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

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

--- Los recursos de apelación y de nulidad interpuestos a fs. 211 y vta. contra la providencia dictada a fs. 211, concedido a fs. 212, es fundado a fs. 215/217, corrido traslado del memorial de agravios a la contraria a fs. 218, es contestado a fs. 220/222vta.----------

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

--- I.- A fs. 211 el juez de grado resuelve que, sin perjuicio de la fecha de notificación del auto de apertura a prueba (26-04-12) y atento el silencio mantenido por la parte actora respecto del traslado ordenado a fs. 202 y fs. 204, a los fines solicitados a fs. 200/201 y de la formación del correspondiente cuaderno de prueba, intima a la parte demandada para que dentro del término de cinco días de notificada ministerio legis de la resolución que se dicta, acompañe copia del escrito de fs. 171/174 bajo apercibimiento de tenerlo por desistida de dicha prueba.----------

--- II.- Agravia al apelante la decisión del juez de grado, toda vez que sostiene todo traslado se decreta en calidad de autos debiendo el juez o tribunal dictar resolución sin más trámite, y que la falta de contestación del traslado no importa consentimiento a las pretensiones de la contraria.----------

--- Alega que no hay de su parte obligación legal de explicarse conforme el art. 919 del C. Civil, y que su silencio no puede servir de fundamento jurídico para otorgar lo pedido por la parte contraria, que debió dictarse una sentencia interlocutoria fundada y motivada. Cita pronunciamientos de la Corte Nacional y de esta Alzada en los que se resolvió respectivamente sobre la necesidad de que los fallos judiciales deben contener fundamentos serios, y que cuando se trata de una cuestión que recibió sustanciación deben observarse las previsiones genéricas y específicas del art. 163 de la Ley XIII, Nro. 5. ----------

--- Afirma que la petición de la demandada de que se provea la prueba ofrecida extemporáneamente por prematura y no reiterada en la etapa procesal oportuna no puede ser acogida a esta altura del proceso.----------

--- Cita un pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia Provincial que se inclina por sostener que la prueba ofrecida prematuramente debe ser reiterada en la oportunidad correspondiente.----------

--- Añade que el estado de avance del proceso y la desidia demostrada por la demandada durante toda la etapa probatoria, de la que fue debidamente notificada de su apertura y de las audiencias fijadas, no permite retrotraer el proceso a la génesis de la segunda etapa casi concluída, sin menoscabar el derecho de defensa en juicio y de igualdad de las partes.----------

--- Sostiene que proveer la prueba de la demandada en las postrimerías de la etapa respectiva resulta una arbitrariedad que resulta violatoria del debido proceso adjetivo.---

-- Aduce que debió recurrir dentro del plazo de cinco días si pretendía impugnar la

resolución que omitió proveer la prueba prematura ofrecida por su parte.----------
--- III.- A fs. 220/222vta. contesta el memorial de agravios el Dr. O. manifestando que la cita de esta Alzada a la que refiere el apelante se refiere a una cuestión que recibió sustanciación pero no está relacionada ni siquiera remotamente con el ofrecimiento o la producción probatoria.---------- Afirma que el debate opera dentro de las reglas precisas proporcionadas por el sistema dispositivo. Añade que bajo dicho sistema las partes son dueñas absolutas del impulso procesal y pueden disponer libremente de los actos procesales establecidos en interés propio. Agrega que el juzgador no puede suplir o corregir estos actos procesales porque está obligado a respetar el mandato constitucional de mantenerse imparcial.--------- En tal contexto señala que corresponde darle al silencio un valor asertivo, ya que no tiene sentido discutir con aquel que no está interesado en hacerlo, basta que el sistema asegure que a ambas partes se le otorgó la posibilidad de contradecir para que los derechos y garantías queden a salvo. Señala que ante la inexistencia de controversia no hay que dictar resolución interlocutoria que deba dirimir nada.----------
--- Respecto al fondo de la cuestión, esto es, el ofrecimiento prematuro de prueba resalta que en el fallo citado por el Superior Tribunal de Justicia que cita el apelante, el ofrecimiento de la prueba estaba contenido en el escrito de contestación de demanda que había sido devuelto por ser presentado fuera de término.----------
--- Refiere a antecedentes de esta Alzada, (sentencias interlocutorias 63/95 y 06/05) en las que se asumió una postura más flexible, sosteniendo que la norma que dispone que las pruebas deben ofrecerse dentro del plazo de diez días, está dirigida más a concluir una etapa del proceso que a señalar al ofrecimiento de prueba un orden determinado en la sucesión de las actividades procesales, pues en verdad, el ofrecimiento anticipado de la prueba no perturba el buen orden del juicio ni causa agravio a la contraparte.-------
--- Añade citas jurisprudenciales en las que se sostiene que tratándose de la prueba deben evitarse rigorismos formales que pudieran comprometer su ofrecimiento o producción ya que el proceso no puede implicar la frustración de la verdad real.----------
--- Sostiene que el único interés real de la parte actora es concluir rápidamente con la etapa probatoria, toda vez que el ofrecimiento prematuro de prueba como sostiene esta Alzada es totalmente procedente.----------
--- Aduce que es falso que producir prueba no tendría ningún sentido cuando está en juego la verdad material y el derecho de defensa de la demandada.----------
--- IV.- Cabe comenzar el análisis de la cuestión debatida en autos, estableciendo primero si la vía intentada por el impugnante se ajusta a derecho.----------
--- El recurso de apelación se interpone con motivo de una providencia dictada por el juez a quo el 10 de octubre de 2012 por la cual se intima a la demandada a que en el plazo de cinco días acompañe copia del escrito de ofrecimiento de prueba que realizara al contestar demanda bajo apercibimiento de tenerla por desistida de ofrecer prueba (ver fs. 211).----------

--- A su vez, conforme surge de fs. 3 del cuaderno de pruebas actora, -agregado por cuerda a los presentes autos- esta parte ofreció su prueba el 18 de mayo del 2012, le fue proveída el 23 de mayo del mismo año, y al momento de dictarse la providencia apelada, se habían producido: 1) la prueba testimonial y desistido de la restante, 2) parcialmente la informativa y 3) se había solicitado la designación de perito contador.----
--- El proceso se divide en etapas, una vez cumplida una etapa se accede a la siguiente sin que sea posible retrotraer las actuaciones a etapas anteriores ya cumplidas, ello hace a la seguridad jurídica y al derecho de defensa en juicio de las partes.----------
--- En tal contexto se deduce que la petición de la demandada respecto a que se ordene la producción de su prueba, su sustanciación y posterior decisión producida en oportunidad de encontrarse avanzada la etapa de producción de pruebas y ya cerrada la etapa de su ofrecimiento, constituye una distorsión de los requisitos rituales relacionados con el modo de actuación del juez y las partes en el aspecto meramente procedimental. Ello así, las actuaciones producidas respecto a aquella petición se producen fuera de la etapa procesal correspondiente, configurando un vicio en el proceso que debió ser atacado por vía de incidente de nulidad.----------
--- En efecto, en la sentencia interlocutoria ejecutiva Nro. 47/12, esta Sala señaló que hay que distinguir el recurso de nulidad del incidente de nulidad. En primer lugar, el recurso de nulidad se halla implícito en el recurso de apelación y procede cuando la sentencia adolece de vicios o defectos de forma o construcción, que la descalifican como acto jurisdiccional, es decir si se dictó sin sujeción a las reglas de tiempo, lugar y forma, prescriptas por la ley adjetiva. Los motivos pueden ser de diversa índole, tales como: a) lo atinente a la fecha del fallo, b) ausencia de la firma del magistrado, c) déficit en la constitución del tribunal, d) ausencia de motivación entre otros supuestos. Y para poder incoar este medio recursivo debe fundarse en el momento oportuno y han de cumplirse los demás requisitos de admisibilidad de la apelación (el resaltado nos pertenece) (Juan Carlos Hitters, “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Librería Editora Platense, 2da. Edición,, págs. 532 y sigs., en el mismo sentido, De Santo, “Tratado de los Recursos, Tomo I, Ed. Universidad, “Recursos Ordinarios”, pág. 454).---
--- Y se añadió, que procede el recurso de nulidad en el caso de que la sentencia presente vicios en su construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, en particular, cuando ha sido pronunciada sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, vale decir, de irregularidades que afectan a la sentencia “en sí misma” (conf. CN. Civ., Sala C, 5/2/89, JA, 1989-IV-82; entre otros). Se trata de vicios que afectan a la resolución misma, defectos nacidos en la construcción del decisorio y que vinculan la sentencia con la teoría de la nulidad (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 889) (esta Sala, voto del Dr. De Cunto, SDC Nro. 003/12).----------
--- Se dijo que, el incidente de nulidad procede para reparar los vicios de procedimiento, para obtener tal declaración respecto de cualquier acto procesal realizado durante el

curso de la instancia con anterioridad al dictado de la pertinente resolución (De Santo, “Tratado de los recursos “, Ed. Universidad, pág. 448).----------

--- Es que el recurso de nulidad comprende los vicios u omisiones que contenga la resolución, mientras que el incidente de nulidad constituye el medio idóneo para denunciar las irregularidades procedimentales que precedieron a la sentencia (conf. CN. Civ., Sala A, 11/12/80, LL, 1981-D-599, 36.017-S; íd., Sala D, 13/12/79, LL, 1980-B-290; íd., Sala E, 31/3/78, ED, 78-289; entre otros, esta Sala SDC 03/12). ----------

--- Y ha quedado demostrado en autos, que la petición de la parte demandada con posterioridad a que fueran proveídas las pruebas de la parte actora -oportunidad en la que se inició la etapa de producción de las pruebas-, encontrándose en plena producción, constituyó una irregularidad del procedimiento configurativo de un vicio que debió ser atacado por vía de incidente de nulidad. La omisión de esa vía conduce a concluir, inevitablemente, en que los eventuales vicios quedaron convalidados (arg. arts. 170 y 172 CPCCN.; conf. sala “A”, causas 8309 del 28/10/1980; 1120 del 15/12/1982; 5695 del 15/4/1988; 6736 del 30/6/1989; 8872/92 del 30/4/1993 y sus citas; 842/94 del 24/3/1995; 113 del 10/2/1998; etc.; C. Nac. Civ., sala G. LL-1988-A-161; Palacio, L. E., ob y loc. cits.; Fenochietto, C. E. y Arazi, R., ob. y loc. cits.)(Sala “A”, voto Dr. López Mesa, SDF 001/10).----------

--- En efecto, el art. 371 del CPCC, establece que el plazo de prueba será fijado por el juez y no excederá de cuarenta días, y las pruebas deberán ofrecerse en los primeros diez días. Constituye un plazo común y empieza a correr al día siguiente de quedar consentida o ejecutoriada la resolución que dispuso la apertura a prueba.----------

--- En los supuestos que la prueba se ofrezca prematuramente al contestar demanda, el criterio mayoritario de la doctrina y jurisprudencia a la que adhiere esta sala es flexible en orden a admitir dicha prueba, porque ello importa admitir tácitamente el ofrecimiento para suministrarlo en su oportunidad, salvo que el juez haya rechazado de plano al proveer la contestación de demanda el ofrecimiento de prueba prematura.----------

--- Ello así, si el juez dispone tener presente la prueba ofrecida prematuramente toma para sí el deber de disponer sobre el referido escrito en su momento oportuno (Conf. Cám. 1ª, Sala I, La Plata, causa 139.653, reg. int. 524/69 cit. por Morello, Sosa Berizonce, Cód. Proc...”, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot –1991, Tomo V-A, pág. 118).----------

--- Siguiendo este razonamiento si durante la etapa de ofrecimiento y producción de pruebas una de las partes tardíamente pretende que se ordene la producción de su prueba ofrecida prematuramente, y sin hacerlo como debía en la etapa procesal correspondiente, la decisión del juzgador al respecto es inapelable a tenor de lo dispuesto por el art. 383 del CPCC. ----------

--- En consecuencia por las razones expuestas cabe concluir que los recursos de nulidad y apelación interpuestos a fs. 211vta. fueron mal concedidos.----------

--- Conforme se resuelve, las costas de Alzada se imponen a la actora vencida (arts. 69

y 70 CPCC), y se regulan honorarios al Dr. J. J. O., en mérito a la extensión y resultado de la labor desarrollada en el 0,57% del monto del proceso, y al Dr. M. A. L. en el 0,35% de la misma base económica (Arts. 5, 6, 7, 13, 32 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente.---------- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew **RESUELVE**:---------- I.- Declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad que fueran interpuestos a fs. 211vta.---------- II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (Arts. 69 y 70 CPCC).---------- III. Regular honorarios al Dr. J. J. O. en el 0,57 % del monto del proceso y al Dr. M. A. L., en el 0,35% de la misma base económica, (arts. 5, 6, 8, 13, 32 y concs., ley XIII Nro. 4), en todos los casos, con más el IVA pertinente.---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

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

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA