Puerto Madryn, Junio de 2010

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**F., M. G. s/ incidente de nulidad, en autos: L., D. L. s/ Impugnación de paternidad-Acción de filiación (1005/08)" (Expte.36-año 2010)**, venidos del Juzgado de Ejecución (1130/09), por haber interpuesto la parte demandante a fs. 39 del presente incidente de nulidad, recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria registrada bajo el N° 180/2010.

I.- A fs. 35/36 vta, el magistrado de primera instancia rechaza el incidente de nulidad planteado a fs. 13/14. Fundamenta el rechazo en que tanto el apelante como el consultor propuesto, fueron notificados de la extracción de muestras (fs. 07/08) realizada el día 09 de octubre de 2010, y no obstante estar debidamente notificados, no concurrieron, asimismo menciona que el letrado de la misma contaba con poder suficiente para asistir a exámenes periciales (fs. 02) y no obstante ello tampoco concurrió, asimismo pone de resalto que en el acto se encontraban el médico Forense del Tribunal y la Secretaría del Juzgado, quién dá fe de lo actuado. Menciona, en respaldo de su postura, lo dictaminado por la Asesoría de Familia e Incapaces, como así también la falta de prueba del perjuicio invocado.

A fs. 39 la parte actora apela dicha resolución judicial, fundando la misma a fs. 41/vta., en donde se vislumbra como agravio el hecho que la sentencia de grado manifiesta que "*...el incidentista como el consultor fueron notificados de la extracción de las muestras y no obstante estar debidamente notificados no concurrieron...*", asimismo pone de resalto el apelante, que un acto probatorio de cabal importancia no debe ser realizado inaudita parte, cita doctrina al respecto, y advierte como perjuicio una lesión del derecho de defensa, como así también la imposibilidad de controlar dicha prueba.

II. La cuestión recae en determinar la viabilidad de la nulidad procesal de la extracción practicada (fs.11) por considerar que la fecha fijada para ese

acto no fue notificada con la antelación suficiente. La notificación efectivamente se produjo, como surge de fs. 07/08 y el representante de la parte contó con poder suficiente para asistir a éste tipo de exámenes. Ello, conjuntamente con el deber de colaboración que pesa sobre las partes durante la tramitación del proceso, torna improcedente el reclamo, máxime cuando el acto contó con la participación del Médico Forense del Tribunal y la Secretaria del Juzgado, quién dá fe pública de las actuaciones que se lleven frente a su presencia.

De esta manera, no se advierte perjuicio alguno, cuestión que tampoco ha sido exteriorizada de manera concreta y específica en el memorial, en este sentido es conteste la jurisprudencia en sostener que el perjuicio es un requisito insoslayable para la procedencia de cualquier nulidad procesal. Así la Sala C de la CNApel. ha dicho que para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal, "*...la irregularidad que la sustenta debe impedirle cumplir su finalidad específica, ella no debe haber sido consentida expresa o tácitamente por la parte a quien afecta y el nulidicente, al promover el incidente, debe expresar el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar con la declaración mencionando las defensas que no ha podido oponer...*" (C. N. A. en lo Civ., sala C, 16/10/2008, Canterna de Becerra, María del Carmen c. Noe, Luis Felipe y otros, La Ley Online; AR/JUR/9361/2008).

Admitir el criterio contrario generaría una riña con el principio de transparencia procesal, es decir, como ha sostenido la sala C de la C.N.Apel. *"...el principio de trascendencia, aplicable a las nulidades procesales, requiere que quien invoca la nulidad debe alegar y demostrar que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto e irreparable que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción..."* (CNACiv., sala C, 27/11/2007, Consorcio Prop. Bernardo de Irigoyen 1636/40/42/44 c. Montenegro Cabezas, Francisco Avelino Ramón Domingo y otros, La Ley Online; AR/JUR/9838/2007)

Los postulados del escrito de apelación configuran abstracciones que no denotan específicamente el perjuicio sufrido así, se menciona que "...*al existir un acto probatorio de cabal importancia no debe realizarse inaudita parte, sino que debe ser susceptible de ser controlado por la contraria procesal...*". No obstante esta atinada observación en abstracto no se menciona el perjuicio en concreto que emerge de dicha circunstancia, siendo inadmisible la aplicación de dicho dogma sin la precisión del menoscabo sufrido en el caso concreto, en este sentido la Sala C de la C. N. Apel. en lo Civ. dijo que "...*la simple denuncia de irregularidades en el proceso no es suficiente para fundar la nulidad desde que, para el progreso del incidente es esencial la manifestación del perjuicio sufrido, no de manera abstracta, sino concreta en función de mostrar la indefensión en que se encontró el nulidicente...*" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 04/12/2007, Hughes, Sara c. Pereyro, Julio Alberto, AR/JUR/11100/2007).

La abstracción de la postulación del apelante queda evidenciada cuando sostiene que "...*se ha restringido el derecho de defensa, y que no ha podido controlar la prueba en cuestión...*", en torno a la primera consideración el derecho de defensa no ha sido violentado porque, desde ésta perspectiva la actitud del apelante en la audiencia mencionada era completamente pasiva, sin la posibilidad de denotar injerencia cabal alguna, y en cuanto al control de la prueba, como bien ha puesto de resalto el magistrado de grado, la presencia del Secretario de Primera Instancia dá fe pública de lo actuado, con lo cual en este caso tampoco se exterioriza un perjuicio concreto.

Es decir, para la viabilidad del presente reclamo, el apelante debería haber señalado, al menos, el resultado divergente al que se habría arribado ante su efectiva presencia en la mentada audiencia. En este sentido ha resuelto la Sala H de la CNApel. en lo Civ. que "...*es improcedente el pedido de nulidad del peritaje efectuado en una acción de daños y perjuicios, pues no ha sido invocado el perjuicio que deriva de la supuesta omisión, ni a que resultado diferente se habría*

arribado en caso de que dicha parte hubiese presenciado la diligencia..” (C. N. A en lo Civ., sala H, 29/11/2007, Consorcio de Prop. Cramer 2170/74 c. Pelayo González S.A., DJ 21/05/2008, 188 - DJ 2008-II, 188, AR/JUR/10262/2007).

Por los argumentos expuestos y por la vigencia absoluta del principio de colaboración de las partes en el trámite del proceso, dogma vacilar de la buena fé procesal, es que se rechazará la apelación y consecuentemente se confirmará la resolución de fs. 35/36 vta., con costas a la apelante vencida.

A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5, 13 y 32 de la Ley XIII N° 4), por ello corresponde fijar los honorarios del abogado S. A. (T° VI F° 7 STJCH) en el 25 % de los emolumentos previstos por el magistrado de grado.

RESUELVE:

1°) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs 39, y en consecuencia CONFIRMAR la sentencia obrante a fs. 35/36 vta, en cuanto ha sido materia de agravio.

2º) IMPONER las costas de esta instancia al apelante (arts 69 y 70 del C.P.C.C.).

3º) REGULAR los honorarios del abogado S. A. (T° VI F° 7 STJCH) en el 25 % de los emolumentos previstos por el magistrado de grado. (arts. 5, 13 y 32 de la Ley XIII N° 4), con más el IVA pertinente si correspondiera.

4º) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.-

La presente resolución es dictada por dos Jueces de Cámara por encontrarse el tercer cargo jurisdiccional vacante.

REGISTRADA BAJO EL N° SIC