TRELEW, de marzo del año dos mil once.----------

--- **VISTO**:----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 421 contra la sentencia interlocutoria obrante a fs. 417/420, concedido a fs. 428, es fundado a fs. 485/487 y vta., corrido traslado a la contraria del memorial de agravios a fs. 489, es contestado a fs. 492/493 y vta.----------

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- I. A fs. 417/420 el juez de grado hace lugar al incidente de nulidad planteado por la tercera citada en garantía a fs. 305/306 y decreta la nulidad parcial de la sentencia interlocutoria Nro. 192/10, dictada el 21/10/10, obrante a fs. 274/279, en relación al incidente sobre oposición de la prueba pericial accidentológica (punto IV de tal sentencia y su consecuente admisión determinada en el punto VII – Pericial Accidentológica de fs. 277 y vta., donde se proveyeran las pruebas ofrecidas por la actora).----------

--- Para así decidir, sostiene que la ampliación de la prueba solicitada por los letrados de la actora, está basada en un presunto nuevo hecho alegado por éstos, -pues en tales términos fue evacuado el traslado por todas las partes intervinientes-, hecho nuevo respecto del cual no fue tratada su admisibilidad o inadmisibilidad en la sentencia interlocutoria Nro. 217/08 (ver fs. 200/201), como tampoco la oposición de la citada en garantía a la prueba ofrecida. En consecuencia, -añade-, mal puede tratarse en el auto de apertura a prueba las oposiciones respecto de la prueba pericial accidentológica, cuando no hubo pronunciamiento respecto del hecho nuevo que generara su ofrecimiento.----------

--- Afirma que el argumento más sólido para la nulidad invocada lo da el nulidicente al invocar que se violó su derecho de defensa, en tanto la demanda se respondió en base a la narración y ofrecimiento de prueba de la actora, con lo cual el posterior ofrecimiento y recepción le ocasiona perjuicio evidente al producir la indefensión de su parte. Resalta que al contestar el traslado de ampliación de prueba (fs. 191/192vta.) la citada en garantía lo hace en referencia a su posición respecto de la inexistencia del nuevo hecho. Añade que no le fue notificada a la citada en garantía la sentencia interlocutoria Nro. 217/08, obrante a fs. 201/202 de autos.----------

--- II.- A fs. 485/487 y vta. el apelante se agravia porque la sentencia impugnada incurre en una parcialidad manifiesta, pues priva a su parte, en un proceso de daños de una prueba fundamental ya concedida que debía determinar la mecánica del hecho dañoso. Afirma que la decisión adoptada viola preceptos constitucionales, el derecho de defensa, la amplitud probatoria, el debido proceso y la preclusión procesal que se viene respetando en las decisiones de Alzada, con excepción de este caso.----------

--- Resalta que el incidentista se opone a la ampliación de la prueba pero nada dice sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del hecho nuevo, ni requiere resolución al respecto. Refiere que la incidentista no utiliza las facultades previstas por el art. 459,

párrafo segundo del rito, para proponer otros puntos de pericia u observar la procedencia de los mencionados por quien ofreció la prueba. Sostiene que no existió indefensión porque a fs. 275vta. la sentencia interlocutoria Nro. 192/10, describe como podía ejercer su derecho la parte demandada controlando la prueba.----------

--- Sostiene que su parte no mutó la demanda, sino que ante los nuevos hechos alegados al contestar demanda amplió la prueba ofrecida. Aduce que no existió un nuevo relato o nuevo hecho alegado por su parte.----------

--- Añade que el nulidicente nunca dijo ni insinuó resolución alguna sobre admisibilidad o inadmisibilidad del hecho nuevo, sino que se limitó a oponerse a una prueba alegando violación de su derecho de defensa en juicio. Que la referencia a la falta de conocimiento de sentencia interlocutoria Nro. 217/08, (fs. 201/202) por parte de la citada en garantía, nada tiene que ver toda vez que se resolvió una cuestión planteada entre la actora y los codemandados sin participación de la garante.----------

--- Señala la necesidad de producir la prueba pericial accidentológica utilizando los fundamentos que tuviera en consideración el juez de grado para ordenar su producción. Menciona que la decisión adoptada por el magistrado no indica citas legales, doctrinarias o jurisprudenciales en su apoyo. ----------

--- III.- Corrido el pertinente traslado del memorial de agravios a la incidentista, a fs. 492/493 y vta. la citada en garantía lo contesta. Señala que carece de fundamento la queja del apelante respecto a la parcialidad en el pronunciamiento, que sólo priva a la agraviada de una prueba fundamental ya concedida.----------

--- En respuesta al segundo agravio que en forma generalizada refiere a la violación de derechos constitucionales, sostiene que es una simple expresión dogmática carente de base técnica y de la precisión necesaria.----------

--- En relación al agravio de los apelantes relacionado con la privación del derecho y sin fundamento de una prueba técnica, responde que no existe ninguna regla procesal que autorice, que por tratarse de un proceso de daños y perjuicios, a conculcar el derecho de defensa en juicio, ni a ofrecer pruebas cuando se considera conveniente, ni argumentar que se trata de nuevos hechos cuando no lo son, con el fin de pretender encubrir omisiones en las que se incurrió en la etapa procesal oportuna.----------

--- Sostiene que su parte negó el carácter de hecho nuevo que atribuyó la actora a la contestación de la demanda al contestar el traslado que se le confirió. Añade que la nulidad se articuló en relación a la ampliación de prueba solicitada que no había sido oportunamente ofrecida al interponer la demanda. Y resalta que es respecto de la prueba pericial ofrecida oportunamente que se pueden observar los puntos de pericia propuestos y proponer nuevos, pero en el caso la prueba no fue ofrecida en la oportunidad debida. ----------

--- Señala que su derecho de defensa en juicio se ve afectado porque la contestación de demanda se realiza de acuerdo con el hecho relatado por la actora, y lo basó en la

pericia realizada en sede penal sin advertir que el mismo perito al declarar como testigo de algo que no vio, dio un relato distinto de cómo sucedieron los hechos sin fundamentar sus dichos técnicamente, sólo realizó un relato para justificar sus gravísimos errores en ocasión de hacer la pericia técnica, la que debió modificar debido a las declaraciones de los testigos del hecho que declararon en sede penal.----------

--- Refiere que el apelante incurre en generalidades para concluir siempre en que hubo parcialidad del juez, cuando en realidad el “a quo” fundó su decisión señalando que se ordenó la prueba pericial accidentológica sin antes haber resuelto la oposición al hecho nuevo alegado por el apelante. Indica que la sentencia interlocutoria Nro. 192/10, que no le fuera notificada nada resolvió respecto del hecho nuevo alegado.----------

--- Aduce que no se dice en qué consiste el desinterés en descubrir la verdad material, amplitud probatoria y la preclusión procesal que señala el apelante, y concluye que todo lo dicho, carece de crítica concreta a los puntos que supuestamente le causan agravio al apelante, lo cual demuestra la insuficiencia técnica del memorial de agravios.----------

------ IV.- En orden a la suficiencia de los fundamentos expuestos por el apelante, si bien se hace cargo solo vagamente del razonamiento efectuado por el 'a quo', refiriendo que el juez de grado ha incurrido en parcialidad y se han conculcado claros preceptos constitucionales, negando la producción de una prueba pericial fundamental para la solución del litigio, a criterio de este tribunal el memorial de fs. 485/487 y vta. contiene una crítica concreta y razonada de las conclusiones a las que arribara el 'a quo' en su pronunciamiento de fs. 417/420, ajustándose a las exigencias establecidas por el art. 268, Anexo “A”-Ley XIII, Nro. 5, ello sin perjuicio del análisis que en definitiva se haga de los agravios esgrimidos.----------

--- Asimismo, si alguna duda hubiese al respecto, en un entendimiento proclive a habilitar el conocimiento del recurso en la Alzada ha de considerarse suficiente el cuestionamiento esbozado, máxime cuando, atendiendo a los graves efectos que prevé la ley ante la insuficiencia técnica de los agravios, ha de preferirse una posición “tolerante” más acorde con la garantía constitucional de defensa en juicio (Conf. Morello – Sosa – Berizonce, “Códigos Procesales …”, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot 1.988, T. III, pág. 362, jurisp. cit; íd., C.N.Com., Sala C, 22/09/78, L.L., 1978-D-674).-----

--- V.- Pasando al análisis de los fundamentos esgrimidos por el apelante es de señalar que el principio de finalidad propio de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y sus derechos consagrada en los arts.18 de la Constitución Nacional y 44, párrafos primero y segundo de la Constitución Provincial, y en los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional con jerarquía superior a las leyes por el art. 75, inc. 22.----------

--- En tal sentido, Alsina ha señalado “donde hay indefensión hay nulidad, si no hay indefensión no hay nulidad“, Podetti indica que el objeto de las nulidades del procedimiento “es el resguardo de una garantía constitucional”, Palacio sostiene que la finalidad de las nulidades es “asegurar la defensa en juicio de la persona y sus

derechos", Amaya considera que el fin es "garantizar el debido proceso y entiende por tal el procedimiento realizado sin desmedro y agravio para el derecho de las partes" (Conf. Alberto Luis Maurino "Nulidades Procesales", Ed. Astrea,1999, pág. 37). ----------

--- Asimismo, la jurisprudencia, nuestros tribunales y los códigos procesales vigentes se han expedido y se rigen conforme con lo expresado.----------

--- Al respecto, se ha señalado que la existencia de perjuicio que habilita el planteo de nulidades procesales, debe concretarse en el quebrantamiento del derecho al debido proceso, es decir la indefensión tiene que concretarse en una situación de la cual fluya directa y necesariamente, la imposibilidad de hacer valer los derechos, lo cual irroga un perjuicio irreparable (Esta sala, SIF 029/2010).----------

--- Por ello, siendo que la finalidad del respeto por las formas es asegurar la defensa en juicio, se advierte que en el sub exámine no se ha respetado el debido proceso al disponerse la producción de una prueba ofrecida fuera de la oportunidad procesal prevista a tal fin. Ello así, toda vez que el "a quo" al disponer la prueba no consideró la temporaneidad de su ofrecimiento respecto a la cuestión planteada entre las partes en relación a si la afirmación de la parte demandada y la citada en garantía referida a que el camión no había tocado a la actora, era un hecho nuevo alegado al contestar demanda o la negativa a un hecho aducido por la actora, y dicha prueba fue ofrecida por la actora en el marco de lo que consideró un hecho nuevo alegado por los demandados en su contestación de demanda.----------

--- Esta circunstancia provoca un perjuicio real y concreto al nulidicente, en cuanto admite a la parte actora disponer del proceso conforme su arbitrio, produciendo una prueba ofrecida fuera de la oportunidad procesal correspondiente, en detrimento de lo dispuesto en el art. 490, segundo párrafo del Anexo "A" Ley XIII, Nro. 5, en cuanto establece que con la demanda, la reconvención y sus contestaciones deberá acompañarse la prueba instrumental y ofrecerse la restante.----------

--- Ello sin perjuicio que el juez a quo a fs. 274/279, trató la oposición a la prueba pericial accidentológica (fs. 275 in fine/ 275 vta.), sin embargo lo hizo de modo confuso y contradictorio refiriéndose a "los propios codemandados" señalando de modo general la necesidad de su producción, y asimilando esta prueba a la instrumental –causa penal- ofrecida por la parte demandada y la citada en garantía, sin tratar el carácter del hecho base de la prueba ofrecida, y regula honorarios por la incidencia solamente a los Dres. M., A., S. y A., (ver punto VI, fs. 276).----------

--- En tal sentido, la actitud asumida por la parte demandada y citada en garantía referida a la negativa de un hecho afirmado por la parte actora, no constituye una alegación nueva al marco fáctico propuesto por la actora, sino el cumplimiento de una carga procesal, la prevista específicamente en el art. 360 del rito, que reza: "En la contestación…el demandado…Deberá, además: 1. Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda...".----------

--- En efecto, el conocimiento de la verdad no puede obtenerse a cualquier precio, y el gran desafío del jurista es establecer cuáles son los límites frente a los cuales el juzgador debe detenerse a fin de no entrar en el terreno de la ilicitud. El juez, muchas veces, debe prescindir de una prueba producida aun cuando ella sea fundamental para la solución del litigio; incluso eliminará la denominada prueba científica, calificativo que autoriza a pensar en la eficacia de ella frente a otra que no tiene el mismo valor. Ello lo hace cuando considera que se han violado principios fundamentales del proceso o garantías constitucionales... (Revista de Derecho Procesal, “Nulidades” – Ed. Rubinzal-Culzoni - 2007-1, Roland Arazi, “Nulidad y Prueba”, pág. 89).----------

--- En tal sentido, es de señalar que dentro de los requisitos de procedencia de la nulidad procesal se observa el principio de trascendencia, desde que no es posible nulidad alguna sin que exista desviación trascendente y el interés jurídico en la declaración derivada del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular, siendo que la invalidación debe responder a un fin práctico (SIC 177/02, 139/09, SIF 029/10, entre otras).----------

--- En consecuencia, no ha incurrido el juez de grado en parcialidad ni ha vulnerado derechos y garantías constitucionales (debido proceso, amplitud probatoria y preclusión procesal) al pronunciarse decretando la nulidad parcial del auto de apertura a prueba resuelto por sentencia Nro. 192/10 (fs. 274/279), en relación al incidente sobre oposición de la prueba pericial accidentológica y su consecuente admisión en el punto VII – Pericial accidentológica de fs. 277 y vta., sino que advertido temporáneamente, ante la nulidad planteada por la citada en garantía, esto es, antes de que adquiriera firmeza el auto que ordenó la producción de la prueba, tomó la decisión correcta a fin de sanear el vicio de procedimiento en el que se había incurrido.----------

--- Por ello, corresponde desestimar los agravios del apelante, y por ende confirmar la decisión venida en apelación en todo cuanto fuera motivo de agravio.----------

--- Conforme la conclusión a la que se arriba, las costas de Alzada se imponen a la actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota que impera en materia de costas (art. 69 Anexo “A”, Ley XIII, Nro. 5), y se regulan honorarios en mérito a la eficacia de la labor desarrollada y al resultado obtenido, al Dr. R. L. en el 30% de los que a su favor le fueran regulados en la instancia anterior, y a los Dres. N. O. M. y P. O. A., en conjunto en el 25% de los que a su favor le fueron regulados en la instancia anterior (Arts. 5, 6, 8, 13, 32 y conc. de la ley de arancel). En todos los casos con más el I.V.A. pertinente.----------

--- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- I. Confirmar el decisorio de fs. 417/420.----------

--- II. Imponer las costas de Alzada a la parte actora vencida.----------

--- III. Regular los honorarios del Dr. R. L. en el 30% de los que a su favor se regularon en la instancia anterior, y a los Dres. N. O. M. y P. O. A., en conjunto, en el 25% de los

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

que a su favor les fueron regulados en la instancia anterior (Arts. 5, 6, 8, 13, 32 y conc. de la ley de arancel). En todos los casos con más el I.V.A. pertinente.----------

---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2011 - SIC.- CONSTE -

cg

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA