000344/2021

Comodoro Rivadavia, diecinueve de octubre de 2021.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"E. A. F. en autos: E. A. F. c/ O. J. M. Y OTROS s/SUMARIO EXPTE N° 357/2018 s/INCIDENTE DE NULIDAD (P.D)", Expte. N° 344/2021,** venidos del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 4 (expte n° 129/20), por haber interpuesto la actora incidentista recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria n° 37/2021 que rechaza el incidente.

I- La recurrente en su memoria (ID 343059) sostiene que la decisión es arbitraria porque omite considerar cuestiones propuestas por su parte. Señala que es erróneo considerar que convalidó lo actuado al no recurrir el traslado conferido a la aseguradora, en virtud que ese proveído no es recurrible. Insiste que el aseguramiento por parte de E. S. SA no es un hecho controvertido y no requiere ser probado. Alega que no se tuvo en cuenta los sucesivos hechos que dieron origen a la resolución atacada de nulidad. Reitera argumentos expuestos en escritos anteriores. Manifiesta que la aseguradora no puede apropiarse de una prueba ofrecida y desistida por la demandada. Destaca que la aseguradora fue declarada rebelde, perdiendo la oportunidad procesal de contestar demanda y ofrecer prueba. Aduce que se otorgó a la aseguradora facultades exorbitantes al permitir que adhiera a la prueba pericial de la demandada, y mantener la misma luego de ser desistida por la oferente. Afirma que se conculca el debido proceso, el derecho de defensa e igualdad entre los

litigantes. Solicita se declare la nulidad de la resolución. Hace reserva del caso federal.

La aseguradora contesta y solicita el rechazo del recurso.

II- La actora interpone recurso de nulidad contra la sentencia interlocutoria n° 14/2020 (Expte. N° 357/2018), por habilitar la realización de prueba pericial contable de la citada en garantía, en contra del ordenamiento jurídico vigente, la oposición de las partes y con arbitrariedad.

Relata los antecedentes, actos procesales y recursos que dieron origen a la resolución atacada de nulidad.

Insiste en la improcedencia de la prueba pericial de la aseguradora por el principio de preclusión procesal. Agrega que la prueba no es común y que se interpreta erróneamente el principio de adquisición.

Invoca el perjuicio sufrido, denuncia conexidad con el juicio principal (sumario), ofrece prueba.

El incidente se sustancia con la aseguradora incidentada.

Luego, el magistrado dicta sentencia interlocutoria n° 37/2021 que rechaza la nulidad invocada por la actora.

III- El magistrado funda su decisión, en que el incidente de nulidad procede contra los vicios de actos procesales anteriores a la sentencia, no contra esta misma. Señala los actos que fueron consentidos por las partes y la no recurribilidad de una providencia que es consecuencia de otra anterior firme.

En primer lugar, resumiremos las actuaciones del juicio principal que motivaron el presente incidente.

La actora promueve demanda por daños y perjuicios contra J. M. O., C. C. y cita en garantía a E. S. SA, como aseguradora del vehículo del demandado dominio FLJ 441.

Se corre traslado de la demanda, contesta el demandado Calderón, denuncia que no tiene en su poder el vehículo dominio X. por haberlo entregado a un tercero con motivo de la permuta que realizara, que mientras tuvo el automotor la compañía de seguros era N. S. y que no tiene vínculo con E. S. SA. Ofrece prueba informativa a N. S., a E. S. SA. y al Registro Automotor de Río Gallegos.

La aseguradora E. S. SA es debidamente notificada a fs.169/170vta., no comparece a juicio, no contesta ni ofrece prueba en tiempo y forma, conducta que motiva la declaración de rebeldía de la parte de fs. 181 (art. 60 CPr).

A fs.252 se presenta la aseguradora e interpone recurso de reposición con apelación en subsidio contra su declaración de rebeldía.

Se decreta el cese de la rebeldía de la aseguradora y se sustancia el recurso de reposición con la actora.

Previo a que pase a resolver el recurso, la aseguradora solicita se le corra traslado de la contestación de la demandada.

El 2 de setiembre de 2019, pasan los autos a resolver el recurso de reposición de la aseguradora, providencia que es impugnada por la citada en garantía.

El 19 de setiembre de 2019, se dicta sentencia interlocutoria n° 65/19 que rechaza el recurso de reposición contra la declaración de rebeldía, y su aclaratoria n° 68/19 el 26 de setiembre de 2019.

En el medio del dictado de estas sentencias, el 25 de setiembre de 2019, se provee el pedido de la citada en garantía y se corre traslado de la contestación de demanda de C. y puntos de pericia a la aseguradora.

E. S. SA, contesta el traslado y adhiere a la prueba pericial ofrecida por el demandado C. y propone puntos de pericia, el 4 de octubre de 2019.

El 30 de octubre de 2019, el tribunal tiene por contestado el traslado, presente la adhesión a la prueba pericial y de los nuevos puntos de pericia corre traslado al codemandado (fs. 273).

La citada en garantía solicita se corra traslado a la actora de los puntos de pericia, el 1 de noviembre de 2019.

El 4 de noviembre de 2019, la actora plantea recurso de reposición contra el decreto de fecha 30 de octubre de 2019 y solicita se tenga por nula la adhesión a la prueba pericial y puntos de pericia de la aseguradora E. S. SA. Para el caso que se rechace el recurso, plantea la nulidad de la prueba pericial propuesta por la aseguradora, del escrito en que la ofrece y de la resolución dictada en consecuencia (30/10/2019).

La demandada desiste de la prueba pericial a E. S. SA, por ende, manifiesta que el traslado deviene abstracto respecto a los puntos de pericia de la citada, destaca que esta facultad por el principio de preclusión le esta vedada (fs. 282).

El tribunal tiene por desistida a la demandada de las pruebas informativa y pericial contable a E. S. SA (fs.283).

La citada interpone recurso de reposición con apelación en subsidio contra esta resolución.

Se sustancia el recurso con la actora y se dicta la resolución n° 14/2020, aquí atacada de nulidad, por aplicación de la teoría del fruto envenenado.

Esta resolución hace lugar al recurso de reposición de la aseguradora contra el decreto de fecha 19 de noviembre de 2019 de fs.283 y mantiene la prueba pericial en relación a la citada en garantía. Asimismo, rechaza el recurso de la actora y nulidad planteada contra el decreto de fecha 30 de octubre de 2019 que tenía presente la adhesión de la aseguradora y nuevos puntos de pericia propuestos por la parte, en virtud que consideró que la actora había consentido el decreto del 25 de setiembre de 2019 que corría traslado al demandado de los puntos de pericia propuestos por E. S. SA.

IV.- El trámite descripto obliga a este Tribunal a actuar de oficio por la clara conculcación al debido proceso (art. 44 de la Const. Pcia. del Chubut).

Es oportuno señalar que la garantía citada supone la regularidad secuencial de actos procesales, indispensables para obtener un pronunciamiento judicial válido, dicha secuencia no puede alterarse por incumplimiento de las formas previstas para dichos actos, sin viciarlos, no obstante se produzca la convalidación. Ello encuentra su razón en la finalidad teleológica de los actos procesales, en tanto su concatenación sujeta a las normas que los regulan coadyuva a la realización del debido proceso, substrato de la mentada garantía constitucional, con el respeto a las leyes de fondo que actúan como presupuesto de validez de determinadas actuaciones procesales.

Por ello, cuando se produce una desviación del proceso, por omisión o incumplimiento de formas

previstas para determinados actos o por aplicación de apercibimientos no previstos por la norma procesal, de tal modo que se ve afectado todo el proceso corresponde decretar la nulidad del procedimiento a partir del momento en que se originan los vicios (Cfme. Sum. SAIJ 20005314- C.N.C. Formosa Sent. 19/11/1998).

La ineficacia procesal es un vicio que debe ser evitado para lograr que la actuación jurisdiccional adquiera su máxima eficacia y cumpla la función integradora del orden jurídico. Por ello, teniendo en cuenta que la estructura del proceso es de orden público, la nulidad que proviene de la violación de formas sustanciales del proceso resulta insubsanable y el Tribunal se encuentra facultado para declararla de oficio (cfme C.N.C. Catamarca S.I. 22 de diciembre de 1999 Sum. SAIJ 70031772. Sala A "B.").

La doctrina señala que la citación en garantía prevista por el art. 118 de la ley de seguros tiene los alcances de una acción directa, pero no autónoma; es decir, el damnificado debe ejercer su acción contra el asegurado y contra el asegurador, no puede prescindir del primero y accionar directamente contra el segundo atento que no existe una vinculación jurídica directa contra el asegurador sino que su derecho deriva del contrato de seguro del que no es parte. (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, DJBA 126-354. ED 107-205, entre otros. Citado en Ratio Iuris.Revista de Derecho Privado, Año V N° 2. 2017. ISSN 2347-0151. "La acción directa del tercero contra el asegurador frente al Código Civil y Comercial de la Nación" Autor. Jorge Omar Frega. Publicado por Universidad de Ciencias empresariales y sociales UCES).

Stiglitz y Trigo Represas, sostienen que art. 118 estable un supuesto de acción directa no autónoma del damnificado frente a la aseguradora, y que el asegurador asume la calidad de parte en el proceso.

En definitiva, como hemos dicho en otros pronunciamientos, el asegurador es un demandado más, a punto que a fin de ser citado, no es necesario que se haya notificado previamente al asegurado sino que se integre la litis con éste (Sala A SI 11/21).

Este es el supuesto de autos, se demandó a la aseguradora y al asegurado, la primera no contestó demanda ni ofreció prueba declarándosele rebelde, con las consecuencias que dicha conducta implica.

Es decir, vencido el plazo para comparecer a juicio, contestar demanda y ofrecer prueba, la facultad de adherirse a la prueba ofrecida por la demandada y proponer nuevos puntos de pericia había precluido, no es una etapa que se pueda reeditar, so pena de conculcar el debido proceso.

La circunstancia que la aseguradora haya tomado participación luego de la contestación del codemandado Calderón, no modifica su conducta procesal y las consecuencias de este accionar que llevaron a la declaración de rebeldía de E. S. SA, decisión que quedó firme para la aseguradora con el rechazo de su recurso (SI 65/19 y su aclaratoria 68/19).

Retrotraer el trámite y replicar la oportunidad de ofrecer prueba y/o adherir a prueba ajena y proponer puntos de pericia, cuando-reiteramos- la citada ya fue notificada de la demanda, dejó fenecer su derecho a contestar demanda, fue declarada rebelde; luego, compareció, tomó participación en el proceso y consintió

las resoluciones de fs. 260/261 y fs. 268 (SI 65/19 y 68/19 citadas), conculcaría el debido proceso, la preclusión de las etapas procesales, la igualdad y buena fe entre litigantes.

En autos, el juez de grado no cumplió con este procedimiento expresamente reglado en aras de una tutela efectiva. Lo actuado evidencia un exceso en las facultades ordenatorias del proceso por parte del tribunal de origen, por ello a partir de la providencia simple de fecha 25 de setiembre de 2019, de fs. 267 (Expte. N° 357/2018) se impone un despacho saneador del procedimiento.

Conforme todo lo señalado, corresponde declarar de oficio la nulidad de la providencia del 25 de setiembre de 2019 del Expte n° 357/2018 (fs. 267), en cuanto hace lugar al recurso de reposición de la aseguradora E. S. SA y en consecuencia, de los puntos de pericia ofrecidos y documentación acompañada por el codemandado Calderón corre traslado a la citada en garantía y de todos los actos procesales que fueran consecuencia de la misma incluida la sentencia interlocutoria n° 14/2020 de fs.295/298.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de la parte actora, por los fundamentos expuestos en los considerandos pertinentes, revocar la sentencia interlocutoria n° 37/2021 de estos autos y hacer lugar al incidente de nulidad de la actora por los fundamentos precedentes.

IV- Conforme el modo de resolver las costas y honorarios se modifican por aplicación del art. 282 del CPr.

Las costas de ambas instancias se imponen por su orden (arts. 69 y 70 CPr). Los honorarios de los profesionales actuantes se regulan conforme la etapa procesal, labor desarrollada, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 13,32, 46 y ss Ley XIII N° 4 y su modificatoria Ley XIII n° 15).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial II de Comodoro Rivadavia **RESUELVE:**

1°) Hacer lugar al recurso de la actora incidentista y revocar la sentencia n° 37/2021.

2°) Declarar de oficio la nulidad del decreto de fecha 25 de setiembre de 2019 del Expte n° 357/2018 en cuanto hace lugar al recurso de reposición de la aseguradora E. S. SA y en consecuencia, corre traslado de los puntos de pericia ofrecidos y documentación acompañada por el codemandado C. a la citada en garantía y de todos los actos que fueran consecuencia de la misma, incluida la sentencia interlocutoria n° 14/2020 de fs. 295/298 por los fundamentos expuestos en los considerandos pertinentes.

3°) Imponer las costas de ambas instancias por su orden.

4°) Regular los honorarios profesionales del Dr. M. G. B. I. por el incidente de grado en el 13% y los del Dr. N. A. D. en el 10% de los que resulten regulados en el principal. Los honorarios por la segunda instancia se regulan para el Dr. M. G. B. I. en el 30% y los del Dr. N. A. D. en el 25%, todos de los regulados en la incidencia de grado.

5°) Tener presente la reserva del caso federal.

6°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Firmado digitalmente:
Fernando NAHUELANCA - Presidente;
María Fernanda ZANATTA - Jueza de Cámara;
Ricardo Rubén Enrique HAYES - Juez de Cámara.-

REGISTRADA BAJO EL N° 042 DEL AÑO 2021
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS