Comodoro Rivadavia, de febrero de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**A., P. N. Y OTRO c/ A., J. A. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. N° 720/2017,** venidos del Juzgado Letrado Civil y Comercial Nro. 2, Secretaría N° 4 (Expte. Nro. 59/2012), por haber interpuesto la actora a fs. 1258/1260vta., recurso de apelación en subsidio contra la resolución de fs. 1255, que rechaza el planteo de nulidad impetrado contra la pericia médica realizada por el Dr. C. A. B.-

I.- Se agravia la recurrente porque el juez rechaza en forma liminar la nulidad articulada, omitiendo considerar que no se trata sólo de vicios meramente formales sino que se trata de evidentes irregularidades en la formación de la opinión del perito médico, quien se expidió sin revisarla, sin requerir nuevos estudios y sin retirar los estudios médicos reservados en secretaría, dentro de los que se encuentran 22 placas radiográficas de necesario e imprescindible análisis para poder expedirse. Asevera que el dictamen pericial atacado carece de los requisitos básicos que hacen a su existencia como acto procesal válido en sí mismo, por cuanto no existió inmediación con el caso en particular y el experto no tomó íntegro conocimiento de las circunstancias esenciales para responder la totalidad de los puntos de pericia. Señala que el eventual análisis de la nulidad como impugnación de la pericia, le impedirá contar con una prueba de vital importancia para la demostración de cuestiones conducentes para la resolución de la litis. Agrega que el juez no debió rechazar sin más el incidente de nulidad, sino que previamente debió correr traslado al perito. Reitera que el dictamen médico fue presentado sin haber tenido contacto directo con la damnificada, ni haber analizado

previamente los estudios médicos y placas radiográficas, denotando un vicio de forma en el procedimiento previo a la realización del dictamen que lo fulmina de nulidad. Expresa que dado que los conocimientos solicitados, por su naturaleza están fuera del área de conocimiento del juzgador, deben ser contestados con total precisión y claridad por parte del profesional y no vagamente y sin ningún tipo de inmediación como ocurre en los presentes. Concluye que en causa donde se intenta demostrar la responsabilidad médica, la prueba pericial es esencial.-

II.- En forma liminar se ha de señalar que el ordenamiento procesal, sólo en casos excepcionales ha establecido la posibilidad de rechazar en forma liminar una presentación.

El principio de aplicación al caso es que solo puede aplicarse cuando se está en presencia de una pretensión absolutamente incompleta, que incumple los requisitos formales de manera abierta e inexcusable.

Así, la ley ha establecido dos causales que pueden determinar ese rechazo en los casos de los incidentes, por parte de la magistratura. La primera, se presenta cuando no se ha dado cumplimiento a los recaudos que la propia ley dispone en el art. 174, 2° párrafo del Código de rito, tales como el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar o la falta de mención de las defensas que no pudo oponer, y la segunda cuando la vía elegida no sea apta para la obtención del fin perseguido con la declaración de la nulidad.

En efecto, para el rechazo liminar del pedido de nulidad la improcedencia debe ser manifiesta, esto es, debe advertirse desde el inicio la falta de interés jurídico suficiente del peticionario o se halla manifiestamente desprovisto de legitimación o si la

admisibilidad de aquélla no se vincula decididamente con el proceso en el cual se deduce.

Calificada doctrina autoral, advierte que la expresión “manifiestamente improcedente” usada en el dispositivo legal, debe entenderse en el sentido de que surja en forma nítida, patente, palmaria inicialmente, o sea, sin necesidad de efectuar ninguna investigación de hecho, y en caso de duda, la interpretación ha de ser restrictiva (Cfme. Fassi- Yañez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado (ed. 1989), t. II, p. 9).-

En el mismo sentido se ha dicho que, el rechazo liminar de un planteo de nulidad, debe reservarse para supuestos en los que resulta evidente su inadmisibilidad, manifiesta falta de fundamentos o bien se halle vedada cualquier decisión judicial de mérito; pues -en principio- no cabe rechazar de oficio la actividad procesal, de estrecha vinculación con el derecho constitucional de petición (Cfrme. Arazi-Rojas, Código Procesal...", ed. Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 152/3).

Por ende, si el peticionario de la nulidad puso de relieve la existencia de un vicio en el acto, si explicitó la existencia de un perjuicio y de un interés jurídicamente tutelado, corresponde sustanciar el incidente, eventualmente abrirlo a prueba y munirse de todos los datos posibles, para posteriormente analizar la procedencia -no ya de admisibilidad- y resolver en definitiva el fondo del planteo anulatorio.-

En el caso de autos, el incidente de nulidad de la pericia se fundó en la existencia de irregularidades en la formación de la opinión del perito médico.

El planteo resultó oportuno en los términos de los artículos 477 y 172 del Código Procesal, porque el incidente fue promovido dentro del plazo de cinco días establecido por la norma procesal y la parte afectada no tuvo otra ocasión para advertir las irregularidades que afectarían la eficacia de la pericial médica, siendo una prueba esencial en cuestiones como la debatidas en éste proceso –responsabilidad de un profesional médico-.

En otro orden, el perjuicio invocado por el litigante, efectivamente se comprueba, pues se vería privado de una prueba fundamental en el proceso y no existe otra oportunidad procesal de subsanar el defecto de la pericia.

Por otra parte, al deducir el incidente y en cumplimiento de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 174 el mencionado código, el litigante expresó –punto III fs. 1253vta. y ss) el perjuicio sufrido, del cual deriva el interés en la declaración de nulidad solicitada. Además, el rechazo liminar del incidente implica la negación de la sustanciación regular del mismo, con mengua del derecho de defensa y la garantía del debido proceso.

Todo lo expuesto conduce a hacer lugar a los agravios vertidos por el recurrente y, por ello, a revocar la providencia de fs. 1255 en lo que respecta al rechazo liminar del incidente de nulidad.

En consecuencia, corresponde declarar admisible el incidente de nulidad y ordenar la sustanciación de dicho incidente conforme lo prevé la normativa procesal (arts. 179 y ss del C.Pr.).-

III.- Las costas de ésta instancia deberán ser soportadas en el orden causado, ya que en la incidencia planteada por el interesado no hubo contendiente vencido

que deba cargar con ella de acuerdo al principio objetivo de la derrota y por cuanto no puede haber propiamente condena al juez que con su decisión motivó la actividad que esta Alzada revisa (doct. arts. 69 segunda parte y 70, C.P.C.C.; conf. C.S.J.N., E.D. 97:350; íd. Morello, "Las costas al juez", E.D. 143:289).

Así, pues, en mérito de las consideraciones precedentes, la solución que mejor resuelve el conflicto suscitado por las costas de esta instancia, es su imposición en el orden causado (Loutayf Ranea, "Condena en Costas en el Proceso Civil", Ed. Astrea, 2000, reimp, pág. 70); pues, con ello, se atiende de un modo razonable la situación de autos.

Los honorarios profesionales por los trabajos realizados serán regulados conforme las pautas que para su fijación establece la ley arancelaria (arts. 5, 6, 32 y 13 de la Ley XIII N° 4 modif. N° 15).

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°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el recurrente a fs. 1258/1260vta. y, por ello, a revocar la providencia de fs. 1255 en lo que respecta al rechazo liminar del incidente de nulidad.

2°) Declarar admisible el incidente de nulidad y ordenar la sustanciación de dicho incidente conforme lo prevee la normativa procesal.-

3°) Costas de ésta instancia en el orden causado.

4°) Regular honorarios profesionales en favor del Dr. N. A. D., en el TREINTA (30%) POR CIENTO de lo que corresponda regular al profesional por ésta incidencia en la instancia de grado.-

5°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.-

Fernando NAHUELANCA **Silvia Noemí ALONSO**

JUEZ de CAMARA **PRESIDENTA**

Julio Antonio ALEXANDRE JUEZ de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2018 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS