000443/2010

Comodoro Rivadavia, de diciembre de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M., J. O. c/ K. E. S. S.A. s/ ORDINARIO", Expte. N°. 443/2010** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1, Sec. N° 2 (Expte. N° 547/2007), por haber interpuesto la parte actora -fs. 555- y demandada -fs.554- recurso de apelación contra la sentencia de fs.538/549.

I.- Que a fs.567/568 obra agregado el memorial presentado por el accionante quien replantea la prueba testimonial y de reconocimiento de documentación de los Sres. W. B., M. M., R. B. y J. L. por haberse declarado en la instancia de grado la negligencia en la producción de la misma a fs. 416.

Manifiesta que el Sr. Juez de la anterior instancia aplicó con excesivo rigor formal las disposiciones del ordenamiento procesal sin advertir que en esa tarea se estaba vulnerando sus derechos y en desmedro de la verdad sustancial, no habiendo constatado el libro de notas, donde figuraba que con fecha 21 de agosto de 2009 se habían requerido los presentes autos por mesa de entradas y no le habían sido exhibidos.

Señala que la producción de la prueba requerida resulta de eficacia a fin de tener por reconocidos los remitos base de la acción de cobro. Insiste que no hubo desidia de su parte en la producción de la prueba y solicitó el auxilio de la fuerza pública en la misma oportunidad en que se celebrara la primer audiencia, presentando en término el oficio a la Unidad Regional, sin poder retirarlo

antes de la fecha señalada para recibir la declaración testimonial suplementaria.

II.- A los fines de dar solución a la cuestión traída a resolver, es dable señalar con carácter previo, que en la legislación procesal de nuestra provincia –al igual que en la de la nación y las otras provincias- se ha adoptado, en el procedimiento recursivo, 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.

Que, en función de lo expuesto, esta Sala reiteradamente ha sostenido como criterio uniforme que la apertura a prueba en segunda instancia reviste carácter restrictivo, reconociéndose sólo las excepciones previstas por el art. 263 del C.P.C.Ch. y considerándose –además- taxativa esa enunciación, debiendo juzgarse en cada caso en particular la razonabilidad de los pedidos que se formulen, atendiendo a las circunstancias y antecedentes que hayan motivado la situación que se pretende remediar en esta instancia.

Ahora bien, surge de las constancias de autos que, si bien la parte actora apelante ha efectuado el planteo en término, no ha presentado la correspondiente expresión de agravios. Es decir, en los términos del art. 269 su recurso ha quedado desierto, por cuanto notificado el recurrente a los fines del art. 262 y 263 con fecha 13 de Octubre del corriente año (fs.562) y debiendo presentar el memorial en el

término ordenado por la ley conforme lo manda el art. 262 el CPr., tal pieza procesal no ha sido presentada habiendo vencido el plazo de 10 días concedido por la norma ritual.

Por ello, aun cuando la solicitud de replanteo probatorio es tempestiva, efectuados los cálculos pertinentes se advierte, que la oportunidad de presentar el memorial de agravios venció el día 02 de Noviembre de 2010 o las dos primeras horas hábiles del día subsiguiente, debiéndose declarar la deserción del recurso.

En tal línea de razonamiento, se señala que el tratamiento de las cuestiones en segunda instancia, no sólo exige su oportuno planteo sino también el mantenimiento del recurso de apelación. Si la parte apelante desiste de la apelación, la sentencia de primera instancia queda firme, y ya no se tratan las cuestiones planteadas. Lo mismo sucederá si el recurso de declara desierto por no haberse presentado la expresión de agravios o por ser declarados estos insuficientes (Cafasso, Jorge D. "La apertura a prueba en segunda instancia" Jus 20-40 cit. por Fassi Yánez en Cod. Proc. Civ. y Com. Ed. Astrea, T. 2 p. 467).

En igual sentido, Colombo y Kiper, haciendo referencia al trabajo de Isidoro Eisner ("El llamado replanteo de pruebas en la alzada" Isidoro Eisner, en el dial.com) sostienen que el replanteo únicamente es admisible respecto de quien interpuso el recurso de apelación en tanto presente en tiempo oportuno la debida expresión de agravios contra la sentencia de primer grado y no haya padecido por ningún motivo la deserción de dicho recurso, lo que privaría de sustento y razón de ser al replanteo (COLERIO, El

replanteo de prueba como mecanismo impugnativo, en "Revista de Derecho Procesal", n° 1, "Medios de impugnación. Recursos", 1999). Por ello se ha afirmado que si el expediente no llega a la Cámara en virtud de la apelación de la sentencia definitiva, el replanteo no tiene posibilidad de efectuarse, siendo improcedente también cuando la sentencia definitiva es inapelable por el monto del proceso (artículo 244, inc. 3., párr. 2).

En efecto, el plazo para el replanteo de prueba, al igual que las restantes cuestiones procesales que contempla la norma –art. 263- es autónomo respecto del establecido para la expresión de agravios; comienzan el mismo día y corren simultáneamente. Es decir que no interrumpe el plazo para fundar el recurso. (Cfme. Eduardo Martínez Álvarez, en glosa al art. 260 "Cod. Procesal Civil y Comercial de la Nación" Dir, Elena Highton y Beatriz Arean, Ed. Hammurabi, T. 5 p. 202). Se sostiene que el replanteo del art. 260 puede ser considerado como fundamento del recurso de apelación, quedándole al apelante la oportunidad de expresar agravios dentro del plazo del art. 259 del CPN(Cnof. CNCiv., Sala E, ED 31-270).

Señala también la doctrina, que las presentaciones del art. 260 -ahora 263- están condicionadas a que dentro de los plazos legales se expresen los agravios sobre el fondo, pues en caso contrario, se tendrán por desistidas (Falcon, E. "Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, T. 2 p. 418).

Todas razones por las cuales corresponde declarar la deserción del recurso de apelación

interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, denegar el replanteo de prueba.

Sin costas atento la falta de sustanciación (conf. art. 68 y cc.del CPCCh).

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

RESUELVE:

1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 555 y concedido a fs. 556 y en consecuencia rechazar la solicitud de replanteo y producción de la prueba testimonial y de reconocimiento de documental formulado a fs. 567/568.

2) Sin costas conforme el considerando respectivo.

3) Regístrese y notifíquese.