000355/2010

Comodoro Rivadavia, de octubre de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**L. M. A. SA en autos: "A., A. A. c/ T. C. SRL s/ SUMARIO", Expte. N° 230/09 s/ INCIDENTE DE NULIDAD", Expte. N° 355/2010** venidos del Juzgado Letrado Civil y Comercial N° 1, Secretaría N° 2 (Expte. N° 306/2010), por haber interpuesto a fs.6 la tercera citada en garantía, recurso de apelación contra el proveído de fs.4 que rechaza in limine el incidente de nulidad promovido por la incidentista.

I- En su memoria de fs.8/9 alega que, al contrario de lo sostenido por el juzgador, no se agravia por los vicios u omisiones que pudiera contener la resolución atacada sino por los vicios u omisiones del procedimiento que hacen procedente el incidente de nulidad. Expone la diferencia entre errores in indicando y errores in procedendo y sus medios de subsanación e impugnación. Manifiesta que hay un error en el procedimiento porque no se respetó lo establecido por la norma de rito para el acuse de negligencia de pruebas. Señala que al promover el incidente aclaró que los motivos se refieren exclusivamente a los vicios en el procedimiento, previo a declarar a su parte negligente en la producción de la prueba pericial contable. Agrega que el primer vicio consistió en la omisión de correr traslado a su parte del acuse de negligencia efectuado por la actora. Sostiene que el incidente de nulidad tiene como objetivo subsanar los defectos señalados en el procedimiento. Aduce que las negligencias previstas por los arts. 388 y 389 del Cód. Procesal se decretan

previa sustanciación con la otra parte y que, ello no se cumplió en autos. Alega que el art. 389 determina que cabe desestimar el pedido de negligencia cuando la prueba se hubiere producido y agregado antes de vencido el plazo para contestarla. Expresa que esto no fue posible porque se omitió correr traslado de la petición de negligencia. Agrega que el segundo vicio consiste en que no se había producido aún la radicación del Oficio ley 22172 que instrumentaba la prueba pericial contable y, que por ende, no había comenzado a correr el plazo dispuesto por el tribunal. Denuncia que el oficio ha quedado radicado en extraña jurisdicción el día 29 de junio de 2010. Niega que se haya incumplido con lo ordenado por el juzgado a fs.313 de modo tal que habilite hacer efectivo el apercibimiento de ley. Sostiene que corresponde contabilizar el término de 15 días otorgado, a partir del momento en el oficio ley 22172 ha quedado radicado. Manifiesta que se confunden los remedios procesales previstos en los supuestos de dilación en la producción de prueba pericial con los de demora en producción de la prueba testimonial. Explica la diferencia entre negligencia en la producción de prueba y la caducidad automática de la misma. Solicita se revoque la resolución impugnada y se decrete la nulidad de la providencia de fecha 15 de junio de 2010.

II- De las constancias de autos surge que a fs.1/3 la tercera citada en garantía- aquí incidentista- promueve incidente de nulidad contra la providencia de fecha 15 de junio de 2010 del Expte. N° 230/09, con fundamentación en las disposiciones de los arts. 171 y 389 del CPr.

Sostiene que su parte no incumplió con lo ordenado por el tribunal y el apercibimiento

efectuado a fs.313 de los autos principales (Expte. N° 230/2009). Manifiesta que el plazo otorgado de 15 días debe ser contabilizado desde el momento que la pieza procesal – oficio ley 22172- queda radicada y no antes.

Remite a las actuaciones anteriores que dieron origen a la providencia de fecha 22 de abril de 2010 que, dispuso librar oficio ley 22172 al Juez Civil en turno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de llevar a cabo la pericia contable en extraña jurisdicción e, intima a la parte para que en el término de 15 días informe acerca del Juzgado donde ha quedado radicado el exhorto, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido (artículos 383, 453 y 454 del CPCCH - ahora arts. 387, 457 y 458 CPr. DJ).

Alega que la norma establece el término en que se debe informar en los supuestos en que el requerimiento consista en la fijación de audiencia u otra diligencia sometida al contralor de la otra parte, debiéndose computar el mismo desde la providencia que fijó la audiencia. Sostiene que por ello, corresponde contar el plazo para informar respecto del oficio ley 22172, desde la fecha de su efectiva radicación a fin de posibilitar el control de la prueba pericial a la actora y a la demandada. Señala que la normativa citada –arts. 387 y 457 CPr DJ-, no tiene como finalidad evitar la dilación en la producción de las pruebas sino garantizar el control de las mismas por parte de la contraria.

Agrega que se ha omitido cumplir con la última parte del artículo 387 que determina que regirán las normas sobre caducidad de pruebas por negligencia, pues en autos se dispuso la caducidad automática de la prueba pericial contable.

Sostiene que el tribunal confunde el remedio procesal previsto para evitar la dilación en la producción de la prueba pericial –negligencia- y el previsto para evitar la dilación en la producción de prueba testimonial en extraña jurisdicción –caducidad-.

Afirma que la caducidad de la prueba es el efecto consistente en tener por desistida de la prueba a determinada parte, como consecuencia de no urgir su oportuna producción. Agrega que la diferencia con la negligencia consiste en que ésta requiere petición de parte y su sustanciación por incidente, en cambio la caducidad es automática opera inevitablemente y no puede ser saneada.

Advierte que la prueba pericial contable que nos ocupa es común a las partes, por lo tanto, la obligación de urgir su producción recae sobre ambos litigantes. Invoca que respecto a la negligencia en la producción de la prueba corresponde aplicar un criterio restrictivo y, advierte que el término de prueba no está vencido.

Sostiene la improcedencia del acuse de negligencia. Alega que la errónea aplicación de las normas del código de forma conculca su derecho de defensa en juicio y la igualdad entre los litigantes impidiendo a su parte producir un medio de prueba oportunamente ofrecido para acreditar extremos invocados al contestar demanda. Hace reserva del caso federal.

A fs. 4, el tribunal rechaza in limine el incidente de nulidad porque considera que la resolución es atacable por vía de recurso de reposición y no por incidente de nulidad, facultad que la tercera citada en garantía no ejerció.

De los autos principales surge que a fs. 313 con fecha 22 de abril de 2010, el tribunal provee la prueba pericial Contable en extraña jurisdicción ofrecida por la tercera citada en garantía. En el punto 2) de dicha resolución intima al oferente para que en el término de 15 días informe acerca del Juzgado donde ha quedado radicado el exhorto, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido y funda la misma en los arts. 383 y 453 del CPCCH, ahora 387 y 457 del CPr D.J., debiéndose notificar la misma personalmente o por cédula.

A fs. 324 vta, en fecha 28 de abril de 2010 el letrado de la parte presenta un oficio; a fs. 352 con fecha 7 de mayo del corriente año se libra el oficio ley 22172 n° 543/10 que es retirado por la parte a fs.360 vta.

A fs.383, el actor solicita que, ante el incumplimiento de la tercera citada en garantía de informar la radicación del oficio ley 22172 N° 543/10, se haga efectivo el apercibimiento efectuado por el tribunal a fs.313.

A fs. 384, sin sustanciación previa, el tribunal tiene por desistida a la tercera citada en garantía oferente de la prueba pericial contable.

Efectuada la reseña de los antecedentes del caso, corresponde introducirnos en la cuestión.

III- Al respecto cabe señalar que nuestro Código Procesal en el Capítulo V- Prueba, Sección 1ª establece las pautas generales respecto a la prueba, su producción, denegación y sustanciación.

El artículo 387 CPr. D.J., determina el plazo para el libramiento y diligenciamiento de oficios y exhortos, entre los que se encuentran las

comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción previstas por la ley nacional 22.172. El último párrafo de la norma remite a las normas sobre caducidad de pruebas por negligencia.

A continuación el artículo 388 CPr. –DJ- refiere a los supuestos de negligencia de la actividad probatoria de las partes y el art. 389 CPr. determina los supuestos de improcedencia de la declaración de negligencia y la irrecurribilidad de la decisión judicial.

Se advierte que la producción y sustanciación de la prueba pericial contable ofrecida por la citada en garantía es una actividad compleja constituida por distintos actos procesales. La misma debe practicarse en extraña jurisdicción, su cumplimiento y diligenciamiento consta de distintas etapas: es decir, primero se debe diligenciar el oficio ley 22.172 pertinente al juzgado oficiado y, éste, debe fijar audiencia a los fines de designar perito contador de oficio y determinar los plazos para la presentación y producción del informe. La parte oferente debe informar a la contraria conforme las disposiciones del art. 387 del CPr DJ citado.

En el particular, el tribunal otorgó un plazo prudencial de quince días para ello (ver resolución de fs.313 Expte. N° 230/2009), término que no corresponde computar desde la radicación del oficio sino desde que la resolución simple quedara firme. Ahora bien, en virtud que se ordenó la notificación personalmente o por cédula (fs. 313), no surgiendo del expediente dicha notificación en forma previa al retiro del oficio de fs.360 vta. el día 10 de mayo de 2010, no corresponde computar el plazo antes de dicha fecha.

Al momento de la petición del actor de fs.383, el día 9 de junio de 2010, el plazo de 15 días para informar la radicación del oficio se encontraba vencido. Sin perjuicio de lo señalado, cabe tener presente que la prueba en cuestión es una prueba pericial contable que en el caso es común a las partes litigantes, en virtud que la actora no formuló las reservas y manifestaciones previstas por la norma del artículo 482 del CPr. en la oportunidad del artículo 463 del código de rito.

Ahora bien, con relación a los vicios del proceso denunciados corresponde señalar que ante el expreso pedido del actor el tribunal, previo a resolver si hubo o no negligencia en la producción de prueba, debía correr traslado al oferente de la pericial a fin que pudiera ejercer su derecho de defensa y así, sustanciar en debida forma el incidente conforme lo establece el trámite previsto por los arts. 388 y 389 CPr -D.J.-. Esto es así, pues el caso no es uno de los supuestos de caducidad reglada o tabulada legislativamente por la norma procesal, en cuyo caso obraría en forma automática sino que, requiere de petición de parte y sustanciación (Ver "Revista de Derecho Procesal. 2005-1. Prueba I, pág 384 y ss, citada).

El vicio detectado resta eficacia al acto procesal de fs. 384, pues se viola el principio de bilateralidad del procedimiento y conculca el derecho de defensa de las partes interesadas.

Dado que la sanción de caducidad por la supuesta negligencia de la oferente no podía ser declarada sin la previa sustanciación del incidente pertinente, la resolución en crisis debe caer por

nulidad de conformidad con lo previsto por las disposiciones de 171 Y 174 in fine del CPr. DJ.

A mayor abundamiento del cotejo de las actuaciones principales se observa que la tercera citada en garantía ha denunciado la radicación del oficio ley por lo que se torna operativa la norma del artículo 389, por no estar vencido aún el plazo para presentar la pericia.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de la incidentista, en consecuencia, revocar la resolución de fs.4 y declarar la nulidad de la resolución de fecha 15 de junio de 2010 dictada en los autos principales, caratulados: "A. A. A. c/ T. C. SRL s/ Sumario" Expte. N° 230/09 que tramitan ante el mismo tribunal.

Las costas en ambas instancias se imponen por su orden (arts. 69 y 70 CPr). Se regulan honorarios conforme la etapa del proceso, labor desarrollada y éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 32 y 13 Ley XIII N° 4).

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

RESUELVE:

1°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs.6 por la incidentista, en consecuencia, revocar la resolución de fs.4.

2°).- Declarar la nulidad de la resolución de fecha 15 de junio de 2010 de fs.384 dictada en los autos principales: "A. A. A. c/ T. C. SRL s/ Sumario" Expte. N° 230/09.

3°) Costas de la alzada por su orden. Regular los honorarios correspondientes al Dr. D. O. M. por su actuación en la incidencia de grado en el 13% de los que resulten del principal. Por su actuación en la alzada se regulan los honorarios de los Dres. D. O. M. y M. P. D., en el 25% de los de la incidencia de primera instancia.

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS