Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"G., J. E. c/ R., E. A. y otra s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)”**, Expte. Nro. 212/2009, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1, Secretaría Nro. 2 (Expte. Nro. 1562/2002).

I.- Que vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada, en virtud del recurso de apelación en subsidio interpuesto por la parte actora, a fs. 476/480vta., contra la providencia de fs. 475, que de oficio declaró operada la caducidad de instancia.

Considera el apelante, que el a quo aplica un exceso de rigor formal al decretar la perención, violando principios y normas constitucionales como el derecho a la jurisdicción, el debido proceso, tutela de los derechos, derecho de propiedad y los deberes impuestos por el art. 36 incs 1 y 2 del ritual en cuanto disponen el deber del juez de evitar la paralización de los procesos y la averiguación de la verdad material. Sostiene que el proceder del juez colisiona además con el art. 316 del CPr., por cuanto los jueces deben ejercer con suma prudencia la facultad de decretar la caducidad de oficio.

Abunda en consideraciones acerca del deber que incumbe a los jueces por imperio del art. 36.

Puntualiza que su parte había desistido de la prueba pendiente y solicitó clausura del periodo probatorio, con lo que estaba en condiciones el a quo de pasar los autos a sentencia. En cambio, el a quo solicito informe de pruebas del que resultó la falta de producción de prueba testimonial y pericial que correspondían a las demás partes.

Considera que la decisión es contraria a los principios rectores en la materia. Formula reserva del caso federal.

II.- A los fines de resolver sobre la caducidad decretada, corresponde dejar sentado que el art. 316 del ordenamiento procesal autoriza la declaración de oficio de la caducidad, más no establece un deber ni un mandato sino una facultad que el tribunal puede ejercer cuando lo considere prudente y conveniente (Cfme. Fornaciari, “Modos normales de terminación del proceso.

Caducidad de instancia" vol. III, p. 49 cit por Loutayf Ranea –Ovejero López "Caducidad de la instancia" Ed. Astrea 2da. Ed., p.621).

Y aún en tal hipótesis –que se juzgue conveniente y prudente la declaración de oficio de la caducidad- anota Güeller que "se considera que sería conveniente que en forma previa y saneatoria se corriera traslado a las partes en uso de las facultades que el art. 35 inc. 5 ap.b del CPCCN confiere al tribunal, a fin de que las partes peticionen lo que haga a sus derechos, bajo apercibimiento de decretar la caducidad de la instancia en caso contrario" ("La caducidad declarada de oficio" LL 1990-A-481).

III.- Cabe señalar que en el sub-exámine el juez de grado ha tomado como último acto impulsorio la recepción en secretaría de las cédulas por las que se notificaba a los peritos médico y psicólogo desinsaculados en la causa a fin que acepten el cargo, acaecido el día 10 de octubre de 2008 (fs. 475) y juzgando la ausencia de actividad procesal idónea hasta el momento del dictado del auto recurrido, el 25 de marzo de 2009, de oficio, declaró operada la caducidad de la instancia.

Cabe reseñar que el presente proceso se inició en el año 2002 a consecuencia de un accidente de transito acaecido en agosto de 2000 del que resultó victima el actor, presentándose sus padres reclamando indemnizaciones a título personal y en nombre de su hijo, menor de edad por entonces.

La actora, principal interesada en el mantenimiento de la instancia, produjo las pruebas que ofreció: documental en poder de terceros y reconocimiento de documental, informativa a la Municipalidad Local, al Juzgado de Instrucción Nro. 2; a la Escuela Nro. ***, Registro Automotor Nro. ** y Registro Civil y las testimoniales de S., C. y S. y solicitó clausura del termino probatorio.

Solicitó el a quo informe sobre las pruebas, resultando del mismo, -fs. 384- que se hallaban pendientes de realización por parte de la actora apelante, la testimonial de M. J. C. –porque la de M. T. habia sido desistida a fs. 222 –, Informativa a la A. E. S. M. y las periciales psicológicas, técnica vial y traumatológica. Restaban producir también pruebas de la parte demandada y citada

en garantía.

Como consecuencia de tal informe, la actora desistió de la testimonial pendiente, e impulsó el procedimiento a fin de lograr la producción de las pruebas periciales, obteniendo éxito sólo respecto de la pericial accidentológica (fs. 418/426), pues respecto de las periciales médicas y psicológicas no se obtuvo aceptación del cargo de los desinsaculados a fs. 156, 157; 387, 402, 449, 457, 463 y 470.

No obstante, tal actividad desplegada por el apelante a los fines de lograr la designación de los profesionales para efectuar las pericias, lo cierto, es que existía pendencia en el dictado de una resolución o cuestión cuya carga se le atribuye por la ley al Tribunal que obsta a la declaración de caducidad efectuada.

Y ello debió ser analizado por el a quo, por cuanto "la carga de los litigantes de instar el procedimiento, aunque, en principio, se extiende a todo el curso de éste, desaparece cuando existe un deber del Tribunal, porque la carga del litigante termina donde empieza el deber del juez (Sentis Melendo, "Perención de la Instacia y carga procesal" Rev. Colegio de Abogados La Plata, año IV, Nro. 8, p. 437, íd. esta Camara, Sala A, Sent. Inter. Nro. 291/96 del 5/11/96 y Sala B, Sent. Inter. 3/2000 del 3/2/00; 5/2007 del 1/2/07).

Es que debió tener en cuenta el a quo, que tratándose de prueba pericial, el art. 473 del CPr. según DJPCh 2do. párrafo, dispone que si el perito no aceptare, o no concurriere dentro del plazo fijado, el juez nombrará otro en su reemplazo, de oficio y sin otro trámite, esto es sin sustanciación.

Todo ello, sin perjuicio que constituye deber para el director del proceso velar por el cumplimiento de los plazos procesales (art. 34 ap. 4 inc. e CPr.) siendo facultad expresa tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso (art. 36 ap. 1 CPr.).

El a quo se limitó a verificar el cumplimiento del plazo, afirmando que transcurrió el plazo previsto en el ordenamiento procesal y optó por la declaración de la caducidad de la instancia, sin consideración a la manda contenida en el Art. 473 señalado, al estado del proceso y aquello que resulta de los deberes y facultades impuestos al juez.

Es por ello, que en el caso, correspondía designar nuevos peritos a fin de producir la prueba pericial, cobrando sí, de esta manera, importancia la agregación de la cédula en cuestión, pues la consecuencia necesaria de la misma, es el cómputo del plazo a los fines de la remoción del perito y la consecuente designación de uno nuevo (arts. 473 y 474 del CPr.), actividad imprescindible para impulsar el procedimiento, y que se hallaba a cargo del juzgado (conf. esta Sala Sent. Interlocutoria Nro. 265/05 del 26/12/05; Nro. 79/06 del 16/5/06 y Nro. 5/07 del 1/02/07).

Asimismo, a fin de abundar señalamos que el a quo optó por la extinción del proceso, existiendo otras alternativas procesales en relación al estado del proceso y que resultan de los deberes y facultades del impuestos al juez.

Respecto de la prueba informativa a la Asociación Española, pendiente de producción, ante la falta de actividad de la parte, cabe recordar que conforme art. 406 correspondía declarar la caducidad de tal prueba y ordenar que se pusieran los autos para alegar art. 486 y no decretar sin más la caducidad de toda la instancia.

“El propio CPN trata de alguna manera de provocar el mismo resultado que el logrado con el incidente de negligencia, recurriendo a la caducidad, pues quien no ha reiterado el medio probatorio ofrecido en terminado tiempo, después de haber cumplido las exigencias impuestas para su producción normal pierde de pleno derecho la facultad que ha dejado de usar, es decir, no es necesaria la denuncia de la contraria” (Fenochietto, Carlos “Cód. Proc. Civil y Com. De la Nación” ED. Astrea 2da. Ed., T 2, p.521 citando fallo de la CNCiv, Sala I, 2/5/96 LL 1997-E-849).

Sin perjuicio de ello, se imponía también al juzgador un juicio de valor respecto de la actividad procesal desarrollada tanto de las partes como jurisdiccional, y del fin del proceso: lograr esclarecer la verdad de los hecho controvertidos (art. 36 inc. 2 CPr.), que a tenor de lo resuelto fue omitido. Debió ameritar el cúmulo de prueba producida no sólo por el actor, sino también la actividad probatoria desplegada por las contrarias, que dan suficiente sustento a la solución que propiciamos.

Por ello, no podemos sino concluir que no se dan los

presupuestos que habilitan la aplicación del instituto.

La decisión a que arribamos se compadece con el criterio restrictivo que impera en la materia; siendo dable destacar que este Tribunal, expresamente ha sostenido que: “En caso de duda –la que eventualmente podría surgir en el presente- impera el principio de in dubio pro actione, a cuyo amparo debemos optar por la solución que mantenga vivo el proceso” (Cfr. S.I Nº 172/2003 y 224/2003, Sala B).

Asimismo un largo trámite iniciado en el año 2002, donde se ha producido gran parte de la prueba, se hace difícil presumir el “abandono” (Morello-Glosa art. 313 pág. 174) en con concordancia con lo que dispusiera el S.T.J. en “I., B. C/C. S. S.A. A. s/Daños y Perjuicios” Expte. Nro.15610-I-1996 y Sent. Inter. Sala B Nº 13/04.

Por todo lo expuesto corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en subsidio a fs. 476 y revocar la resolución apelada en todas sus partes, ordenando que la causa continúe según su estado.

IV.- Sin costas atento que la controversia fue suscitada por la decisión del a quo (arts. 68 y 69 del CPr.). La regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada se efectuara teniendo en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, todo de acuerdo a las previsiones de ley arancelaria (arts. 5, 6, 32, 46, 13 y ccs. de la Ley XIII Nro. 4 del DJPch.)

V.- Se observa que habiendo adquirido la mayoría de edad el coactor J. E. G., se ordenó recaratular la presente causa a fs. 499 omitiendo en la misma a sus progenitores, quienes también accionaron en su propio derecho. Por ello en la instancia de grado deberá procederse a la correcta caratulación de la causa.

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

R E S U E L V E :

1)Hacer lugar al recurso de apelación de fs. 476/480vta., interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar la providencia de fs. 475 en todas sus partes, ordenando que la causa continúe según su estado.

2)Sin costas conforme lo señalado en el considerando respectivo. Los honorarios de esta instancia correspondientes a los Dres. F. A. F. y R. A. H. conjuntamente se fijan en el uno y medio por ciento (1,5%) de lo que le correspondan por su actuación en la instancia de grado.

3)En la instancia de grado recaratulese la causa en atención al considerando V.

4)Regístrese, notifíquese y devuélvase.