Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2010.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"D., R. L. c/H., D. H. s/ALIMENTOS y CUSTODIA", Expte. Nro. 261/10** venidos del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. N° 391/09), por haber interpuesto la parte actora -fs. 127- recurso de apelación contra la sentencia de fs. 110/114.

I.- Que a fs. 145/148 obra agregado el memorial presentado por la accionante quien replantea la prueba testimonial de la Sra. S. H. U. y la ampliación de informe socio ambiental de parte del Equipo Técnico Interdisciplinario.

Manifiesta que la testigo fue debidamente citada a la audiencia de vista de causa, pero por motivos personales no pudo concurrir y, siendo que en tal oportunidad la parte mantuvo su interés en la producción, en virtud del principio de amplitud de la prueba, solicita se ordene su producción en esta instancia. Asimismo, solicita se amplíe el informe socio ambiental, requiriéndose al Equipo Técnico Interdisciplinario que informe sobre los inmuebles que se encuentran alquilados en la misma dirección del demandado, debiendo indicarse montos de los alquileres y nombre de los inquilinos entre otras cuestiones.

Insiste en que no hubo desidia de su parte en la producción de la prueba, por cuanto la testigo fue oportunamente notificada de su obligación a concurrir a la audiencia de vista de causa celebrada a fs. 108.

II.- 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 demostrar suficientemente los motivos que hacen a la procedencia de la apertura a prueba, en esta instancia excepcional y justificar el peticionario que no medió demora, desidia o desinterés en diligenciar el elemento probatorio cuyo replanteo se requiere.

Y en tal sentido, atendiendo los términos del planteo efectuado, corresponde señalar que la petición formulada por la apelante no indica razones demostrativas y suficientes sobre la necesidad de la prueba.

III.- No obstante, cabe puntualizar otras razones por las cuales también resulta improcedente el pedido de la actora. Es premisa

indiscutible en el caso, que el replanteo de pruebas en segunda instancia 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. 263 inc. 2° in fine del Código Procesal), debe exponerse ese fundamento mediante la crítica concreta y razonada (art. 268 del Código Procesal) a la decisión que denegó la probanza o declaró la negligencia en la producción de la prueba.

En otras palabras: inapelable la declaración de negligencia (art. 383 del Código Procesal), la ley procesal compensa -por así decir- esa inapelabilidad con la posibilidad de replantear la prueba en la alzada, pero no exime a la parte interesada de la carga procesal de criticar los fundamentos de la declaración de negligencia (conf. "Saporiti, Angel Horacio c/ Martinenghi, Arnaldo s/ ordinario" - CNCOM - SALA D - 02/10/2001) y demostrar que la misma ha sido mal declarada.

En el sub-lite, la petición de apertura a prueba - respecto de la testimonial e informativa- no resulta admisible, por cuanto se trata de prueba testimonial respecto de la cual no medió declaración de negligencia o de caducidad, ni tampoco se justificó la inasistencia de la testigo a la audiencia o requirió se encuadre el supuesto en las previsiones del art. 440 del Cpr., conforme DJ, que prevé la situación del testigo imposibilitado de concurrir a audiencia.

Tampoco surge que la juez a quo, ante

la necesidad de acreditar los extremos mencionados por la actora, valorando el plexo probatorio arrimado a la causa, haya considerado hacer uso de la facultad que le otorga el art 111 de la Ley III N° 21, especial del fuero, por la cual, respecto al testigo debidamente notificado y sin causa que justifique su inasistencia, haciéndolo comparecer inmediatamente con el auxilio de la fuerza pública. Proceder que tampoco fue requerido por la oferente de la prueba quien se limitó a sostener su interés en la producción de la prueba testimonial.

Atento tales constancias, aun cuando hayan sido consentidas las actuaciones por las partes, debe tenerse presente que fracasada la comparecencia de la testigo a la audiencia de vista de causa, no es posible producir su declaración en segunda instancia si no se tratan de los supuestos taxativamente previstos en la norma procesal -prueba mal denegada o declarada caduca, existencia de hechos nuevos-.

Por ello, no se advierte en el caso y en esta instancia, que la prueba testimonial solicitada haya sido debidamente compulsada por la parte y de los argumentos esgrimidos, no puede extraerse como fundada la solicitud en los términos exigidos por el art. 268 del cpr.

Respecto a la ampliación de prueba informativa dirigida al Equipo Técnico Interdisciplinario cabe señalar que a fs. 9, en oportunidad de ofrecer la prueba informativa dirigida al mencionado organismo, con el propósito de que se efectúe un informe socio ambiental en el domicilio del demandado, la parte interesada ha requerido que el E.T.I. se expida sobre los mismos aspectos sobre los que insiste en esta Alzada a fs. 145 vta.

Sin embargo, en oportunidad de ser agregado en autos el mencionado informe socio ambiental, a fs. 98/99, ninguna observación o pedido de ampliación efectuó la interesada, llegando el mismo consentido a esta instancia. Tal actitud, torna improcedente el replanteo o ampliación de prueba informativa requerida.

Es que las pruebas que pretende la actora producir en esta instancia excepcional, no resultan las conducentes a fin de probar aquello que debió haber acreditado en la instancia ordinaria, cual es, el causal económico del alimentante. En función de todo lo expuesto, corresponde el rechazo del replanteo de prueba testimonial e informativa al Equipo técnico Interdisciplinario.

III.- Finalmente y siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, debe considerarse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 101, contra la resolución de fs 77, por la cual, la Jueza de Primera instancia, rechaza el planteo de hecho nuevo formulado por la parte demandada a fs. 67.

Ahora bien, no habiendo la parte demandada, apelante de fs. 101, expresado agravios dentro del plazo previsto por los arts. 370 y 263 inciso 1° del CPr –Digesto Jurídico-, conforme lo dispuesto por el art. 269 del mismo ordenamiento, corresponde declarar desierto el recurso de apelación concedido con efecto diferido a fs. 102.-

IV.- Atento la materia sobre la que versa la presente y como se resuelve, los costas serán impuestas por su orden (conf. art. 71 y cc. del CPCCh D.J.). procediéndose a regular los honorarios de los

letrados intervinientes de acuerdo a la ley arancelaria profesional, teniendo en cuenta la labor profesional, resultado obtenido, la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada (arts. 5, 6, 7, 13, 18 y 32 Ley XIII N° 4 DJ)

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) Denegar el replanteo en esta instancia de la prueba testimonial e informativa dirigida al Equipo Técnico Interdisciplinario.

2) Costas de esta instancia por su orden. Regulando los honorarios de la Dra. A. S. P. en la suma de Pesos cincuenta ($ 50) y los de los Dres. R. P. D. y O. O. L., conjuntamente en la suma de Pesos cincuenta ($ 50) (conf. art. 71 y cc. del CPCCh.).

3) Declarar desierto el recurso de apelación deducido a fs. 101 y concedido con efecto diferido a fs. 102.

4) Regístrese, notifíquese.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y por concordar en la solución del caso (Ley V N°17 del DJPCH).-

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS