Comodoro Rivadavia, de agosto de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **“C. DE V. Y S. P. “D. A.” CO.VI.DI.AR. c/ N., P. A. s/ ORDINARIO”, Expte. Nro. 250/2015,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de en lo Civil y Comercial Nro. 1 Secretaría Nro. 1(Expte. Nro. 179/2012).

I.- En su memorial de agravios, a fs. 212 vta. la parte recurrente solicita la apertura a prueba con fundamento en lo preceptuado por el artículo 263 inc. 3 del CPr. Solicita la agregación de la copia simple de una nota presentada a la actora y copia del boletín informativo de Mayo de 2015 que la actora remite a los usuarios de S.que presta la C.

De la nota surgiria que la C. actora desconoce la comisión de padres de niños que concurren al natatorio de D. y que es presidida por el demandado, en virtud de haber sido excluido como asociado existiendo fallo en su contra. Mientras que del boletín informativo surgiría la información fa los usuarios de la sentencia dictada en contra del apelante.

Solicita que ante el eventual desconocimiento de las mismas se cite a los firmantes, Presidente y Secretaria, a reconocer firma y contenido.

Asimismo, ofrece prueba testimonial de los nombrados y se intime nuevamente a la actora a que remita la documentación denunciada en su poder en la contestación de demanda.

II.- La apertura a prueba en segunda

instancia reviste carácter restrictivo, reconociéndose sólo las excepciones previstas por el art. 263 del CPr., considerando taxativa la enunciación y que "... en orden a la idea que la segunda instancia no importa un nuevo juicio, sino solamente la verificación de la justicia de la sentencia en base a los elementos

reunidos por el a-quo, sólo excepcionalmente se permite presentar ante la Alzada nuevas pruebas o intentar reproducir las que fracasaron en primera instancia..." (José V. Acosta: "Procedimiento Civil y Comercial en Segunda Instancia", t. I, p. 247).

Ello porque el procedimiento recursivo en la legislación procesal de nuestra provincia ha adoptado un sistema conforme al cual la vigencia de la doble instancia no importa un nuevo juicio. Por lo tanto, al sustanciarse el recurso, el órgano superior no se halla facultado para diligenciar ex novo los actos probatorios producidos en la instancia anterior ni tampoco para admitir la interposición de nuevas pretensiones y oposiciones o bien el ofrecimiento indiscriminado de prueba.

II.a.- En primer término, cabe considerar la prueba documental que pretende introducir en esta Alzada.

El inc. 3ro. del art. 263 CPr. invocado por el recurrente importa una excepción a la regla contenida en el art. 333 CPr. y por lo tanto debe ser estimada con criterio restrictivo. Deben tratarse de documentos que por primera vez se incorporan al

expediente por ser de “fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, o anteriores si afirmaren no haber tenido conocimiento de ellos” y deben tener vinculación con los hechos articulados por las partes en sus escritos introductorios.

En el caso, los documentos acompañados son de fecha posterior a la providencia que llamó los autos a sentencia (26 de febrero de 2014), no obstante no se advierte que sean conducentes a la solución del litigio, pues no se relacionan íntimamente con las cuestiones debatidas.

Es que la pretensión del apelante de acreditar con tales documentos, “el hostigamiento a mas de cuatro años” (sic) hacia la persona del recurrente, aun cuando haya sido invocado en su argumentación, no guarda relación con los hechos debatidos y los agravios que expresa le causa la decisión que recurre: la relación de causalidad y la apreciación de la prueba.

El hostigamiento referido no resulta relevante para la determinación de la responsabilidad endilgada en la demanda y en la sentencia recurrida.

Se ha señalado que corresponde desestimar la agregación de la prueba documental en la alzada, si no solo no se señala la relación que el documento puede tener con el litigio, sino que de su lectura no aparece la pertinencia de tal probanza para

ser acogida (Fassi, Yañez, Cod. Proc. Comentario al art. 260 t. 2 p 471 cit por Loutayf Ranea “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil” Ed. Astrea, Bs. As. 2009 t. 2 p. 235).

Desde tal punto de vista la pretensión debe desestimarse y ordenar el desglose de la documentación agregada a fs. 206/208.

II.b.- Solicita también el apelante, que se cite a prestar declaración testimonial al presidente de Co.Vi.Di.Ar Ltda. y su Secretaria L. H. así como que se intime nuevamente a la actora a que remita la documentación que fuera denunciada como obrante en su poder.

Aun cuando no especifique el fundamento normativo de tales peticiones, se trata el primer caso de la apertura de causa a prueba en esta alzada prevista en el art. 263 ap. 5 y el segundo de un replanteo de prueba que debe encuadrarse en el ap. 2 de la norma citada.

La norma contempla dos supuestos en que las partes pueden pedir que se abra la causa a prueba cuando se haya invocado un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista en el art. 369 CPr. o por haberse solicitado un replaneo de prueba.

La testimonial así ofrecida en esta Alzada, resulta improcedente por no tratarse de las hipótesis previstas, pues no se alegó un hecho nuevo y se rechazó la incorporación de la documental conforme se decidió en el considerando anterior.

Respecto del replanteo de prueba documental en poder de la actora, cabe señalar que es premisa indiscutible en el caso, que el replanteo de pruebas en segunda instancia es aplicable sólo en casos de pruebas mal denegadas o de negligencias mal decretadas en primera instancia, por ello la petición debe ser "fundada" (art.263 inc. 2° in fine del Código Procesal), debe exponerse ese fundamento mediante la crítica concreta y razonada (art. 268 del Código Procesal) a la decisión que denegó la probanza o -como en el caso- declaró la negligencia en la producción de la prueba.

En otras palabras: inapelable la declaración de negligencia (art. 483 del Código Procesal), la ley procesal compensa -por así decir- esa inapelabilidad con la posibilidad de replantear la prueba en la alzada, pero no exime a la parte interesada de la carga procesal de criticar los fundamentos de la declaración de negligencia (conf. "Saporiti, Angel Horacio c/ Martinenghi, Arnaldo s/ ordinario" - CNCOM - SALA D - 02/10/2001) y demostrar que la misma ha sido mal declarada.

La petición también debe contener una crítica concreta y razonada de la resolución atacada –similar a la expresión de agravios-, demostrando debidamente los motivos que se tienen para considerar que la denegatoria de prueba en primera instancia o la negligencia decretada fue errónea y justificar el

peticionario que no medió demora, desidia o desinterés en diligenciar el elemento probatorio declarado caduco.

Y en tal sentido, en el caso que se analiza, el 31 de julio de 2013 se intimó a la actora a que acompañe la documentación referida consistente en: Acta de Asamblea Extraordinaria de elección de autoridades Nro. 85 de 2011; Acta de Consejo de Administración Nro.1674; 1692 de 2011; Copia del Estatuto Societario; Acta de asamblea de 23/7/2011 y Libro de inceso a la asamblea del mismo dia; Nota. 106/2010 dirigida al IPVDU; Acta del Consejo de administración donde se debió librar orden de retirar la placa conmemorativa y copia donde se trató la exclusión del demandado como socio.

El dia 26 de agosto de 2013, el aquí recurrente solicitó que frente al tiempo trascurrido se tenga por incumplida la intimación y se tenga presente la presunción del art. 392 CPr. al momento de dictar sentencia.

Ello fue proveído favorablemente a fs. 132.

Por tales razones, deviene improcedente el planteo del recurrente toda vez que conforme se precisó implica asumir una conducta contraria su anterior comportamiento procesal. Surge claro que la actitud asumida resulta inadmisible por contrariar sus propios actos anteriores y previsiones procesales correspondientes para la apertura a prueba en la Alzada (art. 260 ap.5 del CPr.).

En atención a tales argumentaciones resulta clara la improcedencia del planteo formulado por el demandado, no encuadrando en los supuestos habilitados por la ley ritual.

III.- Teniendo en cuenta el estado del proceso, no se imponen costas y no se regulan honorarios, difiriéndose los mismos al momento de dictar sentencia definitiva.

Por ello, la **Sala B** 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 el pedido de apertura a prueba formulado a fs. 212 vta. por el apelante demandado.

2) Por secretaría ordenar el desglose de la documental obrante a fs. 206/208.

3) Diferir la imposición de costas y regulación de honorarios hasta el momento de la sentencia definitiva.

4) Pasen los **autos a Sentencia.**

5) Regístrese, notifíquese.-

La presente se dicta por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara, Dra. Nélida Susana MELERO, y concordar en la solución del caso (Ley V-17).-

Ricardo Rubén Enrique HAYES **Graciela Mercedes GARCIA**

JUEZ de CAMARA **BLANCO**

PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2015

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS