000672/2024

Comodoro Rivadavia, veintidós de noviembre de 2024.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"E., J. J. c/ A., R M. R, A. y A. Cía. de S. s/ SUMARIO-Daños y perjuicios", Expte. Nro. 672/2024,** venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero Civil y Comercial (Expte. Nro. 20234/2021), por haber interpuesto el actor recurso de apelación (ID 1600967), contra la sentencia definitiva N° 115/2024.

I. El actor en el punto III del memorial de agravios (ID1634852) formula replanteo de la prueba decretada negligente en primera instancia, en razón del art. 263 inc. 2 CPCCH.

Sostiene que la magistrada desistió de manera errónea la prueba testimonial de los testigos que menciona, toda vez que las causales de caducidad previstas el art. 436 CP., artículo que utilizó la jueza para fundar el mismo, prevén que la misma solo puede ser a pedido de parte. Agrega que la decisión es violatoria de la división de la división de roles que tienen las partes en el proceso y del principio dispositivo.

Agrega que al momento de que la prueba fue desistida, quedaba prueba pendiente de producción, por lo que no existirá un obstáculo dilatorio. Aduce que, el Código Procesal de la Provincia del Chubut prevé la posibilidad de dos audiencias testimoniales; por lo que la fijación de una sola impide el derecho de la parte a que asistan a la segunda.

Por último, expresa que el desistimiento realizado por la magistrada va en contra de la verdad material que persigue la justicia, y se dictó en base a un excesivo formalismo procesal.

Menciona que resulta necesario llevar adelante la producción de la prueba testimonial de los testigos mencionados dado que con ello se podrá acreditar la existencia del accidente y su responsabilidad, dado que los Sres. G. V. M.; H. A. M., evidenciaron los mismos. los testimonios de los Sres. R C. S.; y A. J. C. servirían para probar la relación laboral de mi cliente y su salario para la procedencia del lucro cesante y perdida de chance solicitados pues a raíz del siniestro, dejó de percibir su salario por el periodo en que estuvo de reposo porque su trabajo era clandestino.

Corrido el traslado, no fue contestado.

II. Se ha sostenido reiteradamente que 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.

Sostiene doctrina y jurisprudencia que, el replanteo probatorio en la segunda instancia, no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente (Cfme. Cám. CC Neuquén, Sala 1ª, "Carvajal Fernández de Muñoz, María y otros c/

Belicha J. y otros s/ Despido", en JUBA, sum. Q0002671).

Es decir, no cualquier denegación de prueba o declaración de negligencia autoriza el replanteo en la alzada; el replanteo de pruebas en segunda instancia que admite el art. 263 inc. 2 del C.Pr., es aplicable solamente en los casos de pruebas “mal denegadas”, o de negligencias “mal decretadas” en primera instancia.

Del análisis de las constancias de autos surge que el 16/02/23 se incorporó el expediente al programa de oralidad, y el 28/03/2023 se realizó la audiencia preliminar – concurriendo sólo la citada en garantía- en la cual se admitió, entre otras, la prueba testimonial del actor.

El 08/06/24 se efectuó la audiencia de vista de causa, con la presencia del codemandado R M. A. y la representante de la citada en garantía. En dicho espacio, se tomó prueba testimonial, se certificó la prueba, se instó a la producción de la pendiente y se resolvió “En cuanto a la prueba testimonial de los Sres. G. V. M.; H. A. M.; R C. S.; y A. J. C., en virtud de no haber comparecido, ni haber sido notificados, tengo a la parte actora por desistida de la prueba ofrecida (cf. Art. 436 del CPr.)”.

Siendo notificado el actor, planteó recurso de reposición con apelación en subsidio y el 16/06/23, se rechazó el primero y denegó el segundo.

Para así decidir, consideró el principio de concentración de la prueba oral en la audiencia de vista de causa y la carga del oferente de presentar

en ésta a los testigos propuestos. Agregó que el oferente no impulsó la correcta notificación de los testigos ni participó de la audiencia, por lo que sobre la base de los arts. 436, 438 y 441 del CPCCCH consideró que en el caso se presenta una causal de caducidad objetiva que puede ser declarada de oficio o acusada por un litigante sin sustanciación.

A los fines de resolver, resulta pertinente destacar que el expediente fue incorporado al programa de oralidad. El Protocolo de desarrollo de la etapa probatoria en procesos civiles y comerciales, en el punto 2.2.2.b establece que "tiene la carga de presentar en la audiencia de vista de causa a todos los testigos que haya propuesto".

Por su parte, al regular la audiencia de vista de causa, dispone "determinar las caducidades o negligencias, dar traslado cuando corresponda y resolver, todo en el momento".

Por su parte el Código Procesal, en su art. 436 regula la caducidad de la prueba testimonial y en el art. 438 indica que cuando la parte asume la carga de hacer comparecer al testigo, si éste no concurriere sin justa causa "de oficio o a pedido de parte y sin sustanciación alguna se lo tendrá por desistido".

Es decir, que aun cuando existen distintas discusiones respecto a la declaración de oficio de la caducidad por el art. 436, lo cierto es que, existiendo la carga de hacer comparecer, conforme el protocolo citado, y no justificándose la inasistencia de los testigos, la caducidad opera

conforme el art. 438 del código de forma. Es decir, en forma automática (conf. Highton Elena, Areán Beatriz "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Tomo 8 pág. 229 y ss).

Obsérvese que el protocolo otorga la posibilidad de determinar las caducidades o negligencias –sin distinción de la necesidad de petición de parte-, máxime cuando coloca a cargo del oferente la comparecencia de los testigos.

En el expediente, no obra constancia de la utilización de ninguna forma disponibles para la notificación de los testigos por el actor, como tampoco compareció a la audiencia de vista de causa ni adjuntó pliegos interrogatorios, centrando su defensa en un requerimiento formal –ausencia de petición de parte, aun cuando puede escucharse del registro auditivo de la audiencia el análisis fue asentido por la citada en garantía-. Dicho presupuesto como se expresó no resulta aplicable.

Así, si "la parte interesada ha asumido la carga de hacer comparecer al testigo, la caducidad se opera frente a la mera incomparecencia injustificada de este último". (Palacio, Lino Enrique – Alvarado Velloso, Adolfo "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 8 Ed Rubinzal Culzoni, pág 377.

Asimismo, no resulta un obstáculo a declarar la caducidad de la prueba testimonial, la existencia de otras pruebas pendientes, porque implicaría la exigencia de un requisito no contemplado en la normativa procesal. (Op cit.
Highton, pág 225 y cc).

Por todo lo expuesto, la caducidad de la prueba testimonial decretada se ajusta a derecho y por lo tanto no procede el replanteo de prueba en esta instancia.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial N° II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Rechazar la apertura a prueba solicitada en el memorial de agravios la actora (punto III ID1634852).

2) Regístrese y notifíquese.

REGISTRADA BAJO EL N° 618 DEL AÑO 2024
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS