Trelew, 09 de diciembre de 2020. ----------

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

----I. Replanteo de prueba testimonial:----------

---(i) Que, con la expresión de agravios presentada mediante escrito digital de fecha 29/10/2020 (ID 142355), la parte actora pretende producir prueba testimonial que fuera denegada en primera instancia. Al respecto, cuestiona la decisión de la Jueza de primera instancia de fs. 408 que decretó la caducidad de la prueba testimonial por negligencia en su producción, con sustento en el art. 436, inciso 2do del CPCC, en tanto consideró que la prueba no fue activada por la accionante. ----------

-----Sostiene el apelante que su parte activó la citación del testigo, en tanto diligenció dos cédulas con anticipación a la fecha de las audiencias designadas (02/11/16 y supletoria el 09/11/16), las que tuvieron resultado negativo.----------

----Agrega que al día siguiente de la audiencia supletoria, ante la nueva incomparecencia del testigo, su parte denunció un nuevo domicilio real para su citación; recibiendo la sorpresiva respuesta del tribunal de declarar caduca la mencionada prueba. ----------

-----Manifiesta que el Juzgado de grado confunde el instituto de la caducidad con el de la negligencia y que se contradice expresamente en cuanto dispone que la carga de la citación corresponde el Juzgado y solo recae en la parte cuando ésta lo asume expresamente. Dice que la única carga que la actora tenia era presentar la cedula de notificación con la antelación suficiente, circunstancia debidamente cumplida mediante la cedula de fecha 21/10/16; no corriendo aquella con la responsabilidad del resultado de la cédula. ----------

----Indica que no se cumplen en el caso los presupuestos del art. 436 CPCC para decretar la caducidad, en cuanto ingresó una cédula en fecha 21/10/16 y otra en fecha 31/10/16, inmediatamente luego del fracaso de la primera audiencia, concurriendo reiteradas veces al domicilio laboral antes de la primera audiencia, y varios días antes de la supletoria. Agrega que el instituto de la caducidad de prueba es de interpretación restrictiva y de número cerrado. ----------

--Expresa que es importante la declaración testimonial del Dr. E. B., por cuanto dirige el tratamiento médico de la actora a raíz del daño ocasionado hasta el día de hoy y su declaración terminará de demostrar la necesidad de ampliar la pericia médica cuya nulidad parcial se dedujera con motivo en que no evaluó las secuelas incapacitantes que actualmente atiende el Dr. B.. ----------

-----(ii) Pasando a resolver, surge del expediente que la Jueza de grado no hizo lugar al pedido de nueva audiencia efectuado a fs. 396 por la parte actora respecto del testigo L. E. B., y —en vez de ello— decretó la caducidad de la prueba por no haber sido activada, conforme las constancias de fs. 373 y 379 y lo dispuesto en el art. 436, inc. 2do del CPCC.----------

----Es decir, la providencia se fundó, según la norma invocada, en que la parte actora no requirió las medidas de compulsión necesarias para la asistencia del testigo a la segunda audiencia fijada, habiéndose ausentado a la primera de ellas sin invocar causa justificada. ----------

----Del expediente surge que: (i) con fecha 17/10/2016 (fs. 362) se fijó audiencia para el día 02/11/2016 a las 9 hs. para tomar la declaración testimonial del Dr. L. E. B., con audiencia supletoria para el día 09/11/2016, a la misma hora; (iii) a fs. 367 figura que la parte actora presentó cédula de notificación ante el Tribunal con fecha 21/10/2016, la que obra a fs. 370/371 con resultado negativo por no vivir el testigo en el domicilio denunciado (Avda. Rawson X de la ciudad de Trelew); (iii) a fs. 372/vta. figura constancia de presentación de la cédula de notificación al referido testigo de fecha 01/11/2016, la que obra con resultado negativo por no encontrarse el notificado en dicho domicilio laboral (Edison X, Trelew); (iv) a fs. 373 obra constancia de fecha 02/11/2016 acerca de la incomparecencia de los testigos a la audiencia citada; (vi) a fs. 379 se constata su ausencia para la audiencia de fecha 09/11/2016; (vii) a fs. 380 obra informe de actuario sobre la presentación de interrogatorio para el Dr. B. por parte de la actora el día 09/11/2016 a las 9:07 hs, (viii) que fue devuelto por extemporáneo con fecha 14/11/2016; (ix) a fs. 383 obra pedido de fecha 10/11/2016 de la parte actora para la fijación de una nueva audiencia testimonial, denunciando nuevo domicilio real del testigo ofrecido; (x) se dio traslado de fs. 397 a la contraria y (xi) posterior resolución que declaró la caducidad de la prueba a fs. 408. ----------

-----El Superior Tribunal provincial ha señalado reiteradamente —siguiendo a Falcón— que las cargas de quien ofreció el testigo están en función de la eventual negligencia o caducidad en caso de no ser cumplidas, destacándose la de obligarse a hacerlo comparecer y las medidas de compulsión necesarias. Así, en general, es uniforme el criterio acerca que la caducidad de la prueba testimonial tiene como presupuesto la inactividad de la parte (conf. STJCh, SI N°39/SCA/2006; con cita a Falcón, “Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo II, Abeledo Perrot, p. 720; SI N° 47/SCA/2018; STJCh, SI N° 12/SCA/2012; CNCiv., Sala F, 25/11/83, LL, 1984-B115; en HIGHTON, Elena - AREÁN Beatriz “Código Procesal Civil ///y Comercialde la Nación ...” Tomo 8 –Artículos 396/498 – Hammurabi 2007; pág. 224 y 230; PALACIO, Derecho Procesal Civil, ed. 1984, v. IV, p. 635). ----------

-----Ello no se observa en este caso, ya que la actora —a pesar del escaso margen temporal dado por el Juzgado de primera instancia a tales efectos— impulsó una primera notificación con fecha 21/10/2016 al primer domicilio denunciado, otra a su domicilio laboral el día 01/11/2016 (antes de la primera audiencia) y una tercera, requiriendo una nueva audiencia con notificación a un tercer domicilio del testigo en Playa Unión, al día siguiente de la audiencia supletoria. ----------

-----Debe advertirse que tampoco se da en el caso el supuesto invocado por la Jueza de grado del inc. 2 del art. 436 del CPCC, que requiere la solicitud de medidas de compulsión para la asistencia del testigo a la segunda audiencia, tras la primera audiencia fallida, toda vez que ello tiene como presupuesto que el testigo haya sido efectivamente notificado del primer acto, lo que motiva su asistencia a la audiencia supletoria mediante el auxilio de la fuerza pública. O sea, tiene que estar presente el elemento renuente del testigo en la primera audiencia a fines de justificar su asistencia forzada al segundo acto, y para ello hace falta —necesariamente— que haya podido conocer previamente su obligación de asistir a la primera citación. ----------

---Siendo ello así, no puede requerirse válidamente a la parte actora que active las medidas de compulsión que cita la norma, y —consecuentemente— no puede decretarse la caducidad de la prueba testimonial ofrecida, como se resolvió en primera instancia.----------

----Consecuentemente, debe hacerse lugar al replanteo de prueba testimonial formulado por la parte actora, siendo necesario abrir el expediente a prueba a tal efecto y citar a audiencia testimonial al Dr. L. E. B.. ----------

-----II.- Replanteo de prueba pericial médica: ----------

----(i) La recurrente también pretende “el replanteo de la nulidad parcial de la pericia médica practicada por Mariano TOLINO respecto de la ampliación de fundamentos que formulara el perito, solicitando la ampliación o compleción de la pericia por parte de otro profesional” (ver punto 1.2.B).----------

---Sostiene que requirió oportunamente la nulidad parcial de la ampliación de pericia médica (fs. 572 y ss.). Sin embargo, la Jueza de primera instancia dictó resolución interlocutoria con fecha 22/09/17 estimando que mediante la “impugnación” de pericia efectuada a fs. 504/505 se estaría incorporando “subrepticiamente” nuevos puntos de pericia y que la nulidad fue planteada extemporáneamente, considerando que el momento oportuno para plantearla era con el traslado del informe pericial el día 17/04/2017 (fs. 494). ----------

----Agrega que ello fue cuestionado mediante recurso de queja, pero que fue desestimado por no ser materia apelable en los términos del art. 500 del CPCC, sin perjuicio de la posibilidad del replanteo de prueba en los términos del art. 263 del CPCC.

-----Incorpora los fundamentos para solicitar la nulidad de la pericia médica, agregando que la prueba que requiere es esencial para el resultado de la *litis*, atento que incidirá directamente y en forma sustancial en el grado de incapacidad que no ha sido determinado en su totalidad.----------

---(ii) Cabe recordar que esta Alzada, mediante SIC N° 67/2017, rechazó el recurso de queja deducido por la parte actora en el expediente “Recurso de Queja en Autos Caratulados: N., M. C. c/ H. M., U. s/ Daños y perjuicios (Expte N° 529/2017), contra la resolución que le denegó el recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria N°

116/2017, por la cual se rechazó el incidente de nulidad de la pericia médica por extemporáneo. ----------

-----Allí se dijo que la denegatoria de la apelación fue correctamente fundada, ya que la resolución cuestionada no era apelable en los términos del art. 500 del CPCC por tratarse el expediente principal de un juicio “sumario”, y en virtud de la previsión de la inapelabilidad del art. 383 del CPCC; ello “sin perjuicio de la posibilidad del replanteo de la prueba –si correspondiera– en los términos del art. 263 del CPCC”.----------

---El instituto del replanteo de prueba se encuentra dirigido a permitir que se diligencien pruebas en la alzada que hayan sido arbitrariamente denegadas por el tribunal inferior. A través del mismo se procura satisfacer el principio constitucional de la defensa en juicio, ante las disposiciones procesales que establecen la inapelabilidad de los medios de prueba en beneficio de la celeridad y economía procesal, procurándose de tal manera evitar dilaciones y concentrar actos procesales. Tiene por objeto inmediato evitar una injusticia, cuando arbitrariamente les ha sido denegada a las partes la producción de una prueba (conf. CAT, Sala B, SDF N° 14/2017, con cita a Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, 2da. edición, Astrea, Buenos Aires, 2009, Tomo 2, p. 217 y sig). ----------

----El mismo es de naturaleza excepcional y de interpretación restrictiva, pudiendo ser utilizado solo cuando existe una privación arbitraria, errónea o injustificada de la producción de una prueba para alguna de las partes. Así, debe analizarse si la resolución que no autorizó su producción ha sido bien o mal dictada, único supuesto en el que cabe hacer lugar al replanteo formulado. Desde este punto de vista, la petición importa un control sobre la decisión de primera instancia, por lo que no constituye una suerte de simple segunda oportunidad para la producción de una prueba rechazada en la primera instancia.----------

----Por eso, se debe fundar razonablemente, argumentado acerca del error cometido por el juzgador, refiriéndose concretamente a las constancias de la causa que pretende poner en su favor, o cómo dicha prueba permitirá conmover concretamente la decisión del grado (conf. esta Sala, SIL N° 85/1996, SIC N° 33/2017; SIL N° 22/2018; SIF N° 03/2019, con cita a CAT, Sala B, SIL N° 20/2017; CNC., Sala F, 11/2/96, La Ley 1997C, 950; Rivas, Adolfo Armando, “Tratado de los recursos ordinarios”, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1991, T. 2, pág. 516; De Santo, Víctor, “La prueba judicial. Teoría y práctica”, Editorial Universidad, 1992, pág. 110 y cita de fallos; Fenochietto - Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, T° 1, pág. 935; Rivas, Adolfo Armando, “Tratado de los Recursos Ordinarios”, Ed. Ábaco, Buenos Aires. 1991, t. 2, pág. 516). ----------

---Debe quedar claro entonces que el replanteo de prueba no admite una suerte de revisión de la resolución que rechaza un pedido de nulidad de una prueba, como pretende la recurrente en su expresión de agravios, al requerir tal efecto sobre las

explicaciones dadas por el perito médico a fs. 555. ----------

----En este aspecto, cabe distinguir entre la impugnación y nulidad de una pericia, en tanto la nulidad de un acto probatorio irregular no debe confundirse con su impugnación, que sólo persigue como fin restarle eficacia probatoria, pero no controvertir su validez. La norma del art. 477 del código de forma contempla dos supuestos diferenciables: el pedido de explicaciones y el simple acto impugnativo del dictamen. Este último tiende a que el informe pericial pierda eficacia probatoria y requiere que se acredite la existencia de elementos que permitan advertir fehacientemente el error o insuficiente aprovechamiento de los conocimientos científicos por parte del perito y debe encontrar apoyo en razones serias, vale decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o en la concurrencia de medios probatorios de mayor eficacia que permitan desvirtuarlo (conf. CAT, Sala B, SDC N° 08/2016; con cita Maurino, Alberto L., “Nulidades procesales”, Astrea, 3ra. ed., 2011, par. 116, pág. 183). ----------

------Ahora bien, si se ataca a la pericia por motivos de índole procedimental, vinculados con la validez misma del medio probatorio en cuestión, ello se podrá instrumentar mediante la promoción de un incidente de nulidad, pero de modo alguno puede —sino a riesgo de menoscabar elementales principios que rigen la valoración de la prueba— comprender el supuesto de “impugnación del contenido del dictamen pericial”, como pretende la parte en su replanteo de prueba (conf. CAE, SIC N° 31/2015). ----------

--En efecto, el argumento por el cual la recurrente pretende cuestionar por nula la prueba pericial realizada y, consecuentemente, ampliarla en segunda instancia, se encuentra en la supuesta falta de justificación científica del auxiliar de Justicia en sus explicaciones, las que califica como “argumentos de autoridad”. Ello, entonces, no solo excede el acotado y excepcional marco del replanteo de prueba, sino que también es improcedente para fundar la nulidad del dictamen, ya que se dirige en realidad a cuestionar su validez probatoria. ----------

----Asimismo cabe destacar que por la Sentencia Interlocutoria N° 116/2017 se rechazó el pedido de explicaciones que realizó la parte actora al deducir la nulidad de la pericia, que ahora pretende introducir a través con su replanteo en la Alzada. Al respecto, cabe recordar que este pedido de explicaciones se dirige a que el perito se expida respecto de algún punto de pericia no respondido o a que amplíe o subsane la insuficiencia o ausencia de fundamentación de las conclusiones; mas no admite la introducción de cuestiones que no fueron incorporadas originalmente en los puntos de pericia correspondientes al ofrecimiento de la prueba.----------

---Siendo así, como observó la Jueza, la actora pretende con su pedido preguntar sobre dolencias o manifestaciones incapacitantes que no habían sido originariamente consultadas o requerir nuevos estudios, por lo que no cabe admitirlo a través del replanteo requerido.----------

---En efecto, esta Sala ha señalado en más de una oportunidad que dicho instituto no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno de la prueba, lo que incluye su petición en el tiempo y modo adecuados (SIC N° 50/2017; SIL N° 09/2011; SIL Nº 32/2008; con cita a CN. Civ., Sala A, 30/4/81, LL, 1981-C-449; CN.Civ., Sala A, 12/2/70, ED, 31-270; entre muchos otros). ----------

---En conclusión, corresponde rechazar el replanteo de prueba pericial médica introducido por la parte actora en su presentación digital de fecha 29/10/2020 (ID 142355).----------

---III.- No se imponen costas ni se regulan honorarios, difiriendo su determinación a la oportunidad de dictar sentencia definitiva. ----------

----Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

HACER lugar al replanteo de prueba testimonial solicitado por la parte actora mediante escrito digital de fecha 29/10/2020 (ID 142355). ----------

ORDENAR la apertura a prueba la causa por el término de diez días (10) a partir de la notificación de la presente. ----------

Atento la disponibilidad informada por la Cámara Penal de la única Sala que cumple con el Protocolo de bioseguridad aprobado por el Acuerdo Plenario N° 4886/2020 del S.T.J., **fijase audiencia para el día 17 del mes de febrero del año 2021 a las 10:00 horas,** a celebrarse en la Sala de la Cámara Penal de esta ciudad sito en Av. 9 de Julio N° 261, 6to. Piso, a fin de que comparezca a prestar declaración testimonial el Sr. L. E. B., muñido de su documento de identidad. Hágase saber al testigo y a las partes que sólo para el caso de formar parte de un grupo de riesgo en razón de la pandemia por COVID-19 y de considerar que no será factible asistir a la audiencia mencionada en forma personal por dicha causa, deberán poner en conocimiento de esta Alzada tal circunstancia con antelación suficiente a efectos de arbitrar los mecanismos necesarios con el fin de presenciar la referida audiencia mediante teleconferencia, así como también denunciar su e-mail y número de teléfono móvil a los fines del envío de la invitación correspondiente y del instructivo para acceder a dicha audiencia. Notifíquese.----------

----NO HACER lugar al replanteo de prueba pericial solicitado por la parte actora mediante escrito digital de fecha 29/10/2020 (ID 142355). ----------

----SIN imponer costas ni regular honorarios conforme lo señalado en el considerando correspondiente. ----------

---Regístrese, notifíquese y continúen los autos según su estado.----------

----**REGISTRADA BAJO EL Nº 44 DE 2020 SIC. CONSTE.----------**