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

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

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 600 contra la sentencia interlocutoria dictada a fs. 595/597 concedido a fs. 601, es fundado a fs. 604/606vta., corrido traslado del memorial de agravios a fs. 607, es contestado a fs. 610/613.----------

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

--- I.- A fs. 595/597 la jueza de grado resuelve rechazar el incidente de nulidad planteado por la parte demandada a fs. 571/572.----------

--- Para así decidir tiene en cuenta que la nulidad procesal es la sanción por inobservancia de las formas de los actos procesales existentes mientras la invalidez no haya quedado convalidada, y quien promueve el incidente de nulidad deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar en su caso las defensas que no ha podido oponer, dado que no puede admitirse el pronunciamiento de la nulidad por la nulidad misma.----------

--- Refiere que debe acreditarse la existencia de un perjuicio cierto e irreparable y que encuentra que el incidentista no ha cumplimentado con tal extremo, en tanto y en cuanto la impugnación que realiza de las conclusiones efectuadas por el perito volcadas en el acta confeccionada en ocasión de la audiencia cuya nulidad solicita, y que fue tenida en cuenta para el momento de sentenciar echan por tierra el pedido de nulidad, pues claramente ello denota el pleno ejercicio por parte del nulidicente de su derecho de defensa.----------

--- Aclara que no resultan aplicables al caso los arts. 477 y 478 del rito pues como se desprende del citado instrumento de fs. 564/565, lo celebrado no fue una nueva pericia ni un dictamen pericial inmediato, sino una audiencia fijada para que el perito refiera algunas aclaraciones técnicas sobre el tema consultado al testigo M. y que fuera transcripto en el acta de fs. 558 y vta. y considerando la información brindada en la presentación de fs. 561 y vta., es decir la documental requerida en la audiencia celebrada de lo cual se notificaron las partes en ese mismo acto.----------

--- Afirma que de ningún modo se ha tratado de subsanar deficiencia alguna con el traslado de las conclusiones arribadas en la audiencia pues tal irregularidad nunca existió de modo que mal puede subsanarse aquello que se ha elaborado conforme a derecho, pero que la finalidad de aquél fue permitir que las partes ejerzan debidamente el derecho que consideraran correspondiente respecto a las conclusiones de la audiencia.----------

--- Menciona que la audiencia fijada a fs. 562 no mereció cuestionamiento alguno por parte del nulidicente, cuando en la misma fue claramente especificado que se celebraría para que el perito brindara algunas aclaraciones a la magistrada actuante sobre cuestiones técnicas contables en función de los dichos del testigo M. en la audiencia de fs. 558 y vta. y la información que fue presentada posteriormente en autos. Es decir, el nulidicente estaba notificado de la celebración de la audiencia que tacha de nula, de los

términos de la misma, de quien iba a comparecer a ella y de los temas que serían tratados, y reitera que la audiencia era para que diera explicaciones técnicas a la magistrada y no a las partes.----------

--- Añade que una vez celebrada la audiencia se corrió traslado a las partes y el nulidicente la impugna, petición que se tuvo en cuenta para el momento de dictar sentencia, más no solicita explicación alguna por lo que mal puede verse afectado por explicaciones que dice no pudo peticionar.----------

--- II.- Los apelantes sostienen que la resolución dictada les provoca los siguientes agravios: a. Violación del debido proceso adjetivo y del derecho de defensa, toda vez que fueron privados de cuestionar, objetar, solicitar aclaraciones o ampliaciones al perito en el mismo acto de la audiencia, dada la profesión de contadores públicos que ostentan con conocimiento y experticia en la materia.----------

--- b. Alegan que ningún juez puede sostener seriamente que privar a las partes de indagar al perito en audiencia es equiparable a formular una manifestación por escrito, dado que en el primer caso puede ejercerse con mayor amplitud, se puede preguntar y repreguntar, pedir que aclare las razones por las cuales afirma lo que dice, solicitarle que aclare o amplíe algunos aspectos de sus respuestas, al momento de expresarla. ---

--- Afirman que no es lícito que estando afuera de su despacho solicitando participar del acto procesal de la audiencia se haya privado de ese derecho, no es lícito que se haya afectado el debido proceso adjetivo mediante una audiencia “privada” entre la jueza y el perito, cuando pidieron casi a gritos participar de la misma dado el interés que teníamos en dialogar con el perito acerca de las razones y fundamentos de sus opiniones.----------

--- c. Que vieron gravemente afectado su derecho de defensa, dado que les fue impedido realizar observaciones a las respuestas del perito a tenor de las preguntas formuladas de oficio por la Sra. Jueza. ----------

--- Que se sostiene en la sentencia que no se pidió explicación alguna cuando cada impugnación encierra un sin número de pedidos de explicaciones y aclaraciones que se hubieran podido formular al perito en el acto de la audiencia.----------

--- d. Que la resolución refiere que no resultan aplicables los arts. 477 y 478 del rito, que no fue una nueva pericia ni un dictamen pericial inmediato, sino una audiencia fijada para que el perito refiriera algunas aclaraciones siendo ello una distinción impropia.------

--- Alegan que los citados artículos son los que rigen la producción de la prueba pericial, y que se violentó el principio de publicidad de las audiencias previsto en el art. 126, inc. 1 del CPCC, y además la publicidad en ningún caso refiere a las partes, no existen en el proceso audiencias privadas para las partes. ----------

--- Añaden que la Sra. Jueza no da razones en su resolución para apartarse ilícitamente de aplicar las normas pertinentes, limitándose a sostener que los artículos que rigen la práctica de la pericia en realidad no se aplican al caso.----------

--- Sostienen que concurrieron a la audiencia precisamente porque se dijo quienes iban a comparecer y los temas a tratarse. ----------

--- III.- Al contestar el memorial de agravios la parte actora sostiene que durante todo el transcurso del proceso se respetó el contradictorio, que en lo que aquí interesa se fijó audiencia para que el contador M. asista técnicamente a la magistrada sobre el tema consultado al testigo R. M., y que llevada a cabo la audiencia el nulidicente formuló impugnaciones.---------- Sostiene que el nulidicente ejerció su derecho a defensa, atacando y objetando la opinión brindada por el perito, que no se advierte la existencia de perjuicio que alega la parte demandada, por el contrario tuvo frente a sí la posibilidad de ejercer los actos impugnativos y por ello corresponde rechazar la nulidad dado que en la especie no se configuran los presupuestos de viabilidad que hacen a la procedencia de la nulidad intentada. Cita a Alsina quien expresaba que donde hay indefensión hay nulidad, que si no hay indefensión no hay nulidad.----------
Agrega que la carga de indicar el perjuicio debió haberse satisfecho al momento de incoar el incidente, mas no al momento de expresar agravios, y ello conlleva el incumplimiento del recaudo ritual del art. 174 del CPCC y por ende la tácita convalidación del acto presuntamente írrito. Afirma que una nulidad defectuosamente planteada, provoca la caída técnica del planteo y por ende, derivará en la convalidación del acto presuntamente írrito.----------
--- Refiere que no puede declararse la nulidad por la nulidad misma. Cita jurisprudencia en su apoyo. ----------
--- IV.- Cabe principiar señalando que la prueba pericial ha sido objeto de una meticulosa regulación en los códigos procesales, no sólo respecto del número de peritos que habrán de participar en la pericia según sea la materia sobre la que deben de expedirse, sino también respecto de los puntos de pericia a contestar, a la formulación de observaciones y al requerimiento de explicaciones ya sea de parte o bien que el juez las exija o disponga la realización de una nueva pericia o amplíe la anterior, y que específicamente nuestro código procesal contempla en los arts. 461 a 480.----------
--- De las constancias de autos surge que la actora ofreció prueba pericial contable al interponer la demanda y propuso consultor técnico a fs. 119vta., que designado perito contador M. M., una vez aceptado el cargo, presentó la pericia contable a fs. 299/301, que fuera impugnada por los hoy apelantes a fs. 315/318.----------
Posteriormente a fs. 446 y vta. la Sra. Jueza a quo dispone las siguientes medidas para mejor proveer: a) Intimación a la parte actora a presentar documental, b) fijación de audiencia a la que debía comparecer el Sr. M. M. en su calidad de auxiliar y el testigo R. M., c) intimación al Sr. R. V. a fin de que en el término de diez días remita documental, y d) oficio a la Municipalidad de Rawson. Más adelante, a fs. 562 la Sra. Jueza a quo fija audiencia a fin de que comparezca el perito contador M. M. a efectos de que el mismo la asista técnicamente sobre el tema consultado al testigo M., y la información brindada a fs. 561 y vta. por la parte contraria, notificándose personalmente

el letrado a fs. 562vta.---------- El día de la audiencia sostiene el apelante que concurrió a la audiencia al igual que la Dra. K. y no se les permitió el ingreso a la sala, lo que motivó la presentación del incidente de nulidad, como asimismo la impugnación de los temas tratados en la audiencia.---------- V.- La situación fáctica planteada encuadra en el art. 477, cuarto párrafo del rito en cuanto dispone que el juez cuando lo estime necesario podrá disponer que se amplíe la pericia anterior, aunque dogmáticamente la magistrada asevera que no resulta de aplicación esta norma legal, sin dar razón de ello y sin indicar bajo qué orden normativo van a regirse los actos procesales derivados de la decisión que adoptara a fs. 562.---------- Ello es así, porque el pedido de sus explicaciones fue requerida al perito contador designado en autos para que dictamine sobre los puntos que le fueron propuestos, de modo tal que la intervención de este auxiliar de la justicia sólo puede estar comprendida en el marco legal de la prueba pericial, en la especialidad señalada. Nótese que la providencia de fs. 562, ninguna mención a otra disposición del código procesal refiere, de modo tal que es de presumir que se aplicarán las normas previstas para la prueba pericial ante la orfandad de fundamentación legal enderezada a establecer que la audiencia a celebrar no se regiría por dichas normas.---------- VI.- Por otra parte, la inexistencia de perjuicio en la que basa su decisorio, se adelanta que no es tal.---------- En efecto, la impugnación de los apelantes por escrito a las consideraciones realizadas en el transcurso de la audiencia de la que se vieron privados de participar no implica que su derecho constitucional de defensa fue respetado.---------- Cabe considerar que cuando las explicaciones el perito las brinda en una audiencia, las partes podrán ejercer el derecho de postulación si se encuentran asistidas por sus letrados, hallándose también facultados los consultores técnicos, de modo tal que las observaciones a las explicaciones del experto se efectúan en la misma audiencia, expresamente lo dispone el art. 477 segundo párrafo del CPCC para diferenciarla de la modalidad por escrito regulada en el párrafo siguiente lo que importa una abreviación de plazos relevante, más aún en el caso de autos, teniendo en cuenta el llamado de autos para sentencia dispuesto en diciembre de 2011 (fs. 438), luego suspendido a los fines de la producción de las medidas para mejor proveer apuntadas.---------- En consecuencia, si la Sra. magistrada optó por llevar adelante el pedido de explicaciones a través de una audiencia, no ha de alterar el procedimiento posteriormente impidiendo a las partes su presencia en la audiencia para luego correr traslado de lo acontecido en ella, a fin de que se expidan por escrito.---------- En primer lugar porque el Juez está sujeto al principio de legalidad. Este principio implica que los jueces en toda su actuación, tanto en su avocamiento y tramitación de los juicios como en la emisión de las sentencias, deben proceder con estricta sujeción a la ley. Esto significa que le corresponde al magistrado aplicar la ley al caso concreto, sin hacer valoraciones de

justicia que sólo le corresponden al legislador.---------- Es que el principio de legalidad asegura que las decisiones del poder se deberán no al antojo del funcionario sino a normas que estando por encima de éste, exhiben también una mayor vocación de perdurabilidad (Conf. Morello-Sosa-Berizonce, en “Códigos procesales…”, Ed. Abeledo Perrot, 2ª ed., año 2010, T. I, pág. 37 y sgtes., n° 9; ver también: García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, en “Curso de derecho administrativo”, Ed. Civitas, año 2006, 13ª edición, Cap. VIII, págs. 436 y sigtes.) (voto Dr. Lucero en las sentencias interlocutorias Nros. SIE 252/13, 259/13, 287/13, 306/13 y otras numerosas).---------- En segundo lugar por aplicación de la doctrina de los actos propios. Es que, esta doctrina es invocable en los supuestos en que es el propio tribunal quien incurre en contradicción; pues debe evitarse que las partes que confían en los sucesivos proveídos dictados en la causa —para encuadrar su actividad en el proceso—, sean sorprendidas y vean vulnerado su derecho de defensa por una decisión judicial actual que es contraria a otra anterior del mismo tribunal, y que se encuentra firme y consentida. (Cfr. STJ Río Negro, 01/12/1993, "Giménez, Juan C.", DJ, 1994-2-1253; C. Apels. Trelew, Sala A, sent. interloc. del 13/05/2010, in re "F. c. B."; LÓPEZ MESA, Marcelo - ROGEL VIDE, Carlos, "La doctrina de los actos propios", Reus-B. de F., Madrid-Montevideo, 2005, pp. 142/147).---------- Y para finalizar, porque formular impugnación no equivale a formular observaciones. Ello así, toda vez que la impugnación se dirige a que el peritaje pierda eficacia probatoria y requiere que se acredite la existencia de vicios o de elementos que permitan advertir el error o insuficiente aprovechamiento de los conocimientos científicos por parte del perito y debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia.---------- Por otra parte, el pedido de explicaciones apunta a que el perito se expida respecto de algún o algunos puntos de pericia no respondido, o amplíe o subsane la insuficiencia o ausencia de fundamentación de las conclusiones, y admitida esta posibilidad por la jueza de grado debió permitir el control de la prueba por las partes, que no impugnaron la providencia de fs. 562 porque ninguna mención se hace respecto a que las partes no participarían de la misma, porque la regla es que las partes presencien las audiencias para garantizar el contradictorio y controlen la prueba que se incorpora al expediente a través de medidas para mejor proveer.---------- Es de resaltar que la facultad de ordenar prueba de oficio es excepcional y privativa del magistrado en cuanto a la iniciativa para disponerlas, pero una vez dispuestas en lo que atañe a su producción y control se hallan sujetas a las reglas comunes de todas las pruebas, por lo que se habrán de observar necesariamente el derecho de defensa en juicio de las partes (SCJBA, 9-12-78, L 26.1º72, DJBA 116-353, cit. por Jorge L. Kielmanovich “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 130).----------

---------- En efecto, la bilateralidad se despliega en todos y cada uno de los estadios probatorios, así también a los que conducen al dictamen de los peritos. Ningún elemento de hecho puede ser llevado válidamente a la decisión si las partes no han sido puestas en la posición de previamente conocerlo y discutirlo. Si bien la valoración de las pruebas culmina con el iter procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos estos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio. El principio de “paridad de armas” entre las partes implica que cualquier iniciativa del juez solo puede tener andamiento si la parte gravada ha sido puesta en posición de defenderse y de formular sus contradeducciones (Berizonce, R. O, “El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba”, Revista de Derecho Procesal Nº 2005-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 131 y sig.).----------
---------- Es que, el principio de contradicción de la prueba implica que la misma para ser válida o por lo menos eficaz, debió ser producida con audiencia o con intervención de la parte contraria, de modo que ésta pudiese haber fiscalizado su ordenada asunción y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba en su descargo.---------- Couture ha señalado que el procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin un riguroso control del adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general es ineficaz. El cúmulo de normas del procedimiento probatorio es un conjunto de garantías para que la contraparte pueda cumplir su obra de fiscalización. El principio dominante es el de que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar (“Fundamentos del derecho procesal civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 215).----------
---

--- Para nuestra Corte Nacional el proceso será constitucionalmente válido siempre que dentro de los límites establecidos legalmente, el juez, en conjunto con las partes, procure arribar a la verdad de los hechos alegados en la causa (Fallos 247:176; 268:413; 279:239;283:88; 308:647; 319:246; 311:2082; 316:27, entre muchos otros; Ramiro Rosales Cuello, “Constitución, Prueba y el Papel del juez en el proceso justo”, Revista de Derecho Procesal Nº 2005-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 66).----------
--- En este contexto la imposibilidad de pedir aclaraciones, interrogar al perito en razón de las respuestas dadas, oponerse a alguna pregunta de la señora jueza, controlar que las respuestas queden asentadas con precisión en el acta, constituyen actos procesales de los que se vieron privados los apelantes, y que son demostrativos de los perjuicios que se les irrogara con la consecuente afectación del derecho al debido proceso y a la defensa en juicio consagrado en los arts. 18 de la Const. Nac. y 44, primero y segundo párrafos; y 46 de la Const. Prov..----------
--- Es decir, todas las pruebas producidas aún en un momento diverso al previsto por la

normativa procesal son válidas y aptas para lograr el convencimiento del juez y su decisión sobre el mérito, a condición y siempre que se hubiere respetado el contradictorio entre las partes. Y se menoscaba la garantía en cuestión ante la incorporación sorpresiva de pruebas sin su intervención, tal lo pretendido por la señora magistrada, teniendo en cuenta que admitió en la sentencia apelada su negativa a que las partes participaran del acto de la audiencia invocando que así había sido dispuesto en la audiencia, cuando de su texto -como ya se adelantó- no se infiere que así sea.----------

--- En todos los casos la atendibilidad de una prueba queda supeditada a la observancia estricta de las reglas y alcances del contradictorio, que exige una posibilidad concreta para la parte interesada de impugnación, control, contraprueba, y cuántas más acciones tendientes a salvaguardar la garantía de la defensa.----------

--- La omisión del contradictorio configura un vicio in procedendo y error decisivo impugnable por las vías pertinentes, y que en autos se patentizó cuando los letrados de las partes comparecieron el día y hora de celebración de la audiencia y se les impidió la participación en la misma, antes de esta oportunidad no surge de las constancias de autos que se halla determinado que la audiencia se realizaría únicamente con la presencia del perito contador y la jueza.----------

--- Para finalizar las afirmaciones de la parte contraria al contestar el memorial de agravios referidas a que el incidente de nulidad no fue fundado, cabe reseñar que surge claramente de fs. 571vta., segundo y quinto párrafos -a los que se remite- las razones que motivaron la presentación del incidente y el perjuicio ocasionado que demás esta señalar cumplen acabadamente con la carga de fundamentación requerida.----------

--- Por ello, atento las razones expuestas corresponde revocar el decisorio de grado. En consecuencia declárase la nulidad del acta de audiencia de fs. 564/565 y de las actuaciones procesales que sean consecuencia de dicho acto procesal.----------

--- En razón de ello, se adecuará la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuesta en la instancia anterior (art. 282 CPCC). ----------

--- VII.- Las costas en ambas instancias se imponen a la incidentada por aplicación del principio objetivo de la derrota (arts. 69 y 70 CPCC) que impera en esta materia, regulándose los honorarios en mérito de la actuación y resultado obtenido, al Dr. G. C., en el 1,5% del monto del proceso y a los Dres. S. A. K., apoderada y H. A. G., patrocinante en el 0,28% y 0,72% respectivamente (arts. 5, 6, 8, 32 y conc. de la Ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente.---------- Asimismo se regulan honorarios por la actuación ante la Alzada, al Dr. G. C. en el 35% y a los Dres. S. A. K. y H. A. G., en conjunto, en el 25% en ambos casos de la suma resultante de los honorarios regulados en la instancia anterior siempre que la suma resultante sea superior al mínimo legal previsto en el art. 7, cuarto párrafo y conc. de la ley XIII, Nro. 4, en caso contrario se regulará este mínimo legal (arts. 5, 6, 6 bis, 13 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

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------
---------- I. Revocar el decisorio de fs. 595/597. En consecuencia, declárase la nulidad del acta de audiencia glosada a fs. 564/565 y de los actos procesales dictados en su consecuencia.----------
---

--- II. Imponer las costas en ambas instancias a la incidentada vencida (arts. 69 y 70 CPCC).----------

--- III. Regular honorarios por la actuación en primera instancia al Dr. G. C., en el 1,5% del monto del proceso y a los Dres. S. A. K., apoderada y H. A. G. patrocinante en el 0,28% y 0,72% respectivamente (arts. 5, 6, 8, 32 y conc. de la Ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente.---------- IV. Regular honorarios por la actuación en esta sede al Dr. G. C. en el 35% y a los Dres. S. A. K. y H. A. G., en conjunto, en el 25% en ambos casos de los honorarios regulados en la instancia anterior siempre que la suma resultante sea superior al mínimo legal previsto en el art. 7, cuarto párrafo y conc. de la ley XIII, Nro. 4, en caso contrario se regulará este mínimo legal (arts. 5, 6, 6 bis, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente.----------
---

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber sido recusado el Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (Art. 7º Ley V Nº 17).----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

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

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA