Comodoro Rivadavia, 04 de septiembre de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"O. de B., E. del C. y otra c/ E., J. Á. y otro s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", Expte. Nro. 240/2009,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de en lo Civil y Comercial Nro. 2 Secretaría Nro. 3 (Expte. Nro. 387/2004), por haber interpuesto la parte demandada a fs. 277 recurso de apelación contra la sentencia de fs. 272/276.

I.- Que a fs. 287/294 obra agregada la expresión de agravios de la recurrente mediante la cual solicita la apertura a prueba con fundamento en lo preceptuado por el artículo 263 inc. 2 del CPr. Solicita que se provea la prueba testimonial, informativa y pericial ofrecida por los codemandados y que no fuera oportunamente producida en la primera instancia por haber sido declarada la negligencia y caducidad de las mismas. Indica que la finalidad perseguida es que con dicha prueba el tribunal se forme el concepto para arribar a la verdad material y posibilitar el ejercicio del derecho de defensa.

II.- En este estado y avocado el Tribunal al estudio de tal cuestión, no puede dejar de señalarse en forma liminar que para que sea acogida cualquier petición sobre prueba en la alzada, el recurso en cuestión debe haberse concedido en forma libre tal como surge de interpretar los arts. 262, 263 y 278 del CPr.

Asimismo debe puntualizarse que la producción de la prueba respectiva como también el tratamiento de las restantes cuestiones a que se refiere el art. 263 del ordenamiento ritual, solo puede

hacerse si se mantiene el recurso concedido libremente. Por el contrario, si la instancia recursiva principal se extingue, por desistimiento o por falta o insuficiencia de la expresión de agravios, ello torna irrelevantes a las peticiones del citado art. 263 dado que solamente tienen significado para el caso de que el tribunal de alzada deba pronunciarse sobre la cuestión de fondo planteada a través del recurso principal (en el mismo sentido se expiden Fassi-Yánez, Cód. Proc. Ed. Astrea, T. 2 p. 467 en glosa al art. 260).

Tales entendimientos llevan en este estado al análisis del recurso de apelación interpuesto por los codemandados a fs. 277 y fundado a fs. 287/294.

Sabido es que existe la carga procesal en cabeza de quien apela, de fundar apropiadamente el recurso de apelación. La omisión de hacerlo engendra la proclamación de deserción por insuficiencia del recurso. En este sentido se indica constante e invariablemente que en virtud de lo establecido por el artículo 268 del Código Procesal, pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio desatinadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los desaciertos, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión. No basta reiterar escritos anteriores. La memoria de agravios debe ser autosuficiente, debe bastarse a sí misma.

Así partiendo de interpretar el significado de la expresión "crítica concreta y razonada" de las partes del fallo que se consideran

equivocadas, este Cuerpo debe evaluar la existencia de suficiencia "técnica o formal" en la expresión de agravios, esto es que contenga articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores que el apelante considere que contiene el fallo recurrido. Y si bien el criterio tradicional ha sido observar un grado de generosa amplitud para juzgar la suficiencia, por estimar que dicho criterio es el que mejor se adecua a un cuidadoso respeto del derecho constitucional de defensa en juicio y al resguardo del mecanismo de doble instancia, bien entendido, esa amplitud no autoriza a marginar las normas procesales vigentes que rigen el acceso a esta instancia.

En el subjudice, analizando el escrito de expresión de agravios y haciendo aplicación de los criterios antes señalados, se advierte que el replanteo de prueba efectuado es el único argumento que sostiene el recurso, sin detenerse en la impugnación del fallo contra el cual interpuso la apelación y respecto del que, por imperativo legal (art. 268 CPCyC.) debió desarrollar una "crítica concreta y razonada".

No se advierte que del contenido de la expresión de agravios surja un ataque concreto y la consecuente demostración de los errores en que hubiere incurrido el fallo que se pretende revocar, por el contrario se limita a señalar que las pruebas aportadas en este proceso resultan insuficientes para fundar la sentencia del a quo; que la versión de los demandados no ha podido ser escuchada violentando el derecho de defensa en juicio; más no puntualiza hechos que darían lugar a una solución diferente y que puedan ser probados por las pruebas cuya producción solicita en

esta Alzada. Por ello no cabe concluir que tal crítica habilite la revisión por parte de esta Alzada.

En consecuencia, no habiendo cumplido minimamente con la carga del art. 268, concretando los errores pretendidos en contra de la sentencia corresponde declarar desierto el recurso interpuesto a fs. 277 por la parte actora.

III- Como consecuencia de lo decidido anteriormente la petición de apertura a prueba en segunda instancia también debe rechazarse.

No obstante, cabe puntualizar otras razones por las cuales también resulta improcedente el pedido de la actora. Reiteradamente sostuvimos que la apertura a prueba en segunda instancia reviste carácter restrictivo, reconociéndose sólo las excepciones previstas por el art. 263 del CPr., considerando taxativa la enunciación y que "... en orden a la idea que la segunda instancia no importa un nuevo juicio, sino solamente la verificación de la justicia de la sentencia en base a los elementos reunidos por el a-quo, sólo excepcionalmente se permite presentar ante la Alzada nuevas pruebas o intentar reproducir las que fracasaron en primera instancia..." (José V. Acosta: "Procedimiento Civil y Comercial en Segunda Instancia", t. I, p. 247).

Ello porque el procedimiento recursivo en la legislación procesal de nuestra provincia –al igual que en el de la nación y las restantes provincias- ha adoptado 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 este orden de ideas, la petición también debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución atacada –similar a la expresión de agravios-, demostrando debidamente los motivos que se tienen para considerar que la denegatoria de prueba en primera instancia o la negligencia decretada fue errónea y justificar el peticionario que no medió demora, desidia o desinterés en diligenciar el elemento probatorio declarado caduco. Y en tal sentido, atendiendo los términos del planteo efectuado, corresponde señalar que no constituye la petición formulada por el apelante, una crítica concreta y razonada de los defectos de la decisión de primera instancia ni indica razones demostrativas de la necesidad de la prueba.

Así, "Tanto en el supuesto de denegación de prueba como en el caso de la declaración de negligencia corresponde demostrar que el fallo es equivocado, pues la función prístina de la alzada, no es la de fallar en primer grado sino la de revisar las sentencias de los jueces inferiores; y es obvio que si estas se ajustan a derecho no pueden ser revocadas" (Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios" p. 483).

En base a ello, a tenor de la presentación efectuada por la recurrente corresponde rechazar al replanteo de prueba.

Sin perjuicio de haber incumplido la carga referida, y solo a fin de abundar señalamos que en relación a la prueba testimonial respecto de la cual se declaró la negligencia a fs.176 no se verifica error

en tal decisión. Desde que la parte oferente omitió citar a los testigos que propusiera –no confeccionó y presento las cedulas pertinentes-, y no existen constancias de notificación ver 134/175-, atento ello, no es posible tomar la segunda –supletoria- si no se ha justificado la inasistencia a aquella y no se libró el correspondiente oficio a la policía, pues de lo contrario implicaría dejar librada a la voluntad de las partes la audiencia designada (ver Enrique Falcón "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial" Ed. Rubinzal culzoni Santa Fe 2006, T. III p. 405; íd. Carlos E. Fenochietto "Cód. Proc. Civ y Com.." Ed. Astrea Bs. As. 2001, T. II p. 632).

No obsta la negligencia en la prueba de testigos el hecho de hallarse aún pendiente de realización la audiencia supletoria a la fecha del acuse (ver fs. 134 y vta. y 175), pues ella sólo rige para la recepción de los testimonios de quienes debidamente notificados no hubieran asistido a la principal, supuesto este que no se configura en al especie (conf. Morello Sosa, Berizonce "Código Procesal comentado" pág.243).

Con respecto a la prueba informativa, también deviene improcedente el planteo. Conforme las constancias de la causa, se declaró la caducidad de la misma a fs. 257 por no haber reiterado la parte el pedido de informes dentro del plazo previsto en el art. 402. Observándose que habiendo diligenciado los oficios librados conforme surge de las constancias de fs 201/204 y 214 efectivamente no reiteró el pedido soportando las consecuencias de su negligencia.

Por último y en relación a la prueba pericial solicitada, la misma fue tenida por desistida

en un todo de acuerdo a lo prescrito por el art.467 in fine del CPr., toda vez, que habiendo sido intimado del pago de adelantos al perito designado, no dio cumplimiento al depósito del importe requerido.

En atención a tales argumentaciones resulta clara la improcedencia del planteo formulado por la actora, no encuadrando en los supuestos habilitados por la ley ritual.

IV.- Las costas de esta instancia, en atención a cómo se resuelve, serán impuestas a la apelante vencida (art. 68 CPr.), procediéndose a regular los honorarios de los letrados intervinientes de acuerdo a la ley arancelaria profesional art. 14 ley 2.200, t.o. ley 4.335), teniendo en cuenta la labor profesional, resultado obtenido, la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada.

Por ello, la **Sala B** 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) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por los codemandados a fs. 277 y en consecuencia rechazar la solicitud de apertura a prueba efectuada.

2) Costas de esta instancia al apelante vencido. Regúlense los honorarios del Dr. G. A. C. en la suma de pesos doscientos ($200).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° 137 DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS