Trelew, de marzo del año dos mil trece.----------

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

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 377, contra la sentencia definitiva dictada a fs. 369/375vta., concedido a fs. 378, es fundado a fs. 381/382vta., corrido traslado a la contraria a fs. 383, lo contesta a fs.385/389vta.----------

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

--- I.- A fs. 382, Punto III-A, en su expresión de agravios, el demandado manifiesta que atento lo resuelto por el a quo respecto del rechazo de la impugnación que su parte realizara en la instancia de origen con relación al informe pericial del contador O., mantiene los fundamentos de la impugnación, tal como lo explicitara en el punto II 2) de los agravios. Considera necesario que la prueba se produzca con los elementos que el perito realmente requería, esto es las normas legales y/o convencionales que determinaban un rubro no remunerativo, que como se dijera los podía conseguir requiriéndolos ante un organismo administrativo. Refiere que la obtención de esas normas era y es independiente de la pérdida de la documentación laboral, que su parte denunciara.----------

--- Afirma que la producción de la prueba exigiendo al perito que indague sobre las normas legales o convencionales a las que hace referencia es de suma importancia, a los efectos de poder arribar al monto real de remuneración sobre el cual, eventualmente debería calcularse la indemnización en caso de confirmarse la sentencia.----------

---- Asimismo en el punto III-B, manifiesta que conforme la tesis esgrimida y sus fundamentos -como surge de la causa- la persona que presenció el hecho que fundó el despido del actor es el Sr. C. F. cuyo testimonio no fue posible adquirir en la instancia de origen. Agrega que el carácter de único testigo del hecho amerita el replanteo de prueba, so pena de incurrir en un exceso ritual manifiesto que nos impedirá llegar a la verdad material en esta causa.---------- II.- A fs. 388/389, en el punto V de la contestación de agravios la parte actora manifiesta que es improcedente el replanteo de prueba solicitado por la parte demandada.----------

---------- Sostiene con cita de un antecedente de esta Alzada que la apertura a prueba en segunda instancia es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva, y que tal carácter se acentúa cuando la prueba cuya producción se pretende se ha ofrecido en la instancia anterior y no se advierte y tampoco se han invocado ninguno de los supuestos que habilitan el replanteo de prueba.---------- Afirma que no puede prosperar la petición de replanteo de prueba testimonial del Sr. F., ofrecido por la demandada, toda vez que el citado testigo ha sido desistido en la producción de la prueba testimonial por la misma demandada (fs. 325- informe de actuario). Añade que de ninguna manera por la propia actividad procesal desplegada en la instancia anterior, en miras al principio de preclusión y de adquisición, puede progresar el replanteo de la testimonial ante la Alzada de un testigo que la demandada desechó y

desistió en su producción ante el a quo. ----------
Sostiene que al desistir del testigo la parte demandada demostró su real desinterés en la importancia de que deponga, pareciendo que ahora de modo tardío recuerda que es de vital importancia, cuando ante la instancia anterior desistió por no considerar relevante su deposición en autos, marca que su inactividad procesal en aquella instancia no puede ser suplida en esta instancia de revisión, teniendo en miras que por la exclusiva voluntad de la demandada no se produjo la citada prueba. ----------
---- Respecto de la prueba pericial contable reedita los fundamentos esbozados al contestar el memorial de agravios. Afirma que no existe mérito procesal que enerve la apertura de la causa ante la instancia revisora con el fundamento del apelante de que el perito indague sobre las normas legales o convencionales a las que hace referencia para arribar al cálculo indemnizatorio.----------
--- Añade que la pericia plasma y agota el fundamento en el inicio de la presentación y en las conclusiones a las que arribó el experto donde aduna las notas dirigidas a la empresa para que justifique el pago como no remunerativo del adicional del cuarto renglón del recibo de haber del actor.----------
---- Refiere que la petición del perito obedece a que el acta acuerdo que regula la actividad del sector, no viabiliza y mucho menos legitima el pago del citado adicional con el carácter no remunerativo, por ello se corrió vista y acreditación de la justificación de tal hecho en cabeza de la demandada, adjuntando una simple exposición del extravío y quema de documentación laboral relevante. Añade que en nada justifica dicha circunstancia la inacción de la agraviada, donde siquiera expone en la apelación, la norma convencional en la que se apoya para abonar el rubro mencionado en negro, en franco deterioro a los derechos de su mandante y en fraude a la ley.----------
--- III.- En numerosas oportunidades esta Alzada se ha pronunciado señalando que el replanteo de prueba es de carácter excepcional y de aplicación restrictiva y es aplicable sólo a los procesos ordinarios y sumarios en los cuales el recurso se concede libremente (args. arts. 245, segundo párrafo y 263 CPCC).----------
---- En virtud de lo expuesto en el párrafo precedente, el replanteo de la prueba en la Alzada que autoriza el inc. 2º del art. 263 del CPCC, además de ser fundado debe estar necesariamente referido a las medidas probatorias que hubieran sido denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiera mediado declaración de negligencia, extremos que no se encuentran presentes en el sub-exámine.----------
--- En efecto, el replanteo de prueba es un instituto para ser utilizado cada vez que se prive a alguna de las partes de la producción de una prueba, en forma arbitraria, errónea o injustificada.----------
--- Pero es del caso, que el presente es un proceso laboral sujeto a la ley XIV Nro. 1, que en su art. 23 establece que cuando el Juez estimare improcedente alguna medida de prueba ofrecida por las partes, podrá denegar su producción mediante resolución fundada, la que será apelable conjuntamente con la sentencia en los casos en que el

recurso sea procedente contra ésta.----------

--- No obstante, que lo señalado constituye fundamento suficiente para denegar el replanteo de prueba solicitado, cabe añadir que respecto de la prueba testimonial de C. F., conforme surge de las constancias de fs. 316 se ordenó la citación del testigo por la fuerza pública por providencia de fecha 20/05/11, fijándose la audiencia para el día 28/09/11 sin que la parte demandada realizara ninguna diligencia tendiente a lograr su comparencia a la audiencia fijada, de modo tal que conforme constancia de fs. 325, la parte actora solicitó se tenga por desistida a la demandada de la producción del testimonio de C. F., proveyéndose de conformidad a fs. 326, providencia firme y consentida por la hoy peticionante del replanteo de prueba.----------

- Aclárase que con anterioridad ya había sido solicitada por la parte demandada audiencia para hacer comparecer al Sr. C. F. por la fuerza pública, fijándose audiencia para el día 17/11/10 (fs. 247), posteriormente la parte demandada solicitó se fije nueva audiencia a fs. 287, ordenándose audiencia para el día 17/05/11 (ver fs. 288). Es decir, con posterioridad a celebrar tres audiencias en las que se citó al testigo por la fuerza pública el juez de grado decidió tener a la parte oferente por desistida del testimonio, a pedido de la parte contraria, circunstancias que denotan la inactividad que ahora se pretende subsanar mediante su pretendido replanteo.---------- Es que, el peticionante, debió apelar puntual y autónomamente la providencia que tuvo por desistida a su parte de la prueba testimonial ofrecida, único modo de abrir la competencia de la Alzada sobre el tópico, y no acudir al instituto de replanteo directo, inaplicable al supuesto de denegatoria de pruebas dentro del proceso laboral.----------

--- Respecto a la prueba pericial contable ordenada, la parte demandada consintió la designación del perito contador R. O. para su realización, e impugnó el dictamen, de modo tal que la realización de una nueva pericia contable solicitada por el apelante no se halla comprendida en el supuesto regulado por el art. 23 de la ley XIV nro. 1.----------

---------- De lo expuesto, se infiere que las pruebas que se peticionan no han sido objeto de denegación en la instancia anterior, sino que la testimonial no se produjo por falta de diligencia de la parte oferente y la restante se produjo. En tal sentido, el pedido de producción de prueba ante esta alzada no se ajusta ni a lo dispuesto por el art. 23 de la ley XIV Nro. 1, ni a lo normado por el art. 263 del CPCC, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto por el art. 73 de la misma ley, por lo que no ha de hacerse lugar al mismo.----------

--- En consecuencia por los fundamentos expresados, la petición del apelante es desestimada.----------

--- Lo expuesto, se decide sin perjuicio de las facultades instructorias que en virtud del art. 36, inc. 2º del C.P.C.C. posee este Tribunal, a fin de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos; norma que admite, que el material probatorio incorporado al proceso por las partes, sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

judicial (Lino Enrique Palacio, "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, T. II, p g. 263 y ssgts.)(esta sala SIL 101/2000).----------

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

--- I. Rechazar el replanteo de prueba solicitado a fs. 382vta., puntos III-A y III-B.----------

--- Regístrese y notifíquese.----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2013 – SIL.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA