellas establecidas en el art. 323 del código de rito.

Ahora bien, como se encuentran reguladas de manera conjunta en el Capítulo II del ordenamiento ritual, es frecuente que exista confusión entre ambas figuras; por ello, la doctrina las diferencia señalando que las primeras medidas tienen por objeto determinar y establecer las características del proceso, mientras que las segundas poseen como finalidad asegurar elementos

probatorios (conf. E. M. Falcón, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2006 t. II, pág. 585).

3. Sentado ello, se adelanta que encuadrada en cualquiera de dichas modalidades (en tanto la recurrente utiliza argumentos de uno y otro instituto), la solicitud *sub examine* no resulta viable.

Ello es así, pues:

(a) Analizada como una medida de prueba anticipada, cabe recordar que el cpr 326 prevé que el pedido debe fundarse exponiendo la particular situación, el objeto del proceso futuro y los “*motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba*”, pues, tratándose de un trámite a realizarse fuera del pleito al que está destinado, su admisión debe ser excepcional, por los riesgos derivados de la imposibilidad de un efectivo contralor jurisdiccional por no estar plenamente determinada la pretensión (Fenochietto - Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 1993, t. 2, págs. 131/132).

Además, también se justifica que dicho trámite no deba permitirse más allá de lo estrictamente necesario, en que, de otro modo, también podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad, al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio (CNCom, Sala A, 11.10.91, "Risco de Osjajansky, Nelly c/ Telimper S.A."; y 12.7.96, "Rositto, Víctor c/ Clínica del Pilar S.A. s/ incidente de apelación", entre otros).

En el *sub lite*, tal como fuera destacado por el Juez *a quo* en el pronunciamiento apelado, ninguno de dichos recaudos de admisibilidad fue acreditado por la quejosa, circunstancia que resulta suficiente para concluir por la inviabilidad del planteo.

(b) Y desde la perspectiva de una diligencia preliminar, la pretensión no correría mejor suerte.

Recuérdese que las diligencias preliminares previstas por el cpr 323 se encuentran reservadas para la preparación del proceso de conocimiento, con el objeto de reunir elementos que no puedan ser colectados en forma extrajudicial (conf. esta Sala, 7.10.14, “Sosa, Hugo Humberto c/ Microomnibus Gral. San Martín S.A.C. y otro s/ diligencia preliminar”; íd., 16.9.10, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Arte de Prestarte S.A. s/ diligencia preliminar”; íd., 10.9.08, “Ruta Siete S.A. y otros c/ Daimler Chrysler Argentina S.A.F.I.C.I. s/ ordinario”; íd., 26.6.08, “Casas, Jorge c/ Abasto Motors y otro s/ diligencia preliminar”).

Por ello, constituyen medidas de excepción que deben adoptarse sólo ante la inutilidad de la vía extrajudicial (conf. Fenochietto, Carlos E. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, T. 2, p. 277, Buenos Aires, 1999).

En el caso, la accionante no acreditó, siquiera someramente, la imposibilidad de obtener por la vía extrajudicial la información que invocó necesaria para la promoción del juicio principal.

Tal omisión fue destacada, incluso, por el sentenciante de grado en ocasión de rechazar la revocatoria oportunamente deducida (v. fs. 40, punto 2).

Tal orfandad impone en el caso concluir por la desestimación de la petición en examen.

Ello es así, pues no basta para acceder a lo pretendido la mera manifestación de haber resultado infructuoso cierto pedido que habría sido formulado por ante la entidad bancaria (v. fs. 32, sexto párrafo), cuando tal extremo no ha sido acreditado en la causa. Al respecto, cabe recordar que la sola invocación de razones vinculadas a la imposibilidad o insuficiencia de la indagación privada no es idónea para conceder una diligencia preliminar, en tanto ella no está diseñada para suplir la actividad de los particulares (conf. CNCom., Sala A, 11.7.03, “Establecimiento El Olivo S.A. c/ Banco Río de la Plata”, publicado en LL 2004-A-113).

Es que, tal como tiene reiteradamente dicho esta Sala, la procedencia de la medida preliminar exige demostrar la imposibilidad –o cuanto menos la grave dificultad– de lograr la obtención de los datos por vía extrajudicial (19.3.15, “La Parada S.R.L. y otro c/ Greenfield Argentina S.A. y otro s/ diligencia preliminar”; íd., 26.2.15, “Benítez, Dora y otros c/ Scrigna, Héctor s/ ordinario”; íd., 15.12.11, “Cortés, Alejandra Susana c/ Caja de Seguros S.A. s/ diligencia preliminar”; 26.6.08, “Casas, Jorge c/ Abasto Motors y otros s/ diligencia preliminar”; y 18.7.06, “Zegaibe, Amado Ismael c/ Garage Acevedo 965 y otro s/ ordinario”); extremo que, como se dijo, en el caso aparece incumplido.

4. Por todo lo expuesto, se RESUELVE:

Rechazar la subsidiaria apelación de fs. 38/39; sin costas en tanto no medió contradictorio.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (cpr 36: 1º) y las notificaciones pertinentes.

El Juez Pablo D. Heredia no interviene por hallarse en uso de licencia (RJN 109). **Es copia fiel de fs. 45/46.**

Gerardo G. Vassallo

Juan José Dieuzeide

Horacio Piatti

Prosecretario de Cámara