En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., C. O. c/ N., E. S. s/ ORDINARIO", expte. nro. 11/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 837/03), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 454), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 420/424? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia definitiva nro. 58/2010 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción (fs. 420/424vta., fs. 431).

La sentencia venida en crisis rechazó la excepción de prescripción interpuesta por la demandada a fs. 126. Admitió parcialmente la excepción interpuesta por la actora. Rechazó la demanda interpuesta por C. O. C. y la reconvención planteada por E. S. N. contra el actor. Impuso las costas de la acción a la actora vencida y de

la reconvención a la demandada reconviniente. Reguló los honorarios de los letrados actuantes.

A fs. 446/450 obra glosado el memorial de agravios de la actora apelante.

Sucintamente se queja porque el a quo desestimó la demanda alegando parquedad probatoria, además dice que la sentencia es arbitraria y hubo una errónea valoración de la prueba.

Reseña el objeto y los fundamentos de la demanda, transcribe considerando de la sentencia venida en crisis por el cual el juez de grado entendió que habiendo parquedad probatoria y oscuridad en los planteos y pretensiones desestimó la demanda. Entiende la apelante que por mandato procesal debió el a quo haber realizado todas las diligencias procesales conforme el art. 34 del código de forma. Cita doctrina. Sostiene que la Ley 25488 modificó el código procesal civil y comercial de la Nación y sustituyó en el art. 34 la palabra podrán por deberán. Por lo que entendió que el juez de grado debió determinar y clarificar las alegaciones de esa parte.

A su entender desestimó el testimonio de G. P. argumentando contradicciones, sin embargo considera que surge con claridad que era albañil el actor. Transcribe el análisis de la prueba obrante en la sentencia cuestionada manteniendo su afirmación que el a quo debió ordenar las que considerara necesarias.

Hace reserva del caso federal.

Análisis.

En cuanto a los planteos de la parte apelante sobre la prueba rendida y las conclusiones de la misma por parte del a quo, adelanto que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los

hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quién corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandia, "Teoría de la prueba judicial", t.I, pág. 426, Bs. As.-70, Sentis Melendo, Santiago "Teoría y práctica del proceso" t.III, pág. 200, Bs.As.).

En consecuencia, la actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal Civil", pág. 42).

Más aún, a esta altura recordamos la magistral enseñanza de Goldsmidt con relación a la conducta omisiva en el proceso y en particular a la carga procesal concebida como imperativo del propio interés, al señalar como principio: "la ocasión obliga o, más bien, impone una carga y la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión" (Teoría General del proceso, pág. 84)" (Fenochietto, "Cód. Proc...", t.2, pág. 404, ed. Astrea-1999).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia sostuvieron que la búsqueda de la certeza mediante un método crítico de conjunto conceptualizado por Gorphe como un método que a la par que contemple cada medio probatorio, tenga en

cuenta el conjunto y sea lo bastante sistemático para extraer las relaciones existentes entre todos los elementos (“Apreciación de la prueba”, pág. 151, cita Casimiro Várela “La valoración de la prueba”, pág. 52, ed. Astrea-90). En cuanto a la apreciación de la prueba se ha destacado la necesidad de enlazar hechos y circunstancias que hagan desaparecer las sombras que ocultan la realidad jurídica y que la certeza moral no se obtiene muchas veces con una apreciación aislada de los elementos probatorios, tomados uno a uno, sino en su totalidad, por cuanto probanzas que aisladamente pueden ser débiles o imperfectas, en muchos casos se complementan entre sí de tal modo que unidas llevan al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos (Falcón, E. “Tratado de la prueba”, pág. 584, t.1, ed. Astrea-2003).

Dicho esto sobre la carga y valoración de la prueba no puede dejarse aislada la instancia de la parte que se abre con la acción, el proceso se inicia entonces con la demanda. “La precisión y claridad de la petición está destinada tanto a que la otra parte pueda presentar una adecuada defensa… Pero fundamentalmente, la petición concreta de la pretensión reclamada que se funda en los hechos. Así se llega a la trilogía estructural fundante de la demanda. Se narran unos hechos jurígenos que dan lugar a una violación de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Se establece la pretensión, esto es, el marco como determinante de la sentencia en función del derecho objetivo reclamado, y se pide concretamente se haga lugar a esa pretensión. Es así que puede calificar la demanda como un acto de petición” (ver Falcón, “Cód.Proc.”, T.II, pág. 620, ed. Abeledo Perrot-88).

El juez a quo dejó sentado y ello es corroborado y reconocido en el escrito subexamine que el objeto de la demanda surgía poco claro, como así también la ausencia de pruebas. En atención a ello, en nada descalifica la sentencia en cuanto a que el actor en la absolución de posiciones reconoce que fue compensado con los montos de la locación del inmueble por alquileres que percibió por cinco años, que tampoco se acreditó el fallecimiento invocado ni la condición de heredera de la demandada. Mucho más confusa resulta la confrontación de las manifestaciones de la quejosa respecto de la valoración de la prueba testimonial, tal el caso de fs. 199 y vta. en que las contradicciones son indiscutibles y de dicha pieza procesal no puede extraerse alguna conclusión que favorezca la posición del actor apelante.

La litis quedó conformada por la demanda y su contestación y la reconvención; en las mismas, las partes delimitaron, enmarcaron, el alcance de sus pretensiones y a ellas incumbe acreditar sus dichos: "el juez activo o director es aquel que ejerce sus facultades y respetando la igualdad de las partes y el debido proceso contradictorio, dispone de ciertas facultades para que el proceso no sea un mero juego de estrategias y ficciones; ello sin subvertir al proceso ni a los litigantes, y sin apartarse de los términos en que ha quedado trabada la litis" ("Principios del derecho procesal", JA, número especial, 2010-II, coordinador Dr. Peyrano, pág. 35).

Sabido es que la expresión de agravios es un acto de impugnación destinado específicamente a censurar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el tribunal. Su naturaleza se vincula con la sentencia, que constituye, al decir de Carnelutti, el blanco contra el cual se dirige. Petición

destinada a rescindir en todo o en parte la sentencia y sustituirla por otra nueva decisión de la alzada.

En esta orientación, tienen la trascendencia de una demanda destinada a abrir la segunda instancia, pues sin expresión de agravios, el tribunal se halla imposibilitado de entrar a verificar la justicia o injusticia del acto apelado y como su objeto lo constituye el ataque a la decisión del juez, la doctrina la denomina demanda de impugnación. La segunda instancia se abre con la concesión del recurso y no con su interposición, constituyendo la expresión de agravios la concreción al acto impugnativo, al tiempo que fija los alcances del acto rescisorio y de fallo a pronunciar por la alzada. Es decir, al agravio será la medida de la apelación conforme el principio de congruencia. (ver "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales", n° 2, Fenochietto, ed. Astrea, pág. 96/97, art. 265).

No bastará ni reunirá los requisitos de una demanda de agravios si se reduce a una simple reedición de los argumentos esgrimidos en primera instancia, o consiste en consideraciones de orden general o desahogos contra la administración de justicia y/o el magistrado de grado, ni tampoco cuando discrepa o disiente de la interpretación judicial. Sin expresión de agravios el tribunal se encuentra imposibilitado de verificar la justicia o injusticia de lo resuelto. Y la misma debe concretar la materia en que ha entender el tribunal de grado, aportando fundamentos y las bases jurídicas de los disímiles puntos de vista frente a lo resuelto por el primer juzgador, en tanto el escrito conteniendo generalidades y discrepancias genéricas no constituye

técnicamente una expresión de agravios,..." (DJ 1996, pág. 527).

Corresponde poner de resalto que el escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas conforme la norma citada, por lo que el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe al apelante de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando los errores en que se ha incurrido o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (CNCiv. Sala A, 1998-02-24, Tolabac Bianchi, La Ley 1999-C-777, J.Agrup. caso 13.807).

Tal y como ocurre en la especie, que la parte apelante atribuye errónea interpretación del derecho al a quo y plantea un disenso sin rebatir los fundamentos en que baso la decisión. El escrito subexamine no alcanza a superar el test de suficiencia diseñado por el art. 268 del ritual.

Conforme fue señalado precedentemente, estriba su queja en la mención de un error de apreciación sin señalar cuál es, con la intención de revertir por su simple voluntarismo la decisión adoptada, y la sola mención en una discrepancia; es sabido que la mera discrepancia con el a quo no es suficiente para mantener el recurso, debiendo este bastarse a sí mismo e indicar cómo arribaría el quejoso a una solución diversa.

La sentencia atacada resulta adecuadamente fundada conforme las constancias probatorias y un razonamiento ajustado a derecho lo que se desprende de lo dicho, manteniéndose inmutables las conclusiones a las que llegó el primer sentenciante. "Sin expresión de agravios el tribunal se encuentra imposibilitado de verificar la

justicia o injusticia de lo resuelto. Y la misma debe concretar la materia en que ha de entender el tribunal de grado, aportando fundamentos y las bases jurídicas de los disímiles puntos de vista frente a lo resuelto por el primer juzgador, en tanto el escrito conteniendo generalidades y discrepancias genéricas no constituye técnicamente una expresión de agravios,..." (DJ 1996, pág. 527).

El escrito de arribo a esta Alzada, no supera la crítica concreta, razonada que requiere el art. 268 del ordenamiento procesal, tales circunstancias imponen la sanción del art. 269 del CPCCCh, declarando desierto el recurso.

Las costas se imponen a la apelante vencida conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 Digesto Jurídico Ley XIII nro. 5). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1.- Declarar desierto el recurso. Confirmar la sentencia venida en crisis según considerandos respectivos.

2.- Costas a la apelante según considerando respectivo.

3.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

4.- Tener presente la reserva federal efectuada.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I.) Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada por la parte actora a fs. 431 la sentencia definitiva nro. 58 (fs. 462/466 – fs. ref. 420/424) del 30/12/04, habiéndose concedido a fs. 432, libremente y en

efecto suspensivo, el recurso de apelación.

El fallo en la parte que aquí se cuestiona, dispuso: "2) Rechazando la demanda interpuesta por el Sr. C. O. C. contra la Sra. E. S. N., conforme el considerando respectivo…".

A fs. 327/340vta. obran glosados los agravios de la parte actora, los que no fueran contestados por la contraria, conforme traslado conferido a fs. 341.

A fs. 446/451 obran glosados los agravios de la parte actora, los que no fueran contestados por la contraria, conforme traslado conferido a fs. 451.

I.A) Entendiendo que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

Concretamente la parte actora (fs. 446/450vta.) se agravia por cuanto el a-quo rechazó la demanda alegando parquedad probatoria, lo que constituye en arbitraria la sentencia y en que el a-quo efectuó una errónea

valoración de las pruebas.

I.B) Después de un exhaustivo análisis de los términos en que fue planteada la apelación por parte de la apelante demandada (fs. 446/450vta.) y considerando que es pacífica la doctrina y jurisprudencia versada en la materia que: "La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado -debe decirse cuál es el agravio-. Lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones -debe exponerse por qué se configura el agravio-. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión de la-quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (cf. Morello-Sosa-Berizonce, en "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", T.III, pág. 351; Cám.Nac.Civ., Sala A, 14-2-80, L.L. 1980, v.D., p.180; ídem. Sala B, 13-6-78, Der. v.80, p.378, entre otros); que como resultado de la merituación efectuada sobre el contenido de los agravios expresados por el recurrente se advierte que los mismos se limitan a consideraciones genéricas, impugnaciones subjetivas y

simples afirmaciones dogmáticas sin el necesario desarrollo argumental que demostrara la pertinencia de lo aseverado, no ingresando a un análisis integral de los presupuestos jurídicos y de hecho; que, conforme emerge de los fundamentos de hecho y de derecho efectuado por la a-quo en el considerando II (fs. ref. 421vta./423.) y considerando III (fs. ref. 423/vta.), este ha analizado en forma integral los dichos de las declaraciones testimoniales y documentales obrantes en autos, siendo insuficientes los argumentos expuestos por el agraviado en cuanto a la prueba (fs. 448/450), sin siquiera fundarlo en referencias parciales ni mucho menos efectuar la individualización concreta necesaria para enervar la decisión del a-quo que critica. Ello es así, ya que, conscientes del relativo valor que en ciertos supuestos debe asignárseles a las pruebas que traducen cumplimientos de carácter formal por parte del actor, la búsqueda de la verdad se reviste de mayor dificultad y el análisis de cada uno de los elementos de juicio aislados y conglobados, son insuficientes para acreditar lo alegado por su parte.

Por otro lado, he de precisar que es criterio de la suscripta a partir de los autos caratulados: "R., M. A. c/ M., E. s/ Sumario (Daños y Perjuicios)", expte. Nro. 10.805/98, sent. Def. nro. 52 del 14/12/99) que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una, descartando otras que considere inconducentes o inoperantes por ser suficiente a tal efecto que haga referencia a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que no hayan sido computadas; no violando las leyes que rigen la valoración probatoria la

preferencia del juez por unas pruebas respecto de las otras con lo cual el fallo puede apoyarse en determinados testimonios e informativas, o sea pruebas corroborantes de las que estos resulten y presunciones con prescindencia de otras pruebas (cf. SCBA, Ac. y Sent., 1977, v.I, p.344), más aún cuando se advierte que la sentenciante en el considerando II (fs. 716/717vta.), ha efectuado un pormenorizado análisis de los intercambios telegráficos efectuados por las partes y los efectos que de los mismos derivaron.

A ello debe agregarse que equivoca el apelante actor el entendimiento de la carga de la prueba por cuanto es entendimiento de la suscripta que cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, conforme lo prescripto por el art. 381 que expresa: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o Tribunal no tenga el deber de conocerlo. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción" y el art. 388 (ambos de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico) que determina: "Las medidas de prueba deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo. A los interesados incumbe urgir para se sean diligenciadas oportunamente. Si no lo fuesen por omisión de las autoridades encargadas de recibirlas los interesados podrán pedir que se practiquen antes de los alegatos siempre que, en tiempo a parte que ofreció la prueba hubiese informado al Juzgado las dificultades y requerido necesarias para activar la producción".

Advierto a la parte apelante actora que en la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” – Digesto Jurídico” -, ley procesal que rige en nuestra provincia no es aplicable la Ley nro. 25488., que invoca, es más en el art. 36 de “Facultades Ordenatorias e instructorias” expresamente determina como facultad “podrá”, ap. 2do. ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Es más, dicho precepto ha de ser entendido con las normas que regulan el proceso en cuanto a la carga de la prueba que he mencionado en los párrafos anteriores.

A mayor abundamiento, considero que la demandante no cuenta con acción alguna como pretende en el presente proceso, sino todo lo contrario, es decir, que corresponde excluir la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa; es decir, quien es negligente de no haber obrado por las vías legales y con la debida diligencia, no tiene motivo de queja si luego se le niega la "actio in rem verso" (cf. Borda, G., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones”, Buenos Aires, 1998, t. II, ps. 448/449, n° 1701 in fine y n° 1702; CNFed. Civ. Com., Sala 2, 12/5/72, "Guillermo Martínez c/ Junta Nacional de Granos s/ cobro de pesos").

Por las razones invocadas arribo a la convicción de que deben ser declarados desiertos los agravios expuestos por el demandante fs. 446/450vta. en virtud de la prescripto en los arts. 268 y 269, de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A”- Digesto Jurídico - y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. ref 420/424.

I.C) Teniendo en cuenta que de acuerdo a cómo se ha resuelto el presente caso, es de aplicación el art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -Digesto Jurídico- arribo a

la convicción de que las costas de segunda instancia son impuestas a la parte actora vencida. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, en caso de coincidencia, la siguiente:

1) Declarar desiertos los agravios expuestos por el demandante fs. 446/450vta., en virtud de la prescripto en los arts. 268 y 269 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A"- Digesto Jurídico - y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. ref 420/424.

2) Las costas de segunda instancia son impuestas a la parte actora vencida por aplicación del art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -Digesto Jurídico-. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 –Digesto Jurídico-).

3) Tener presente la reserva del caso federal.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Reynoso de Roberts no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 431 y fundado a fs. 446/450vta. por el

demandante y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. ref 420/424.

2) Costas de segunda instancia a la parte actora vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. V. H. en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado a su parte en primera instancia.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012**
**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"**