Comodoro Rivadavia, de febrero de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**J. S. e Hijos S.A. en autos: "J. S. e Hijos S.A. c/ T. S.A. y otros s/ SUMARIO", Expte. N° 1208/01 s/ INCIDENTE DE NULIDAD", Expte. N° 119/2008**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1, Secretaría N° 2, (Expte. N° 374/2007).

I. Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de la Alzada, por haber interpuesto, el actor incidentista a fs. 139, recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria N° 77/2008 (fs. 136/138), que rechaza el pedido de nulidad de la audiencia confesional del codemandado.

En su memoria de fs. 142/151vta., el apelante indica que a diferencia de lo sostenido por el juez de grado, el planteo de nulidad no solo está vinculado con la violación al derecho de la incidentista de contralor de la prueba en extraña jurisdicción, sino que está dirigido a la producción y efectos de ella derivados.

Señala que debería haberse resuelto acerca de la validez de la decisión del tribunal oficiado de realizar la audiencia el 23/08/2007 (fs. 61/67), cuando el absolvente no había concurrido a la anterior, fijada para el 29/06/2007, a pesar de estar notificado.

Ante la situación descripta, alega trasgresión al principio de preclusión. Cita jurisprudencia, y considera que el absolvente asumió los riesgos que implicaba el no concurrir a la primera audiencia confesional fijada, cuando el decreto que dispusiera la segunda, había sido recurrido.

Cita jurisprudencia que hace a su entender. Ratifica la reserva del caso federal.

A fs. 153/164 el incidentado, Sr. O. R., solicita se declare mal concedido el recurso de apelación interpuesto por dirigirse contra una resolución inapelable, y en subsidio contesta el traslado de la expresión de agravios, con costas en ambos casos. Mantiene la reserva del caso federal.

II. Liminarmente debe señalarse, con respecto a la improcedencia del recurso esgrimido por el incidentado, que la regla establecida por el art. 379 del CPr., debe circunscribirse a los casos específicamente previstos, esto es que su interpretación debe ser restrictiva, sin que corresponda su aplicación analógica a situaciones no contempladas expresamente (Cfme. Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado", ed. 1984, t. III, p. 163, citado por Highton – Areán en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T.7, p. 395).

"El principio de inapelabilidad..., es inaplicable cuando la decisión comprende una incidencia sobre nulidad -de prueba en el caso-, ya que el incidente aún cuando influye sobre la prueba, obedece a la aplicación de otras normas procesales, como las que hacen a la eficacia o no del acto mismo." (Cám. de Ap. Civ. y Com. de Formosa en autos: "T., J. s/ Recurso de queja por apelación denegada", Sent. del 9 de Mayo de 1994, publicado en el SAIJ, Sum. N° 20002275), criterio que compartimos, por ello se dará tratamiento al recurso deducido.

III. Reiteradamente ha sostenido esta Alzada que las nulidades procesales deben interpretarse restrictivamente, reservándoselas como última ratio

frente a la existencia de una efectiva indefensión.

Ello, por cuanto el derecho procesal está dominado por ciertas exigencias de firmeza y efectividad en los actos, superiores a las de otras ramas del orden jurídico, de donde se sigue que frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho (Cám. Nac. Civ., Sala A, 31-7-79, La Ley 1979 v. D, pag. 502, ídem sala B, 26-10-83, La Ley 1984,v. B, pag. 254).

En tal marco, se ha sostenido que son presupuestos de la nulidad procesal, la indicación del presunto vicio, las defensas que no se han podido ejercer y la existencia de un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona un perjuicio a alguna de las partes –que ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplirla cuando era pertinente- pues se exige que el acto que se reputa nulo ocasione un concreto perjuicio de indefensión.

"...la materia de las nulidades debe manejarse cuidadosamente y aplicándose a los casos en que sea estrictamente indispensable. Es misión de la jurisprudencia la de refrenar los impulsos de los litigantes, siempre proclives a encontrar motivos de nulidad, declarándose éstos únicamente en los casos en que se los haya señalado como una solución expresa del derecho positivo..." (Epifanio J.L. Condorelli, en "Presupuestos de la Nulidad Procesal" en "Estudios de Nulidades Procesales", Morello-Berizonce y otros Ed. Hammurabi, 1980, pág. 95).

En este contexto, se advierte que el

recurrente en modo alguno satisface tal exigencia, ya que no ha mencionado con claridad el perjuicio sufrido, limitándose a afirmar que afecta "el derecho de mi parte derivado de la confesión ficta del codemandado C. O. R. configurada como consecuencia de su inasistencia a la audiencia…", "Si bien el juez tiene amplias facultades para dirigir el procedimiento… no puede ir en desmedro del principio de preclusión…", o que "…la decisión ha soslayado cuestiones claramente conducentes en directo desmedro de los derechos y garantías de mi parte.", sin que del memorial de agravios presentado surja qué tipo de defensa concreta se ha privado de ejercer.

Como ha sido establecido por la doctrina y jurisprudencia dominante, las nulidades procesales son todas de carácter relativo, y no proceden por la nulidad misma o en el sólo interés de la ley. Se requiere que medie un perjuicio cierto y efectivo que reparar, pues retrogradar el procedimiento sería estéril e inocuo frente a supuestos perjuicios que no se han demostrado (C1ª La Plata, sala III, citado por Morello-Passi Lanza, Sosa-Berizonce, Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación, T IV-1, p. 541, ED Abeledo Perrot, 1975), máxime cuando, como en el caso de autos, el origen de la cuestión que aquí se ventila no es imputable al obrar de ninguna de las partes, sino que se halla enmarcado dentro de los denominados errores "in procedendo", que son aquellos cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia, que individualmente o en conjunto concurren a la defectuosa prestación del servicio de justicia.

Más aun, "con relación a la apreciación de la prueba, se debe decir que la confesión ficta por

ausencia del demandado a la audiencia fijada para absolver posiciones, tiene una valor relativo. No es esta ficción legal una prueba irremontable, sino que su valoración debe efectuarse dentro del concierto de las restantes probanzas consultadas, pues en la tarea de ganar convicción, no han de tomarse las cosas aisladamente, sino que debe el juez conectarlas unas con otras en una realidad coherente (Cfme. Sum. N° 2171 publicado en Eureka y en igual sentido SD N° 60/2001, Sala B). Echando por tierra los escasos argumentos recursivos del apelante.

Toda vez que convalidar el criterio sostenido por la recurrente sólo implicaría nulificar la prueba confesional de fs. 61/67, sin que exista indefensión alguna, y desvirtuaría la finalidad del proceso jurisdiccional, que atiende a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, sin que se convierta en una ficción, dado que sólo se obtendría un fin meramente teórico, en lugar de un fin práctico, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia venida en crisis.

IV. Atento el modo como se resuelve la cuestión, las costas de esta instancia serán impuestas al incidentista vencido (arts. 68 y 69 del CPr.) y los honorarios se fijarán conforme las prescripciones de los del Decreto-Ley 2.200, modificado por la Ley 4.335 (arts. 6, 7, 14 y 33), meritando el resultado obtenido, la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada y dentro de la escala establecida por el artículo 7.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro

Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el incidentista a fs. 139 y confirmar la sentencia de fs. 136/138.

2) Imponer las costas de la Alzada al incidentado vencido, de acuerdo al considerando respectivo. Regúlanse los honorarios correspondientes al Dr. I. F. C. en el veinticinco por ciento (25%) y a la Dra. C. A. S. en el treinta por ciento (30%), en ambos casos, de los que les regulen en la sentencia definitiva.

3) Tener presentes las ratificaciones de la reserva del caso federal.

4) Regístrese, notifíquese y devuél-vase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Nélida Susana Melero y concordar en la solución del caso (arts. 1, 2, 3 y 5 de la Ley 4550, modif. de la Ley 1130).

REGISTRADA BAJO EL N° AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS