Comodoro Rivadavia, de junio de 2009.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Estos autos caratulados: **"A. D., D. c/ I. Calle M. **** S/ DESALOJO", Expte. N° 86/2009,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución N° 2, Secretaría N° 4 (Expte. N° 1625/2007), por haber interpuesto la parte demandada a fs. 198, recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fs. 190/193.

**I.-** En el memorial de expresión de agravios de fs. 217/221vta., la demandada en el punto II), solicita apertura a prueba conforme lo dispuesto en el art. 260 inc. 2 y 3 del C.Pr. y peticiona se ordene la producción de las medidas probatorias que se declararon negligentes en primera instancia: testimonial, informativa, confesional y reconocimiento de documental.- Asimismo denuncia la existencia de hecho nuevo (art. 260 inc. 5 del C.Pr.).- Subsidiariamente para el caso que no proceda admitir el hecho nuevo, peticiona como medida de mejor proveer solicitar la causa "D. G. H. c/ D. vda. de Z. y otra s/ Ordinario" Expte. N°183/09".-

Se agravia porque el magistrado declaró la negligencia en la producción de la prueba testimonial siendo que presentó las cédulas de notificación con anterioridad a las audiencias señaladas para el día 22 de abril de 2008, quedando pendiente las audiencias supletorias fijadas para el 06 de mayo.- Sostiene que para que la caducidad sea procedente deben ocurrir dos extremos: que los testigos no hayan comparecido y que la parte no haya activado la citación.- Peticiona que, en virtud del principio de la

amplitud de prueba ordene y reciba las pruebas testimoniales.-

Con relación a la prueba informativa, señala que la citación, confección y libramiento de los oficios y presentación en secretaría ha sido cumplimentado, agrega que no existe inacción de su parte que sea relevante, como para que incida en la indebida prolongación del procedimiento.-

Peticiona se cite a la actora a absolver posiciones, se intime al apoderado a denunciar domicilio real de la actora y se cite al representante legal de Servicios Generales a reconocer o desconocer las firmas que se le atribuyen.-

Solicita se agregue la documentación adjunta, toda vez que no se tenía conocimiento de ella porque se encontraba en poder de terceros.-

Asimismo pide, a tenor de lo dispuesto en el art. 260 inc. 5 del citado cuerpo legal, que se agregue como prueba instrumental la causa: "D. G. H. c/ D. vda. de Z. y otra s/ Ordinario" Expte. N°183/09" por tener relación directa con la cuestión que se ventila.-

Al contestar los agravios la parte actora (fs. 223/225vta.) solicita se desestime el hecho nuevo denunciado, se tenga por desconocida la totalidad de la prueba documental agregada en esta instancia y no se admita el pedido de apertura a prueba, con expresa imposición de costas con más la alícuota del impuesto al valor agregado por su condición de responsable inscripto.-

**II.-** Del análisis de las constancias de autos surge que la parte demandada ofrece prueba a fs. 52vta y 53; 2.Confesional: Se fije audiencia y se cite a la actora a absolver posiciones a tenor del

pliego que oportunamente se acompañará.- 3.Testimonial: de los Sres. H. M., G.V.P., M.Y.R., D.N. y R.S.; 5.Reconocimiento de documental: Se fije audiencia a fin de que comparezca el representante de la empresa Servicios Generales a reconocer o desconocer la documentación y firmas adjuntas.- 6.Informativa: librar oficios a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia (2), Camuzzi Gas del Sur de Comodoro Rivadavia y Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia.- Con fecha 25 de febrero de 2008 se abre la causa a prueba (fs. 80) y el día 01 de abril se provee las pruebas ofrecidas por las partes (fs. 87).-

Con fecha 18/04/2008 la demandada presenta siete cédulas de notificación, cuatro oficios y solicita se libre oficio ley para la absolución de posiciones de la actora atento su domicilio en la ciudad de Buenos Aires (fs. 95).-

A fs. 113/114 se agrega cédula dirigida al Sr. H. M., diligenciada con fecha 25/04/08 donde el oficial notificador informa que en ese lugar se domicilia la flia. R. y que el Sr. M. tendría su domicilio en M. N° 1746; a fs. 115/116 se agrega cédula dirigida al Sr. R.Y., diligenciada con fecha 25/04/08 donde el oficial notificador informa que desconocen a la persona citada y a fs. 117/118 se aneja cédula dirigida a la Sra. G.V.P. diligenciada con fecha 25/04/08, todas las audiencias de éstos testigos estaban fijadas para el día 22 de abril de 2008.-

Asimismo a fs. 119/120 y a fs.123/124 se agregan cédulas dirigida a los Sres. V.L. y D.N., diligenciadas con fecha 25/04/08; las audiencias de estos testigos estaban fijadas para el día 29 de abril de 2008.-

A fs. 98, 99, 100 y 106,107 la secretaria deja constancia de la no concurrencia de los testigos a las mismas.-

La parte actora a fs. 103 y 109 solicita la caducidad de la prueba testimonial con relación a los cinco testigos.-

Con fecha 25 de abril y 06 de mayo del 2008, el magistrado provee: "…no habiendo la demandada urgido la prueba testimonial con relación a los testigos citados para el día 22 y 29 de abril del corriente año, dése por decaído el derecho dejado de usar".-

El día 06 de mayo de 2008 la demandada acompañó tres sobres con interrogatorios (fs. 127/130).-

A fs. 125vta. y 132vta. interpone recursos de reposición contra las providencias de fs. 104 y 109 que decreta la caducidad de la prueba.- A fs. 148/149 el juez rechaza dichas impugnaciones.-

El magistrado resuelve (fs. 134) fijar fecha para la primera audiencia de reconocimiento de documental para el representante legal de la empresa Servicios Generales para el día 30 de mayo de 2008; a fs. 156/157, se encuentra agregada una cédula dirigida a dicha empresa, diligenciada con fecha 02/06/08 y un informe del oficial notificador que dice: "…consultando a varios vecinos por el citado en la presente este resulta desconocido".-

La parte actora a fs. 152 solicita la caducidad de la prueba confesional, informativa y de reconocimiento documental por Servicios Generales.- A la presentación el magistrado provee: "…no habiendo la demandada urgido la prueba confesional, informativa y

de reconocimiento documental por Servicios Generales, dése por decaído el derecho que ha dejado de usar" (fs. 153) .-

El día 02 de junio de 2008 la demandada acompaña nuevamente cuatro oficios corregidos para su diligenciamiento fs. 169.-

Con fecha 04 de septiembre de 2008 (fs. 172/173 y 174) inicia incidente de nulidad y recurso de reposición contra la providencia de fecha 24 de julio del mismo año.- A fs. 175 se resuelve rechazar ambas presentaciones por extemporáneas.-

El día 30 de diciembre de 2008 (fs. 190/193) se dicta sentencia definitiva N° 1329/08, la que apelada es elevada a este Cuerpo para resolver.-

**III.-** A los fines de dar solución a la cuestión traída a resolver, es dable señalar con carácter previo, que en la legislación procesal de nuestra provincia –al igual que en la de la nación y las otras provincias- se ha adoptado, en el procedimiento recursivo, un sistema conforme al cual la vigencia de la doble instancia no importa un nuevo juicio. Por lo tanto, al sustanciarse el recurso, el órgano superior no se halla facultado para diligenciar ex novo los actos probatorios producidos en la instancia anterior ni tampoco para admitir la interposición de nuevas pretensiones y oposiciones o bien el ofrecimiento indiscriminado de prueba.

En función de ello esta Sala ha fijado como criterio uniforme que la apertura a prueba en segunda instancia reviste carácter restrictivo, reconociéndose sólo las excepciones previstas por el art. 260 del C.P.C.Ch. y considerándose –además- taxativa esa enunciación.

Como sostiene la doctrina y jurisprudencia, el replanteo probatorio en la segunda instancia, requiere respecto de las pruebas declaradas caducas por negligencia, que la parte demuestre que no medió una desidia o desinterés manifiestos en la producción de la misma.- Es aplicable sólo en casos de pruebas mal denegadas o de negligencias mal decretadas en primera instancia (cfr. Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia en autos “M. de E., T. c/ Sucesión Ab-Intestato de L. L. y-o Quienes Resultaren Herederos s/ Proceso Ordinario -Disolución y Liquidación de Sociedad de Hecho” del 04-10-1972). Por ello la petición debe ser "fundada" (art.260 inc. 2° in fine del Código Procesal), debe exponerse ese fundamento mediante la crítica concreta y razonada (art. 265 del Código Procesal) a la decisión que denegó la probanza o -como en el caso- declaró la caducidad de la prueba.

A la luz de las normas y reglas interpretativas hasta aquí mencionadas se analizará la cuestión.

**III.-** La conducta desplegada por la parte demandada demuestra que carecen de razonabilidad los argumentos esgrimidos para solicitar la apertura a prueba en esta instancia. Ello, toda vez que como se advierte de la reseña precedente, la parte no ha sido diligente en la citación de los testigos.-

La confección de la cédula con la debida oportunidad y antelación a fin de notificarlo con tres días de anticipación a la audiencia es responsabilidad de la parte interesada en la declaración y como bien destaca Kielmanovich, la cédula deberá notificarse y no “diligenciarse” con tres días

de antelación (Cfme. Kielmanovich, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y anotado (ed. 2005); Lexis, n°8007/009457).-

Asimismo debe agregarse que el hecho de que se señalen dos fechas, una como principal y otra como supletoria, no faculta a la parte a sostener que puede elegir ir a una u otra.- El testigo debe comparecer necesariamente a la primera fecha y sólo en caso de concurrir una causa justificada, que debe acreditarse, puede hacerlo en la segunda.- No surge de autos que haya acontecido ninguna causa justificada.-

Similares consideraciones es dable señalar respecto al reconocimiento de documental. El juez, citó al representante legal de la empresa Servicios Generales para el día 30 de mayo de 2008 (fs. 134).- La cédula de notificación se diligenció el día 02/06/08 e informa el oficial notificador que consultando a varios vecinos por el citado en la presente este resulta desconocido.-

Así, a lo largo de todo el transcurso del período probatorio se observa falta de interés y negligencia de la parte en la activación de la producción de la prueba en tiempo y forma oportuna lo que torna procedente lo resuelto por el magistrado.-

En cuanto a la prueba informativa la parte solicitante tiene como carga, entre otras, el requerir el libramiento de las piezas pertinentes para llevar a cabo la medida y gestionar el diligenciamiento.- La omisión de presentar los oficios dentro de un plazo razonable para su firma, habilita el acuse de negligencia, quedando la apreciación de tal inactividad a criterio del juzgador.-

El criterio del juzgador ha sido absolutamente razonable. Es que, como surge de autos el 01/04/08 se provee la prueba informativa ofrecida; el 18 de abril se presentaron cuatro oficios y recién el 16 de mayo la parte demandada retira los oficios para su corrección (conforme sello de fs. 133) y los presenta nuevamente el día 2 de junio. Si revestía tanta importancia estas pruebas, tanto más empeño debió poner la interesada en activar su producción (03-09-92, arg. STJ N° SAIJ: 92150078 "S., M. y otros s/ Demanda Contencioso Administrativa"), y ello no se advierte en autos.- El lapso de casi un mes entre la presentación de los oficios, el retiro para que sean corregidos y su nueva presentación es mas que demostrativa del desinterés de la parte en urgir su producción.-

Así, surge evidente la negligencia de la parte interesada en urgir la prueba pendiente de producción, y ante el lapso superior a los siete meses desde la apertura a prueba del juicio el 25/02/2008 (fs. 80), la caducidad aparece como bien decretada y no procede el replanteo de prueba en la Alzada.-

Asimismo debemos señalar que para la agregación de documental en esta etapa debe la parte interesada haberla mencionado en la etapa oportuna y alegar las circunstancias verosímiles de su imposibilidad de acompañarlos con anterioridad, cosa que no ocurrió en autos, toda vez que la interesada solamente dice que no tenía conocimiento porque estaba en poder de terceros.- Es que la agregación de documentos en la Alzada a la que hace referencia el art. 260 inc. 3 del C.Pr., es una facultad excepcional y sólo corresponde en los casos específicamente

señalados, siendo la procedencia de interpretación restrictiva (CNCiv, Sala E, 3/7/85, ED, 115-427).-

En cuanto a la alegación de hechos nuevos se destaca que, conforme lo sostiene la jurisprudencia, se incorporan al proceso nuevos datos fácticos, pero a través de los mismos no puede alterarse ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, pues simplemente tienden a confirmar, complementar o desvirtuar su causa. De allí que no puede constituir hecho nuevo ningún caso que transforme la pretensión ni la interposición de una pretensión o defensa nueva. Esto es así, pues debe referirse a un nuevo elemento de juicio relativo a la cuestión o cuestiones sobre las que se trabara la litis, no siendo posible variar los términos de la relación procesal. Lo contrario significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad ajena a nuestra legislación (Sistema Eureka. Sumario 12120 MFN 008264, 27/11/2000. Sala A, causa 074, fecha 7/4/97. elDial BC82F. Sala B, causa 015, 27/11/00. elDial BC1608).

El hecho denunciado por la demandada, no participa de las características de un hecho nuevo. Se trataría de la promoción de una acción judicial no reconocida por la actora, ni incluido en la litis, que tiene un objeto distinto al discutido en este tipo de proceso, por lo que escapa a la consideración del Tribunal (Conf. FASSI. “Cod. Procesal Civil y Comercial", T. I, pág. 470).

A la medida para mejor proveer solicitada subsidiariamente al hecho nuevo, no ha lugar por improcedente.-

Por lo expuesto, a tenor de la presentación efectuada por la recurrente corresponde

rechazar la apertura a prueba solicitada por la demandada, la producción de la prueba testimonial, informativa, confesional, reconocimientos documental y el hecho denunciado como nuevo a fs. 217/219.-

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

**R E S U E L V E**:

**1).-** Rechazar el pedido de apertura a prueba de la demandada a fs. 217/219.-

**2)** Denegar la producción de la prueba testimonial, informativa, confesional y reconocimientos documental formulada a fs. 217 y ordenar el desglose de la documental de fojas 211/216

**3).-** Rechazar la denuncia de hecho nuevo de fs. 218vta.

**4)** Atento el estado de las actuaciones, **AUTOS PARA SENTENCIA**.-

**5).-** Regístrese y notifíquese.-

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia del doctor Fernando Nahuelanca y haber concordado en la solución del caso (art. 274 CPCCCh.).-

**REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2009**

**DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS**