000066/2016

Comodoro Rivadavia, de abril de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"V. M., J. G. c/ A., S. M. s/ ORDINARIO (ACCION REIVINDICATORIA)", Expte. Nro. 66/2016,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de en lo Civil y Comercial Nro. 1 Secretaría Nro. 1(Expte. Nro. 347/2014), por haber interpuesto la parte actora fs.199 recurso de apelación contra la sentencia de fs. 190/194.

I.- A fs. 209/210 formula replanteo de prueba informativa y testimonial denegada y caduca en primera instancia.

Indica que el juez de primera instancia denegó la declaración testimonial de Pablo Vargas, hijo del actor y único testigo presencial del diligenciamiento del retiro; del Cabo M. cuya declaración no fue admitida porque la información sobre el domicilio de la misma para proceder a su citación fue suministrada con posterioridad a la fecha de la audiencia fijada para la declaración.

Solicita también se fije audiencia para recibir la declaración de C. C. A. G., G. F. G. y F. A. C..

Asimismo solicita se libre oficio a G. S. a fin que informe si de sus registros surge la adquisición de electrodomésticos por parte de la Sra. S. M. remitiendo copia de la información, puntualmente si se le vendió a la Sra. M. una heladera con freezer y una cocina que individualiza.

II.- Antes de ingresar en la resolución

de la cuestión sometida a decisión conviene detallar que estamos en el marco de una acción ordinaria de reivindicación de bienes muebles del domicilio de la aquí demandada.

El actor detalló los bienes cuya reivindicación persigue y que consisten entre muchos otros en bienes muebles tales como sillas de plástico, estanterías, mesa de televisor, gomas/cubiertas, utensillos de cocina, calefactores, mesada de mármol, aparador, televisores, radiograbadores, radio, roperos, ropa de cama, bicicleta fija, dos automóviles (un Fiat Fiorino y Renault Laguna).

La demandada al contestar demanda indicó que con fecha 13 de junio de 2014, a las 15 hs. le entregó al Sr. P. V. –hijo del actor-, todos los bienes que había en su casa con intervención de la División de la Policía Comunitaria consistente en bolsas de ropa, papeles, fotografías, zapatillas, anteojos, dos cuadros, cámaras fotográficas, tensiómetro y otras incluyendo los dos vehículos. Acompañó copia certificada del acta de retiro. Afirmó que no había otras cosas del actor, que las que se entregaron en esa oportunidad.

Al contestar el pertinente traslado de esa documental, el aquí recurrente mencionó no contar con copia ni constancia del acta de retiro y admitió que si se entregaron algunos elementos personales pero no la totalidad de los bienes conforme el detalle que efectuó en la demanda (fs. 42).

III.- Tales son, sucintamente los antecedentes del caso que deben tenerse en cuenta para la presente resolución relativa al replanteo de prueba en esta instancia.

Como lo señala el recurrente, este Cuerpo 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.

La norma autoriza a las partes a indicar al tribunal las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiere mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los arts. 383 y 389 parr. 2.

Sin embargo, en virtud de tales normas, sólo resulta viable la apertura a prueba en esta instancia, cuando la negligencia decretada no fuera oportuna. Por ello, en el caso es necesario que el peticionario justifique que de su parte no hubo demora, desidia o desinterés en producir el elemento probatorio declarado caduco. En tal orientación ha sido rechazado el replanteo, si la declaración de negligencia ha sido bien decidida en primera instancia (Ver. Fenochietto, Carlos E. "Cod. Proc. Civ…" Ed. Astrea, Bs.AS. 2001, T. 2 p. 91; íd. Loutayf Ranea, Roberto, "El recurso Ordinario de apelación.." Ed. Astrea, Bs. As.1989 T. 2 p. 206 y sus numerosas citas).

Porque "La facultad de replantear prueba en la alzada no es una via destinada a subsanar la indolencia en su producción oportuna, sino un modo indirecto de rever la justicia de la declaración de negligencia, atento la inapelabilidad del auto que la decide, posibilitando su producción en caso de ser

injusta aquella declaración” (CCCom. de San Martín, sala 2° 21/5/91 JA 1995-I, sint.).

Ello implica que el apelante proponente de la prueba debe desvirtuar los fundamentos dados por el juez para considerarlo negligente y demostrar el error de la resolución del juez de primera instancia.

A la luz de las normas y reglas interpretativas mencionadas debe analizarse la cuestión.

a.- Con relación a la declaración testimonial de P. V. debe tenerse presente que a fs. 54 se fijó audiencia para recibir su declaración testimonial para el día 13/05/2015 y suplementaria para el día 29/05/2015. El 7/5/2015 el oferente de la prueba solicitó que únicamente reconozca la firma inserta en el acta de retiro de pertenencias del 13/06/2014. A fs. 79 el juez rechazó el pedido porque la parte no había ofrecido como prueba el reconocimiento de documental.

El día 15/05/2011, a pedido de la parte demandada (fs. 82 y 85), el a-quo declaró a la actora por desistida de la prueba testimonial de C. C. A. G., F. G. G., F. A. C. y P. A. V. (fs. 83 y 86 respectivamente) por no haber activado la citación con fundamento en el art. 436 inc. 1 y 2 del CPr.

Efectivamente no existen constancias de que la actora proponente de la prueba haya solicitado las medidas necesarias para que la citación se practique, conforme la manda del art. 432 del CPr.

Sostiene la doctrina con relación a la prueba testimonial que corresponde declarar sin substanciación alguna la caducidad y ante la mera verificación del vencimiento del plazo respectivo,

denominada por Colombo “caducidad automática” (Palacio: “Derecho Procesal Civil”, T IV, p. 404, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1977), que debe decretarse “sin sustanciación” (Fenochietto-Arazi, “Cód. Procesal”, tomo II, p. 448, Ed. Astrea, Bs.As., 1993- ArazziRojas, p. 448, E. Culzoni- 2001 ídem S.T.J.CH. causa Williams, Elis s/ Indemnización Accidente de Trabajo 04-02-94, N° SAIJ 94150025 y causa Fretes, Ricardo Haroldo s/Demanda Contencioso Administrativa, Expte. N°14.029, 17-02-94, N° SAIJ: 94150094).

Atento tales constancias, y los criterios precedentemente expuestos, se advierte que la caducidad dispuesta en relación a la prueba testimonial, es ajustada a derecho.

Además la petición no resulta una critica concreta y razonada de la negligencia recaida en primera instancia, sin lograr demostrar que la prueba en la que insiste es necesaria para la solución del pleito (en este sentido ver Eisner, Isidoro “El llamado replanteo de pruebas en la alzada” LL 1980-C410).

b.- Con relación a la citación de la cabo 1 Moreira, funcionaria actuante en la diligencia del retiro de las pertenencias cuya declaración testimonial ofreció el actor y fue proveída favorablemente fijando fecha de audiencia para el día 7/05/2015 y suplementaria para el día 29/05/2015 y también tenida por desistida a la actora por no haber activado su citación caben algunas reflexiones, pues se advierte que la caducidad de la misma no ha sido ajustada a derecho.

En tal sentido, surge de las

constancias de fs. 42 vta. que el actor solicitó se libre oficio a la Unidad Regional a fin que informen sobre el domicilio de la citada funcionaria a fin de citarla como testigo.

El oficio –Nro. 240/2015- fue librado el 16/03/2015, diligenciado el 20/03/2015n y respondido el 16/04/2015 sin la información sobre el domicilio a los fines de la citación. Por eso, a fs. 74 el 4/5/2015 se libro oficio reiteratorio pedido de la parte oferente de la prueba.

A fs. 75 el actor solicitó se deje sin efecto la audiencia hasta tanto la Unidad Regional informe el domicilio de la testigo. Inexplicablemente, se le proveyó a fs. 79 que debía estar a la respuesta del oficio Nro. 240/2015, el mismo que había omitido informar sobre el domicilio requerido, razón por la cual a fs. 74 se había librado nuevo oficio a tales fines.

La respuesta a tal oficio fue recibida en el juzgado el día 2/6/2015, es decir, con posterioridad a la fecha de audiencia suplementaria fijada.

Por ello, haber tenido por desistida a la parte actora de la testimonial de la Cabo 1° Moreira por no haber activa su citación, no resultó ajustado a derecho, pues no contaba con el domicilio a donde dirigir la citación, extremo no ignorado por el Juzgado actuante.

Aun así, tal irregularidad no basta para que la declaración testimonial cuyo replanteo efectúa el recurrente, sea admitida en esta instancia,

pues tampoco se advierte la pertinencia o conducencia de la prueba.

El acta de retiro obrante en la causa es un instrumento público, por lo tanto goza de un valor probatorio pleno y *erga omnes* en cuanto al hecho de haber sido otorgado, fecha y lugar de otorgamiento, quiénes intervinieron en el acto, cuál es su contenido y en cuanto a la verdad de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autorice mientras no se demuestre lo contrario o sean impugnados en forma legal (Devis Echandía, Hernando "Compendio de la Prueba Judicial" ed. Rubinzal Culzoni T II p. 235); es decir forman plena prueba frente a todo el mundo pues el análisis no debe agotarse en este aspecto procesal señalado.

Desde tal punto de vista, el acta de retiro, habiendo sido extendida por el funcionario publico en ejercicio de sus funciones y toda vez que no fue redargüido de falso, hace plena prueba de todo lo en el consignado.

Frente a ello y toda vez que no justifica el recurrente, ni se advierte de qué manera tal prueba testimonial resulta pertinente para la solución del litigio, la misma resulta superflua e inconducente.

c.- Resta considerar el replanteo de prueba informativa a Garbarino Saciei.

Conforme surge de las actuaciones el oficio dirigido a G. Nro. 241/2015 librado el 16/3/2015 fue diligenciado el 27/3/2015 y acompañado al expediente el 6/4/2015. El 28/4/2015 se solicitó se reitere atento la incontestación y el día 8/4/2015 el actor presento

el oficio reiteratorio a confronte, acreditando su diligenciamiento el día 26/5/205.

El 25/6/2015 la demandada solicitó se decrete la caducidad de tal prueba por haber transcurrido los plazos establecidos en los arts. 402 y 406 del CPr, sin que el mismo sea contestado y a fs. 97 el juez declaró a la actora, negligente en su producción.

Se está frente a la caducidad de la prueba informativa prevista por el art. 406 del CPr. según DJPCH. Supuesto en el cual el juez debe comprobar en los hechos el cumplimiento del presupuesto legal: transcurso del plazo sin activar la producción.

Es que el legislador presume la falta de interés y sanciona con la caducidad al remiso, no dando margen de valoración al juez.

Por ello cotejadas las actuaciones y teniendo en cuenta que el replanteo de prueba en esta instancia, sólo debe ser admitido cuando el juez denegó mal la prueba o decretó indebidamente la negligencia, privando a la parte de formar favorablemente la convicción del juez con la prueba frustrada, respecto de hechos por el invocados corresponde desestimar el replanteo de la prueba informativa efectuado.

Atento lo resuelto, corresponde continuar con el trámite del expediente y llamar AUTOS A SENTENCIA.

IV.- Atento el principio objetivo de la derrota, y como se resuelve, los costas serán impuestas a la parte vencida (conf. art. 69 y cc. del CPCCh D.J.) procediéndose a regular los honorarios de los letrados intervinientes de acuerdo a la ley arancelaria

profesional, teniendo en cuenta la labor profesional, resultado obtenido, la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada (arts. 5, 6, 7, 13, 18 y 32 Ley XIII N° 4 DJ).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E**:

1) Rechazar el replanteo de prueba efectuado por la actora a fs. 209/210 y vta.

2) Pasen los autos a Sentencia.

3) Costas de esta instancia al recurrente vencido. Regular los honorarios del Dr. S. B. M. en la suma de pesos equivalente a dos (2) jus con mas el IVA si correspondiere.

4) Regístrese y notifíquese.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara por encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara por el fallecimiento de la Dra. Nélida Susana Melero, y existir concordancia en la resolución del caso (Ley V N°17).

Ricardo Rubén Enrique HAYES — **JUEZ DE CAMARA**

Graciela Mercedes GARCIA BLANCO — **PRESIDENTE**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2016

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS