Comodoro Rivadavia, de julio de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados:**"Q. S. H. y Otro c/ E. M. S. P. de P. M. M. M. y/u Otros s/ DEMANDA LABORAL (diferencia de Haberes e indemnizaciones)" Expte. N ° 237/2012,** venidos del Juzgado de Primera Instancia Laboral N ° 1 (Expte N ° 4517/2007), por haber interpuesto la actora a fs. 176, recurso de apelación contra la sentencia de fs. 172/173vta. que, declara la nulidad del decreto de apertura a prueba y de los actos posteriores que fueran consecuencia del mismo.

I.- A fs. 178/183, sostiene la recurrente que la decisión transgrede el principio de congruencia. Manifiesta que la demandada no pidió la nulidad y no invocó el perjuicio sufrido. Alega que del pedido que se resuelva al advertir la falta de notificación de la apertura a prueba no se equipara a un pedido de nulidad. Agrega que la vaguedad de los términos utilizados impidió dar respuesta sobre la nulidad que se declara posteriormente. Afirma que los actos fueron consentidos por la actora que no promovió incidente de nulidad en tiempo y forma. Sostiene que se vulnera su derecho de defensa. Aduce que no es aplicable el precedente jurisprudencial utilizado por la jueza por no tratarse de casos similares. En caso de mantenerse la decisión, solicita se limite la declaración de nulidad y se mantenga la validez de la prueba informativa y documental en poder de terceros a fin de evitar un dispendio jurisdiccional. Critica la imposición de costas. Hace reserva del caso federal y de recurrir ante organismos internacionales.

II.- De las constancias de la causa surge que los actores interponen demanda a fs.40/50 contra Establecimiento M. S. P. de P. M. M. M., M. S. P. S.R.L. en formación, J. C. y R. M. L., en reclamo de las sumas e indemnizaciones que individualizan en el punto IV (fs. 44/44vta).

Contestan M. S. P. S.R.L. a fs. 75/77vta., y J. C. C. a fs. 78/80vta., oponen excepciones de prescripción y falta de legitimación pasiva, ofrecen prueba.

A fs. 81/81 vta. se realiza audiencia de conciliación, fracasada la misma se tiene por contestada la demanda y ratificada la prueba ofrecida por los codemandados.

A fs. 92, se presenta M. M. M. P. y a fs. 106 se declara la rebeldía de la codemandada R. M. L..

A fs. 109, la actora solicita se abra a prueba la causa, pedido que reitera a fs.113 y 121.

A fs. 122, el 10 de marzo de 2011 se dicta el auto de apertura a prueba y se ordena su notificación personalmente o por cédula.

A fs. 122 vta. la parte actora se notifica personalmente y a fs. 123 solicita se provean las pruebas ofrecidas por su parte.

En respuesta, el tribunal dicta el decreto de fs. 124 que provee las pruebas ofrecidas por la actora y los demandados.

Se fija fecha de audiencia testimonial a fs. 126, se libran oficios a fs. 128/131, correspondientes a la prueba de la actora.

A fs. 135 y 136, se agregan dos cédulas de notificación dirigidas a los codemandados C. y M. S. P. SRL, sin diligenciar.

Contestan los informes requeridos el Correo Oficial, a fs.139/147, la Inspección General de Justicia, a fs. 151/152; la AFIP a fs. 154/156.

A fs. 158, se realiza la audiencia testimonial ofrecida por la actora. A fs. 159, se tiene por desistida a la demandada de su prueba testimonial. A fs. 161, la actora solicita nueva fecha de audiencia testimonial a fin que declare el testigo J. A. F..

A fs. 161, la letrada de los demandados advierte de la falta de notificación del auto de apertura a prueba y solicita dado que ha tomado conocimiento de dicha situación en ese mismo acto, se resuelva el estado de la causa a los fines de no alterar el estado natural del proceso.

A fs. 162, se corre traslado de la manifestado a la parte actora que se notifica el 14 de octubre de 2011 (fs. 167).

Continúa el trámite del proceso y la realización de las audiencias testimoniales fijadas (fs. 168).

A fs. 170, los demandados solicitan se resuelva la incidencia y se decrete la nulidad de lo actuado.

A fs. 172/173, se dicta la sentencia interlocutoria aquí recurrida que declara la nulidad de la apertura a prueba y de los actos procésales sucesivos.

III- Es sabido que, los actos procésales se hallan afectados de nulidad cuando carecen de algún requisito que les impide lograr la

finalidad a la cual están destinados, o por la existencia de un vicio que afecte a dichos requisitos (Cf. CN Civ., Sala B, R.270.320 del 20/4/81).

El objetivo al que tienden éstos no es otro que proteger el adecuado ejercicio del derecho de defensa, y determinada una desviación que coarta esta garantía, como la omisión de actos esenciales del proceso, la nulidad debe ser declarada.

Ello así, la notificación no solo debe efectuarse con las formalidades de ley sino que además debe efectuarse en tiempo oportuno para conocer el acto judicial.

En el caso se decretó la apertura a prueba de la causa (fs. 122) y se ordenó notificar personalmente o por cédula requisito que la actora ni el tribunal cumplieron (arts. 493,363,364 C. Pr. y Art. 44 Ley XIV N ° 1).

Es más, se continuó el trámite del proceso, se produjo prueba de la actora sin que se notificara o diera intervención a los demandados.

La jurisprudencia al respecto a dicho: "Si se halla patentizada la privación de intervenir en el desarrollo de la causa y controlar la prueba producida por la contraria, aflora dócilmente el menoscabo a la garantía constitucional de defensa en juicio, por cuanto el proceso no puede constituirse en una caja de sorpresas, y si la prueba ha de llevarse ha cabo con el debido contralor de la contraria, va de suyo que cualquier desviación que impida su asistencia ha de purgarse con la sanción de la nulidad (arts.18, Const. Nacional; 169 a 172, Cód. Procesal) (Cám.2° Civ. y Com. La Plata, Sala I, 19/2/01, elDial-W14462).

La falta de notificación del auto de apertura a prueba es un hecho reconocido por la actora que se corrobora con las constancias del expediente; la falencia detectada afecta el debido proceso y derecho de defensa de las partes que por su entidad habilita la declaración de nulidad aún de oficio (Art. 34 inc 5° C. Pr).

El Dr. Enrique M. Falcón, con cita de jurisprudencia tiene dicho que: "Los hechos que pueden servir de fundamento de la pretensión, contradictorios, son los que en principio permiten recibir la causa a prueba... Dicha recepción se realiza mediante el auto de apertura a prueba, una vez concluida la etapa introductiva o instructoria. Este auto, providencia simple o resolución simple, contiene la orden de abrir la causa a prueba y el período de la misma (Art.367). Debe notificarse personalmente o por cédula (Art.135, inc.4°). La apertura a prueba es la regla –como conducta procesal- más acorde con la amplitud que debe reconocerse al principio de la defensa en juicio" (Código Procesal Civil y Com. De la Nación, Ed. Abeledo Perrot-1989-tomo III, pág.122).

La jurisprudencia ha resuelto que: "Es nulo lo actuado a partir del auto de apertura a prueba, si no se lo notificó personalmente o por cédula, pues en virtud del principio de igualdad, ambas partes deben gozar del derecho de producir prueba y no sólo una de ellas, pues se violaría el derecho de defensa en juicio" (C. Apel. Civ. Com. Paraná, Sala II, 20/9/73).

Reparase que la ley de procedimientos laboral remite a las normas del proceso sumario que, con relación a la prueba establece que la notificación es de oficio y por cédula (Art. 493) conforme con las

disposiciones y normas procésales que prevé la norma del Art. 137 inc 4°.

No cabe duda que al no haber tomado oportuno conocimiento del acto de apertura a prueba como de su proveimiento, se vulnera el derecho de defensa en juicio e igualdad entre los litigantes.

Los argumentos de la actora no alcanzan a desvirtuar los esgrimidos por la sentenciante y la entidad del vicio denunciado que como se señaló habilita la declaración de nulidad de oficio.

Con relación a la prueba informativa y documental en poder de terceros producida, teniendo en cuenta la naturaleza de la misma y los motivos invocados por la recurrente se mantiene su validez sin perjuicio del contralor de la parte en el plazo de ley.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución de fs.172/173 con la excepción antes señalada.

Respecto de las costas, se advierte que la actora solicitó la apertura a prueba y omitió notificar la misma, trámite que no fue debidamente controlado por el tribunal a pesar de los deberes a su cargo (Art. 34 y 493 C. Pr.) razón que autoriza un cambio de criterio imponiéndose las costas por su orden.

IV.- Por los mismos fundamentos que en la instancia de grado, las costas de la Alzada se imponen por su orden (arts. 69 y 70 y ss del C. Pr.), procediendo a la regulación de honorarios a los profesionales actuantes de acuerdo a los porcentuales previstos por el Art. 13 de la ley arancelaria.-

Por ello, la **Sala A** 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) Rechazar parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 176 y confirmar parcialmente la resolución de fs. 172/173vta., con la excepción señalada en el considerando pertinente.

2) Imponer las costas de ambas instancias por su orden. Regular los honorarios de los Dres. L. F. M. y P. F. T. en el 25% de los correspondientes a la incidencia de grado.

3) Tener presente las reservas formuladas a fs. 123.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase. La presente se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí Alonso y haber concordado en la solución del caso (ley V N ° 17 D. J. Ch.).-