Comodoro Rivadavia, de octubre 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados**: "T., P. L. c/ S. A. S. A. s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de haberes e indem)" Expte. N° 337/2010**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Laboral No. 1 (Expte N° 3961/2006) por haber interpuesto a fs. 404, la demandada recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fs. 393/402vta.

I.- En el memorial de expresión de agravios de fs. 406/414vta., la demandada solicita el replanteo de la prueba pericial contable en extraña jurisdicción ofrecida por su parte, cuyo exhorto diligenciado aduna al presente. Funda su petición en el art. 263 inc 3° y 5° del CPr D.J.

Señala que con fecha 10/12/09 la Juez tuvo por desistida la prueba pericial pendiente de producción, resolución que no impugnó en virtud del carácter inapelable de la misma.

Relata que en autos se libró oficio ley 22.172 N° 382/09 librado el 31/3/09, habiendo denunciado su parte el Juzgado en que quedara radicado y estado del trámite el día "19/3/09" (sic), como surge del escrito titulado "INFORMA RADICACION" de fs. 337.

Afirma que conforme surge del oficio ley 22.172 que adjunta la prueba pericial contable se encontraba producida al momento de la intimación de fecha 16/11/09 y, por ende, también al momento de tener por desistida a su parte en el decreto de fecha 10/12/09. Alega que la perito contable designada presentó su experticia el día 28/07/09, como surge de las constancias del trámite del oficio ley diligenciado. Agrega que la perito en su presentación formuló su oposición a la remisión de la causa al Juzgado oficiante hasta tanto no se abonaran sus honorarios, una vez regulados los mismos, petición que fue tenida presente para su oportunidad. Enuncia los actos procesales cumplidos con posterioridad y, reitera que al momento de pretenderse tener por desistida a su parte de la prueba pericial contable en extraña jurisdicción la misma se encontraba producida.

Agrega que al momento de la resolución de fecha 10/12/09, en el exhorto se encontraba únicamente pendiente todo lo referido a los honorarios de la perito contadora, que fueron regulados el 2/12/09 y luego apelados.

Señala la diferencia existente entre caducidad y negligencia en materia probatoria y sostiene que si bien el tribunal utilizó el término “desistimiento” el vocablo se identifica o equivale a caducidad de la prueba conforme doctrina que cita. Siguiendo dicha doctrina alega que si la actora consideraba que existía inactividad de su parte en la producción de la pericia contable, debió haber planteado el correspondiente acuse de negligencia y el tribunal haber sustanciado el incidente, dado que el único supuesto de caducidad para la prueba pericial es el previsto en la última parte del art. 467 del CPr. D.J.

Sostiene que el tribunal a-quo intentó crear pretorianamente un supuesto de caducidad de la prueba pericial – declaración de desistimiento previa intimación- que no se encuentra previsto en la norma procesal, dado que la caducidad se determina taxativamente en la ley lo que determina la nulidad absoluta e insaneable del auto que tuvo por desistida a su parte de la prueba pericial contable.

Aduce que no solo no se respetó el debido proceso ante la falta de sustanciación del incidente por negligencia probatoria, sino que, además, la misma nunca podría haberse declarado atento que no procede en los supuestos en que la prueba se haya producido, como sucede en el presente.

Sostiene que de resolver lo contrario se estaría renunciando a conocer la verdad material del caso pues se estaría omitiendo una prueba producida al momento de haberse declarado el desistimiento. Solicita se agregue la pericia acompañada y se valore la misma conforme las reglas de la sana crítica.

II.- A los fines de dilucidar la cuestión, corresponde establecer, si la pericial contable constituye prueba individual o común, a los fines de determinar la procedencia de la declaración de caducidad de la misma y, procedencia de su replanteo en esta segunda instancia.

Conforme lo establece el art. 482 del Cód. Proc., la prueba de peritos se considera común a ambas partes si ofrecida la misma y conferida la vista del art. 463, la contraria omite manifestar su falta de interés en la pericia y expresa su voluntad de abstenerse de participar en la prueba. El silencio respecto a los extremos señalados basta para convertir la prueba pericial en común, perdiendo la parte en consecuencia la oportunidad de plantear la caducidad. (Palacio-Alvarado Velloso. “Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación” Tomo 8º. Págs. 554 y ss.

Editorial Rubinzal Culzoni).

Reviste este carácter también, cuando es ofrecida por ambas partes.

En autos, el actor y el demandado, ofrecieron prueba pericial contable; ergo es común.

A fs. 381 la Actuaria informa las pruebas pendientes de producción.

A fs. 383, la actora desiste de su prueba pendiente de producción (confesional y pericial contable) y, peticiona se intime a la contraria a la producción de su prueba - entre las que incluye la pericial contable- y solicita se efectúe bajo apercibimiento de declarar la negligencia en su producción.

El tribunal, a fs. 384, el día 16 de noviembre de 2009, tiene por desistida a la actora de su prueba confesional y pericial contable e intima a la demandada a urgir en el término de diez días la producción de las pruebas confesional, reconocimiento y pericial contable pendientes, bajo apercibimiento de tenerla por desistida de las mismas.

Finalmente, atento el tiempo transcurrido y el estado de autos, el día 10 de diciembre de 2009, el tribunal a fs. 386, tiene por desistida a la demandada de las pruebas: confesional, reconocimiento y pericial contable.

El desistimiento previo efectuado por la actora, habilita a la misma a formular el acuse de negligencia probatoria a la contraria.

Respecto a la prueba pericial, surge de la lectura del expediente que, a fs. 322, se libra el Oficio Ley 22.172 N° 382/09 de fecha 31 de marzo de 2009, ordenando su producción en extraña jurisdicción.

A fs. 337, el día 19 de mayo de 2009 se informa el tribunal ante el cual quedara radicado el Oficio Ley 221.72 N° 382/09 y estado del trámite.

Desde dicha fecha hasta el desistimiento de la actora de la pericial y pedido de negligencia de fs. 383, se advierte que la demandada nada informó con relación a la pericia contable a pesar del deber de informar que impone el artículo 387 del CPr. D.J. y la buena fe procesal. Incluso, no puso en conocimiento de las demoras que ahora denuncia en el diligenciamiento del exhorto (art. 388 CPr. D.J), pese el requerimiento efectuado por el tribunal de fs. 384.

Con relación a la nulidad del trámite dado a la petición de negligencia probatoria, se destaca que la misma debió haber sido planteada a través del

pertinente incidente y no por vía de replanteo de pruebas en segunda instancia (art. 174 CPr DJ). Cabe señalar que toda nulidad procesal es relativa y susceptible de remediarse mediante el consentimiento expreso o tácito de la parte a quien perjudica (ED, 86-174, LL, 1981-B-360, entre otros).

Por ello, en virtud que el demandado tomo conocimiento del supuesto vicio o irregularidad del proceso en la oportunidad de cumplir con la intimación de fs.384, no habiendo formulado objeción alguna al respecto cualquier irregularidad en el trámite ha quedado consentida por las partes.

Reparase que el demandado limita su queja respecto a la declaración de negligencia de la prueba pericial contable y, olvida mencionar que el tribunal primero intimó la producción de toda la prueba pendiente de producción, esto es: pericial contable, confesional y de reconocimiento y que, luego, tuvo le por desistido de la producción de toda la prueba enunciada (fs. 386), no habiendo su parte formulado – como se señaló- objeción alguna con relación a la confesional y reconocimiento, cuestión que ha quedado consentida. Por consiguiente, no puede ahora pretender impugnar la declaración de caducidad por negligencia sólo respecto de la pericial contable, pues si consintió el trámite respecto a la incidencia planteada por negligencia con relación a una también consintió respecto de la otra, pues el trámite de la incidencia es indivisible resultando al caso aplicable la doctrina de los actos propios.

El artículo 389 del CPr. D.J., establece que el pedido de negligencia será desestimado cuando la prueba se hubiese producido y agregado antes del plazo para contestar, carga procesal que el demandado no cumplió. Esto es así, pues aún en el supuesto que se considere que la pericial contable se encontraba producida al momento de la intimación de fs. 384 y al desistimiento decretado de fs. 386, dicha prueba no había sido “agregada” al expediente y la parte interesada nada dijo o informó al respecto o denunció alguna dificultad o demora en el trámite conforme lo establece el art.388 2do párrafo CPr., en la oportunidad de contestar la intimación del tribunal.

Sostiene la doctrina y jurisprudencia que, el replanteo probatorio en la segunda instancia, requiere respecto de las pruebas declaradas caducas por negligencia, que la parte demuestre que no medió una desidia o desinterés

manifiestos en la producción de la misma. En el sub-lite, los extremos ya reseñados –carácter individual de la prueba pericial por haber desistido la actora- y negligencia probatoria de la demandada, habilitan a declarar la caducidad de la prueba pericial contable, por lo tanto, corresponde rechazar el pedido de replanteo probatorio y ordenar por ende, el desglose del Expte. no. 11.881/2009 correspondiente al Oficio Ley 22.172 N° 382/09.

Atento el estado de las actuaciones, debe llamarse a autos para sentencia.

Por ello, la Sala **A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción de Comodoro Rivadavia

R E S U E L V E:

1).- Rechazar el pedido de apertura a prueba de fs. 406 y ordenar el desglose del Expte. N° 11881/2009 EXHORTO.

2).- Atento el estado de las actuaciones, AUTOS PARA SENTENCIA.

3).- Regístrese, notifíquese.