

En la ciudad de General Roca, a los días 15 de junio de 2023. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**SALINAS, HUGO CESAR C/ VAZQUEZ, INES DEL CARMEN Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) (PPAL 20442)**" (Expte.n RO-14774-C-0000), venidos de la Unidad Jurisdiccional N° 3, previa discusión de la temática del fallo a dictar procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO:

Se han elevado los presentes autos para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto en fecha 02/03/2023, concedido en fecha 21/03/2023, respecto de la resolución interlocutoria dictada en fecha 23/02/2023.-

1.- La sentencia recurrida en lo sustancial decía "...General Roca, 23 de febrero de 2023. ... ANTECEDENTES: I.- Llegan estos autos para resolver la excepción de defecto legal por falta de agotamiento de la instancia de mediación y la nulidad e inoponibilidad de la prueba pericial interpuesta por el Defensor de Pobres y Ausentes de fecha 30/04/2019, cuyo tratamiento fue diferido en resolución de fecha 26/05/2020. ... Por otro, considera también que según se desprende del expediente agregado por cuerda al principal se produjo prueba anticipada, destacando que al peticionarse la misma no se denunció a su representado como demandado, por lo que plantea la nulidad de su producción y su consecuente inoponibilidad, ello en razón de que no habiendo podido así intervenir en el contralor de la producción de la misma se encontrarían conculcados sus derechos de defensa y al debido proceso legal. Agrega que la citación a los demandados fue expresamente ordenada en la providencia del 22/05/2015 (Expte. N.º 9452-J21-15) y que no obstante ello ninguna de las partes fue notificada de dicha citación como allí se ordenaba, produciéndose la misma entonces de manera indebida. Puntualiza que directamente se produjo la notificación del resultado de la pericia, postulando que en el caso de su representado éste se encuentra incluso en una peor situación procesal que el resto, por cuanto ni tan siquiera se lo notificó de dicho resultado... Planteo de nulidad de la prueba anticipada mecánica y accidentalológica: Por otro, y en relación al pedido de nulidad de la prueba anticipada

efectuada en expediente vinculado RO- 20442 "Salinas Hugo Cesar C/ Vázquez Inez del Carmen y otro s/ medida de prueba anticipada" comienzo por señalar que la petición de prueba anticipada tiene por principal finalidad asegurar y conservar una prueba que podría desaparecer de tener que esperar al momento procesal oportuno cf. art. 326 del CPCyC y dicha excepcionalidad en la producción de la prueba anticipada está dada por su realización en etapa no propia y es por ello

que se exige en forma imperativa la citación a la futura contraparte. ... Conforme lo anterior, analizado el expediente en cuestión, le asiste razón al Defensor de Ausentes, por cuanto se observa que al peticionarse la prueba anticipada -ver demanda de fecha 18/05/2015- no se denunció a su representado como demandado, es decir que no ha tenido la posibilidad de intervenir en el contralor de la producción de la misma, pues nunca ha sido citado, ni siquiera a través del Defensor de Ausentes. Ante ello y conforme lo dispuesto por el art. 327 el CPCyC que exige de manera imperativa la citación a la futura contraparte, he de acceder a lo solicitado y en consecuencia he de declarar la nulidad de la prueba pericial mecánica y accidentológica realizada en fecha 01/09/2015 de los autos RO- 20442 "Salinas Hugo Cesar C/ Vazquez Inez del Carmen y otro s/ medida de prueba anticipada", debiéndose dejar nota allí de lo aquí resuelto. Costas a la actora y por aplicación del principio objetivo de la derrota. cf. art. 68 CPCyC. Por todo ello, RESUELVO: I.- Rechazar el planteo de falta de agotamiento de la instancia de mediación por los argumentos expuestos. II.- Hacer lugar al planteo de nulidad de la prueba pericial mecánica y accidentologica realizada en fecha 01/09/2015 de los autos RO- 20442 "Salinas Hugo Cesar C/ Vazquez Inez del Carmen y otro s/ medida de prueba anticipada", debiéndose dejar nota allí de lo aquí resuelto. III.- Costas a la actora y por aplicación del principio objetivo de la derrota cf. art. 68 del CPCyC. Difiérase la regulación de honorarios para el momento de dictar sentencia definitiva ,,".-

2.- El memorial de agravios en sustento del recurso, presentado por la parte actora, ha sido sostenido en los siguientes términos "... Esta parte se agravia por la resolución del tribunal de origen que considera nula la prueba preliminar realizada en autos, respecto del estado de la Pericial Mecánica sobre el vehículo y que constata la existencia de daños materiales.- En la misma, expresamente se indica: "... Ante ello y conforme lo dispuesto por el art. 327 el CPCyC que exige de manera imperativa la citación a la futura contraparte, he de acceder a lo solicitado y en consecuencia he de declarar la

nulidad de la prueba pericial mecánica accidentológica realizada en fecha 01/09/2015 de los autos RO- 20442 "Salinas Hugo Cesar C/ Vázquez Inez del Carmen y otro s/ medida de prueba anticipada", debiéndose dejar nota allí de lo aquí resuelto ... " Dos son las principales objeciones que se plantean a este decisorio, los cuales pasaremos a explicar a continuación: a) Logro de la finalidad del acto: Conforme el Art. 169 del Código Procesal, no puede declararse la nulidad del acto si es que, incluso realizado con irregularidades, se hubiese cumplido la finalidad del acto.- ... No procede, entonces, su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507; 324:1564).- En materia de nulidades debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión.- En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 323:929; 325:1404; 331:994).- En ningún momento la demandada ha inidicado cuáles serían las facultades que no pudo ejercer en razón de no haber sido oportunamente notificado, no solo porque las mismas no existen, sino porque aún existe la instancia, previa a la Audiencia Preliminar, de hacer el planteo de observaciones, ampliaciones e incluso nuevos puntos de pericia que hagan al derecho de defensa de la parte.- En autos, la declaración de nulidad solo implicaría un retraso a un proceso que de por sí ya se ha alargado innecesariamente, y dejaría sin base de cálculo a un reclamo, llevándonos a una Audiencia Preliminar sin elementos numéricos que permitan una verdadera conciliación o transacción entre las partes.- Y si bien, por supuesto, esto no se encuentra previsto en el Código Procesal de manera expresa, resulta ser una sana práctica, en casos como el presente, donde solo se discuten daños materiales, la constatación preliminar de los mismos mediante periciales anticipadas, a los fines de que llegados a los momentos de la Audiencia Preliminar, las partes posean un monto certero sobre el cual trabajar la indemnización.- Esta es una posibilidad incluso habilitada en el Art. 36 inciso 2 dentro de las facultades de los tribunales, que permitiría

acelerar el proceso, lograr la oportuna solución de controversias, y al mismo tiempo, reducir de manera monumental el tiempo de resolución de los conflictos.- Atento la inexistencia de perjuicio en cabeza del demandado Cifuentes, expresamente solicitamos se sostenga la validez del acto, y por lo tanto, se rechace el pedido de nulidad.- b) Nulidad relativa: aplicabilidad a uno solo de los demandados.- Para el caso de que VE considere que la argumentación arriba iniciada no es suficiente, es necesario considerar, entonces, la extensión de los efectos de la nulidad.- Ello porque la sentencia impugnada no indica tales límites, indicando exclusivamente su nulidad.- Pero como surge de la documentación en papel que se encuentra en el expediente, y que justifica porqué este planteo se hace recién al momento de la contestación de la demanda de parte del Defensor Oficial, tanto la demandada Vázquez Inés del Carmen, como su Aseguradora, la Caja Seguros, fueron efectivamente notificados de la medida preliminar.- La nulidad, entonces, no comprendería a los mismos, ya que no solo ellos no la han solicitado, sino que el alegado defecto de notificación que se tuvo para con el demandado Cifuentes, mientras que la Sra. Vázquez y La Caja Seguros si han sido debidamente notificados, pudieron intervenir en la misma, y por lo tanto, los efectos de tal pericia si podrían serle oponibles.- El tribunal de origen no analiza esta cuestión, y dispone sencillamente su nulidad, cuando en la práctica y el peor de los casos, la nulidad debería considerarse exclusivamente para el demandado Cifuentes, mas no para las obligaciones que surgen en cabeza de los restantes demandados.- Y si bien podría parecer contradictorio, recordemos que mientras una de las demandadas es citada en razón de titular registral, y otra en su carácter de Aseguradora, el Sr. Cifuentes es citado en carácter de conductor del rodado.- Si bien todos ellos responden por el por el total de la obligación, su obligación es de carácter concurrente, es decir, que obedece a distintas razones legales y tranquilamente podría condenarse a algunos de ellos por una causa y monto, y a otros, por otra.- Es por ello que esta parte sostiene que, para el caso de que se dictamine en favor de la nulidad, la misma debería limitar sus efectos al demandado Cifuentes, mas no hacia la codemandada y citada en garantía.- Con esto, se obedecería el mandato del Art. 851 inciso g de las obligaciones concurrentes que expresamente establece, como regla general para estas obligaciones que "... la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás..."- Si bien el artículo sigue, el mismo indica que los codeudores pueden invocar esa cosa juzgada, siempre que no se base en circunstancias personales del codeudor. Tal no es el caso de autos: aquí la sentencia de nulidad (en caso de que haga cosa juzgada)

se basó exclusivamente en la falta de notificación al Sr. Cifuentes, lo que hace a una específica característica personal que no se encuentra en la situación de los demás demandados.- De esta manera, para el extremo caso de que VE considere que la nulidad es procedente, rechazando nuestro primer argumento, solicitamos expresamente que se indique que tales efectos se extienden exclusivamente a la condena contra el Sr. Cifuentes, manteniendo validez para los demás codemandados.-

3.- La parte nulidicente, contestó los agravios en los siguientes términos "... II. SE DECLARE DESIERTO. En primer lugar, solicito se declare desierto el recurso de apelación interpuesto contra providencia de fecha 21-03-2023 , atento que el memorial en conteste, no contiene una crítica concreta y razonada del decisorio recurrido.- En efecto el apelante se limita a realizar consideraciones generales, so pretexto de arbitrariedad pretende eximirse de las obligaciones a su cargo, reeditando cuestiones que ya fueran ventiladas en los presentes autos respecto de la naturaleza de la prestación y el legitimado pasivo.- Tal como reiteradamente lo ha expuesto el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro: "...ha expresado reiteradamente que pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas; exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (cf. STJRNS4 Se. 5/16 "MARTINEZ", Se. 36/14 "MENDEZ", Se. 112/16 "MONTENEGRO" y Se. 20/18 "DURTE", entre otros).- tener por desierto el presente recurso. II.- Sin perjuicio de lo expuesto manifiesto que no es correcto la interpretación del art 169 del CPCRN. forzada del actor en tanto olvida que al peticionarse la prueba anticipada -ver demanda de fecha 18/05/2015- no se denunció a su representado como demandado, es decir que no ha tenido la posibilidad de intervenir en el contralor de la producción de la misma, pues nunca ha sido citado, ni siquiera a través del Defensor de Ausentes. El art. 327 el CPCyC que exige de manera imperativa la citación a la futura contraparte, y dado que este no lo realizó to el acto es nulo por tal motivo es correcto haber declarado la nulidad de la prueba pericial mecánica accidentológica realizada en fecha 01/09/2015 de los autos RO- 20442 "Salinas Hugo Cesar C/ Vázquez Inez del Carmen y otro s/ medida de prueba anticipada". III.- Entiendo que le asiste razón a la juez de grado al manifestar que es nula la prueba preliminar en tanto; a.-En relación al pedido de nulidad de la prueba

anticipada efectuada en expediente vinculado RO- 20442 "Salinas Hugo Cesar C/ Vázquez Inez del Carmen y otro s/ medida de prueba anticipada" , la petición de prueba anticipada tiene por principal finalidad asegurar y conservar una prueba que podría desaparecer de tener que esperar al momento procesal oportuno cf. art. 326 del CPCyC y dicha excepcionalidad en la producción de la prueba anticipada está dada por su realización en etapa no propia y es por ello que se exige en forma imperativa la citación a la futura contraparte. ... Por lo expuesto por cuanto se observa que al peticionarse la prueba anticipada -ver demanda de fecha 18/05/2015- no se denunció a su representado como demandado, es decir que no ha tenido la posibilidad de intervenir en el contralor de la producción de la misma, pues nunca ha sido citado, ni siquiera a través del Defensor de Ausentes. Finalmente conforme lo dispuesto por el art. 327 el CPCyC que exige de manera imperativa la citación a la futura contraparte, en consecuencia corresponde declarar la nulidad de la prueba pericial mecánica accidentológica realizada en fecha 01/09/2015 de los autos RO- 20442 "Salinas Hugo Cesar C/ Vázquez Inez del Carmen y otro s/ medida de prueba anticipada", como lo realizó la juez de grado. Corresponde desestimar el recurso interpuesto por improcedente ...”.-

4.- Habiendo analizado los fundamentos de la apelación, como también la contestación del demandado ausente, sostenida por su Defensora, anticipo al acuerdo que me he de expedir por el rechazo de la apelación y consecuente confirmación del resolutorio recurrido.-

La cuestión que hace a la controversia, radica en que el actor ha procedido a producir una prueba pericial mecánica anticipada, pero respecto de la misma omitió notificar a la Defensora de Ausentes, y la misma, en resguardo del Derecho de Defensa de su asistido, ha planteado la nulidad de la pericia, que le ha sido reconocida en el fallo apelado.-

Viene ahora el actor pretendiendo en su memorial que la resolución sea revocada, por las razones que expone, entre ellas dado que pese a todo la pericia fue completada, como también que no demuestra el nulidicente qué perjuicio le genera el no haber participado de la misma, y finalmente, que la magistrada pudo evitar la consecuencia de la nulidad, permitiendo que el acto resulte válido para quienes participaron de la misma y fueron notificados previamente de su realización, e inválida para el nulidicente.-

Precisamente la parte nulidicente ha contestado los agravios, señalando en primer lugar que el recurso adolecía de vicios en la fundamentación tales, que autorizaban la

declaración de deserción. En subsidio, ha contestado los agravios planteados.-

5.- En este estado, me adelanto a proponer al acuerdo procedamos al rechazo de la apelación, y confirmación de la nulidad de la pericia mecánica declarada.-

Si bien el recurrente brinda fundamentos que resultan suficientes como para mantener la viabilidad del recurso, y no son merecedores de la declaración de deserción, ciertamente no pasan de propuestas de su parte, para evitar persista el desenlace ya dispuesto; pero no son capaces tales fundamentaciones de poner en crisis la pertinencia de lo resuelto.-

En efecto, en un marco de excepcionalidad procesal, como constituye la producción de una prueba pericial en forma anticipada, en la que para asegurar la realización de tal prueba, se hace transitar al proceso por un andarivel anormal; exige de quien se vale de tal prerrogativa, que extreme los recaudos para asegurar el derecho de defensa de las contrarias, Entiendo en consecuencia que ese es el valor que debe prevalecer por encima de la conservación del acto.

En esa línea, se ha citado por esta Cámara el 18 de octubre de 2022, en los autos "S.A.D.A.I.C. C/ GARCIA CAMILO RAUL S/ COBRO DE PESOS (ORDINARIO)" (Expte.n RO-20245-C-0000), con el voto rector del apreciado colega Dr. Dino D. Maugeri, compartido con reserva por el también estimado colega Dr. Gustavo A. Martínez, del que surge "...En principio es dable sostener que el art. 326 del CPCC dispone que "Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieran motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes..." Respecto del carácter restrictivo con que debe apreciarse su otorgamiento se ha expuesto: "d) Carácter restrictivo y medios no enumerados. Las medidas de prueba anticipadas, previstas por el artículo 326 del CPCCN, no deben ser permitidas más allá de lo estrictamente necesario porque, de otro modo, podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio" (Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Enrique M. Falcón, Rubinzal Culzoni Editores, T° II, página 862). ... En principio es dable sostener que el temor que evidencia debe reconocer factores objetivos y comprobables, no bastando con una apreciación meramente subjetiva. Recientemente se ha expuesto: "3) Del examen de las constancias obrantes en autos resulta que la parte actora, solicitó, previo a la acción de daños y perjuicios que habrá de entablar contra Telecom Argentina SA, la producción

anticipada de los siguientes medios de prueba: a) el secuestro de los documentos, archivos y registros físicos e informáticos en poder de la accionada, relacionados con la totalidad de los reclamos vinculados con el cliente N° 01422962801; b) la obtención de una copia o backup en soporte papel de tal información que pudiera existir en los archivos digitales de la demandada (discos rígidos, extraíbles o no, servidores y cualquier otro tipo de respaldo existente en los distintos ordenadores). Ello, a fin de acreditar el incumplimiento de las obligaciones de Telecom Argentina SA como proveedor, el trato “indigno” que ha recibido la actora y el perjuicio que tal conducta le habría ocasionado.[-]Explicó que resultaría esencial que la medida se realice sin intervención de la contraria para asegurar su éxito, atento la volatilidad que caracteriza a los sistemas informáticos y la facilidad con la que se podría ocultar o eliminar de las computadoras las constancias requeridas. Esgrimió que Telecom Argentina SA tardó casi dos meses en corregir las deficiencias del servicio de internet, obligando a la accionante a reclamar telefónicamente en numerosas oportunidades, fijando visitas técnicas en horarios abiertos que luego no cumplió y que tampoco avisó que incumpliría, teniendo que permanecer en su hogar imposibilitándola de concurrir a trabajar y privado a sus hijos de sus clases virtuales por un período mayor al razonable para efectuar reparaciones. Alegó que la medida de prueba requerida resultaría esencial para iniciar la demanda en tanto aseguraría a la actora un preciso y eficaz planteamiento de la pretensión resarcitoria, siendo además la única prueba fehaciente de los reiterados incumplimientos de la demandada y del maltrato y desconsideración con el que fue tratada. 4) Efectuado este relato, puntualízase que las "medidas de prueba anticipada" tienen por función procurar que las partes obtengan la conservación de ciertos elementos antes de la oportunidad legal, so pena de correr riesgos por el transcurso del tiempo; ya sea por la imposibilidad o dificultad futura de obtenerlas o por la posibilidad de su modificación, alteración o supresión[-] (esta CNCom., esta Sala A, 30.06.2009, “Salaya Diego Damián c. Coca Cola de Argentina y Otro s. diligencia preliminar”; en igual sentido, íd., Sala B, 05.05.1989 "Gil Francisco c. Mapral SRL s. Ordinario"). En el caso, se advierte que la diligencia solicitada tiende a preconstituir prueba a fin de consolidar la posición de la parte, lo cual puede afectar el derecho de defensa en juicio de la parte demandada. Véase que el aseguramiento de pruebas en los términos del art. 326 del CPCCN, constituye una vía procesal de excepción (cfr. Fassi "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T. 2 p.19), que sólo debe admitirse si se comprueba que el proponente se halla expuesto a perder la probanza o que la misma le resultará

imposible o de muy difícil realización en una ulterior oportunidad. Por ello quien la pide debe extremar la explicación de la razones que la hagan viable y acreditar la existencia de motivos que invoca en su favor, y solo concurriendo tales recaudos puede acordarse la franquicia legal, pues tratándose de una medida de excepción debe evitarse un despliegue de inútil actividad jurisdiccional[-] (esta CNCom., esta Sala A, 20.09.2011, “Gan Xiao Lei c. Banco Credicoop Ltda. s. diligencia preliminar”; en igual sentido: CCivyComFed, Sala III, 26.6.95 causa 23215/1995 "Iguazu Cia. de Seg. S.A. s/ Medidas Preliminares y de Prueba Anticipada"). Coincídese con el magistrado de la instancia de grado en punto a que no se advierten acreditados en autos los requisitos necesarios para admitir, al menos por ahora, medidas como las pretendidas, las que sólo serían procedentes en situaciones de suma gravedad, pues no es suficiente a esos fines la sola invocación de la posibilidad de que los demandados puedan modificar la prueba en su beneficio o que la espera hasta el período probatorio implique ponerlos sobre aviso y darles más tiempo para obrar de dicho modo, sin constancias u otros indicios que permitan inferir que ello pudiera suceder realmente[-] (esta CNCom., esta Sala A, 20.02.2007, “Groisman Débora Fernanda c. Camare SRL y Otros s. diligencia preliminar”; íd., íd., 16.07.2015, “Beltrame Hugo Aníbal y Otro c/ Beltrame Eduardo Oscar y Otro s/ incidente de prueba anticipada”). Además, resulta también dirimente para resolver en tal sentido la falta de individualización adecuada de los elementos y/o constancias que se pretenden obtener. Véase que si bien se refirió haber efectuado el primer reclamo en “setiembre de 2020” y que el 19.09.2020 los técnicos se presentaron en el domicilio de la actora, habiéndose concretado otra visita el 30.09.2020, no se indicaron las fechas en que se habrían realizado las otras llamadas referidas en el escrito de inicio que habrían motivado al menos el acuerdo de cuatro visitas que no se habrían realizado, tampoco se mencionaron los números de reclamo que habría de suponer fueron asignados. Tales consideraciones, aunadas al carácter restrictivo con que debe apreciarse la pretensión por su naturaleza, justifica la desestimación de los agravios esgrimidos sobre el particular” (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA A, Sandol, Mayra Judith c. Telecom Argentina S.A. s/ prueba anticipada, 15/02/2022, Cita: TR LALEY AR/JUR/6599/2022). Anteriormente la Sala C de ese tribunal, al confirmar una decisión que denegaba la producción anticipada de medios probatorios, expuso: “La ley de forma reconoce la posibilidad de producir prueba fuera de la etapa procesal correspondiente, cuando el interesado tenga motivos justificados para temer que su obtención en aquel estadio procesal puede tornarse

imposible o de muy dificultosa producción (arg. art. 326 Código Procesal). Es claro entonces que el temor a la imposibilidad futura de producir la prueba debe estar fundado en circunstancias objetivas y concretas, de manera tal de posibilitar su apreciación por terceros y no provenir de meras especulaciones sin ningún sustento de hecho (esta Sala, en “Karamalikis c. Constructora New Home”, del 18/09/2012; “Uberti, Marcelo E. c. Dietrich SA y otro s/ diligencia preliminar”, 06/11/2015). En tales condiciones, el mero temor del apelante en punto a que su futuro contendiente pueda desaparecer, alterar, o modificar la prueba que obra en su poder, sin elementos que avalen tal eventualidad, no constituye un argumento idóneo para admitir su pretensión. [-] Por lo demás, tratándose de una medida cuya finalidad -como se dijo- es la de conservar prueba cuya producción pudiera resultar imposible o dificultosa en la oportunidad procesal correspondiente, la mayor o menor verosimilitud del derecho que pudiera tener el recurrente con relación a su reclamo de fondo, es aspecto que no incide para la concesión de la medida de que se trata. Y ello, puesto que lo que aquí interesa, es comprobar si la parte que requiere anticipadamente la producción de cierta prueba se encuentra expuesta a perderla, y no, como se alega, a permitir al tribunal conocer acabadamente el plexo probatorio en el cual se sustentará la demanda. Por tales motivos, corresponde decidir la cuestión en el sentido adelantado” (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA C, Clemente Martínez, Gastón Arnaldo y otro c. Banco Santander Río S.A. s/ Prueba anticipada, 30/11/2020, Cita: TR LALEY AR/JUR/67045/2020). Respecto de la acreditación de los recaudos exigidos por el art. 326 antes citado se ha expuesto con claridad en el siguiente comentario doctrinario, que resulta un comentario a un fallo de la Sala C antes citada (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA C, Pollastrini, Guido Oscar c. Prisma Medios de Pago S.A. y otro s/ ordinario, 19/04/2016, Cita: TR LALEY AR/JUR/15449/2016): “III. Actividad necesaria de acreditación. Entonces para poder viabilizar el proveimiento anticipado de pruebas conforme lo establece el art. 326 del CPCCN y dando por sentada la claridad en la exposición de los hechos por quien petitiona su dictado -los que no han podido ser ni negados ni controvertidos a esta altura del proceso por ninguna otra parte - hay que preguntarse lo siguiente en relación con la viabilidad del dictado de medidas de prueba anticipada: a) ¿Cuáles son los motivos justificados que se deben invocar y probar por quien petitiona su dictado? b) ¿Que es lo que debe temerse? c) ¿Cuando hay imposibilidad o mucha dificultad de producción en el estadio propio? d) ¿Como acreditar estos extremos? Veamos: a)

Justificar los motivos consiste en fundamentar las razones por las cuales la parte que pide entiende por qué -en un estadio diferente al específicamente establecido por la ley ritual para ofrecer y producir pruebas en un proceso - puede y debe hacerlo en otro estadio de la contienda; y el razonamiento que la norma exige es claro y tiene antecedente en la necesidad de evitar que se radiquen peticiones con el solo objetivo de preparar pruebas o valerse de ellas con fines distintos a lo que la norma prevé -en principio -para casos excepcionales (La doctrina enseña en este sentido que : " El anticipo preventivo de prueba importa la admisión excepcional de la medida, en una etapa no propia, con fundamento en la necesidad de su conservación ante una eventual pérdida o desaparición ..."; agregando que "...como tal facultamiento podría colocar en situación de ventaja a una de las partes interesadas en desmedro de la posición de la otra , se rodea a su admisión primero y a su producción después de ciertos resguardos tendientes a restablecer el equilibrio. Por un lado quien la pide debe acreditar que existen motivos serios para temer que su realización pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el periodo de prueba; solo en esos supuestos puede acordarse la franquicia legal ya que el dispendio jurisdiccional que importa faltando tales condiciones no podría justificarse". -MORELLO — SOSA — BERIZONCE — "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación Comentados y Anotados", t. IV A p. 455-) b) Temer es tener o sentir miedo o temores o incertidumbres o angustias en relación con lo que se aspira probar en un proceso y tener dudas - en definitiva- que si no se concreta al principio del trámite lo que se entiende que es serio e importante demostrar en materia probatoria se vea frustrado al final de la contienda. Y en este sentido intervienen en la evaluación que hace el juzgador del temor los propios factores subjetivos, es decir aquellos que son propios de la persona o de la parte que pide la producción de prueba anticipada, y también los objetivos que son propios del proceso y que el juez - que es un tercero que evalúa- debe advertir para generar su convicción. No debe olvidarse que las pruebas son ofrecidas por las partes, pero que se adquieren para el proceso, contando para ello las primeras con la libertad de ofrecer el material probatorio del cual intentan valerse, siendo la prueba en rigor de verdad libertad; será el juez - tercero imparcial- quien estimará o rechazará el pedido y el que en definitiva deberá evaluar si el temor de la parte más el temor de no contar con el material probatorio 'ab initio' podrán a futuro generarle un problema o brindarle un aporte a la solución justa al definir finalmente el futuro del conflicto. En consecuencia será necesario demostrar y convencer ante la jurisdicción acreditándole tanto lo primero, es decir lo subjetivo como así también lo

segundo, es decir lo objetivo; por lo que no será procedente el pedido de realización de prueba anticipada solamente con la acreditación de subjetividades o especulaciones como el fallo indica. En el marco de cualquier litigación hay temores subjetivos; pero en el ítem en tratamiento si bien ellos cuentan -aunque sólo en parte - cuentan más los segundos, es decir aquellos a través de los cuales se pueda acreditar y demostrar que la producción de la prueba resulte imposible o muy dificultosa para acertar al decidir finalmente el alcance de lo pretendido en el marco del proceso y con base en el material probatorio que no puede faltar al decidir el conflicto. c) Se entiende algo como imposible a lo que jamás ocurrió o que jamás va a ocurrir; aquello que no se puede concretar nunca; existe dificultad cuando se encuentra un obstáculo a que algo suceda, pero que dicha dificultad no impide que se concrete en algún momento. Es decir que puede ser posible aunque costaría concretarlo debido a la situación de dificultad que se puede presentar en diversos grados o escalas. El art. 326 del CPCCN regula y califica un grado de dificultad -alto- y se utiliza el concepto 'muy dificultoso' como ilustra la norma, es decir algo que se puede concretar pero que para hacerlo se deberán superar muchos obstáculos, o como alude algún prestigioso autor al tratar el tema en los siguientes términos: '...la prueba anticipada como un medio de preservar cierta fuente de prueba que corre riesgo de perecer o de algún modo perjudicarse ínterin se arribe a la etapa probatoria' ("Prueba Cuestiones Modernas", Director MORELLO, Augusto M., Prueba Anticipada - Protección Cautelar de las fuentes de Prueba, por Pablo Grillo Ciochini, Primera Edición, Editorial LA LEY 2007, p. 18). Será necesario entonces acreditar la imposibilidad o la mucha dificultad para que la diligencia probatoria sea proveída en forma anticipada; y si ello no ocurre la petición no tendrá andamiaje y será desestimada sin más. La imposibilidad o la dificultad extrema en producción es lo que define la viabilidad o el rechazo: si el material probatorio puede colectarse y obtenerse normalmente en el periodo de prueba no es necesario acudir a este procedimiento anticipado. Respecto de los supuestos citados en la norma en tratamiento el carácter -taxativo o simplemente enunciativo- también ha sido discutido por la doctrina, dando lugar a diferentes posiciones y perplejidades dividiéndose entre aquellos que indican que la enumeración se limita solamente a los supuestos allí previstos -Chiappini y Fenochietto- (tesis restrictiva) mientras que otro sector - Palacio- Morello- Sosa .Berizonce- sostienen una postura más aperturista, indicando que la norma solamente enuncia supuestos, y la interesante posición de Clemente Díaz, que sostiene que si la enumeración es taxativa no es completa ya que otras leyes podrían incorporar otros

supuestos de producción de prueba anticipada” (PRODUCCIÓN DE PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO CIVIL, Carelli, Enrique A., Publicado en: LA LEY 24/05/2016 , 8, LA LEY 2016-C , 433, Cita: TR LALEY AR/DOC/1483/2016). ...”.-

No comparto entonces que corresponda flexibilizar el criterio en cuanto a tolerar la omisión en la que ha incurrido la actora, en notificar con antelación a la Defensora de Ausentes para el control de la prueba.-

El fundamento de la apelación, respecto a que la consumación del resultado de la pericia importe enervar los efectos de la omisión, en mi criterio precisamente proyecta la consecuencia contraria, en tanto; puesto que mayor afectación al derecho de defensa del ausente produce la mayor extensión del procedimiento de la prueba sin la posibilidad de su control.-

En suma, por las razones dadas entiendo acertado el criterio de la Sra. Jueza de primera instancia, proponiendo al acuerdo rechazar la apelación y confirmar la resolución recurrida, como así también, atribuir las costas a la actora -art. 68 del CPCC- por el principio objetivo de la derrota- y regular los honorarios de segunda instancia en el 30 % a la Dra. María Belén Delucchi, por la actividad recursiva y en el 25 % al Dr. Nicolás Oscar Díaz, en ambos casos de los que les correspondan sobre los hasta aquí diferidos en primera instancia -arts. 6 y 15 de la ley G-2212). ASI VOTO.-

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO:

Tal como expuse en mi voto en el citada causa "S.A.D.A.I.C. C/ GARCIA “, no participo de un criterio tan restrictivo de la prueba anticipada como el que se expresa en partes de las citas colacionadas con el Dr. Maugeri y que aquí se vuelven a reiterar. Antes bien creo que debería alentarse mucho más la práctica de ellas, sobre todo cuando es necesario verificar el estado de cosas o lugares, lo que con el tiempo pudiera verse frustrado o dificultado en grado sumo.

Ahora bien, la anticipación de la prueba no supone en modo alguno evitar la participación de las otras partes sean que hayan sido o no aún citadas a juicio. En lo posible debe procurarse que éstas puedan participar y solo excepcionalmente cuando la urgencia en la producción se encuentre debidamente justificada, admitirla en esas condiciones.

Ahora bien, en ningún caso puede ser admisible que se produzca la prueba sin permitir siquiera el control por parte de la Defensoría Oficial cuando no es posible acordar participación a ésta.

Con tal aclaración, adhiero a la propuesta que formula en su voto el estimado colega que me ha precedido en el orden de exposición. TAL MI VOTO. .-

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI , DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).-

Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar la apelación tratada y confirmar la resolución recurrida, como así también, atribuir las costas a la actora -art. 68 del CPCC- por el principio objetivo de la derrota; de acuerdo a los considerandos.-
- 2.- Regular los honorarios de segunda instancia en el 30 % de los que le correspondan a la Dra. María Belén Delucchi, y en el 25 % al Dr. Nicolás Oscar Díaz, en ambos casos de los que les correspondan sobre los hasta aquí diferidos en primera instancia -arts. 6 y 15 de la ley G-2212): según los considerandos.-
- 3.- Regístrese, notifíquese de conformidad con lo dispuesto en la Acordada 36/2022-STJ, Anexo I, Artículo N° 9 y oportunamente vuelvan.

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ

JUEZ DE CÁMARA

DINO DANIEL MAUGERI

JUEZ DE CÁMARA (EN ABSTENCIÓN)

Ante mi:

PAULA CHIESA

SECRETARIA