----En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia I. Spoturno y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Sucesores de P., L., s/ Sucesión Ab-Intestato (Expte Nº 374 - Año 1987) s/ Reconstrucción y M., M., E., s/ Sucesión Ab-Intestato (Expte Nº 2500 - Año 2005) c/ C., C., P., y/o quienes resulten ocupantes s/ Desalojo” (Expte. N° 384 – Año 2016 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 180. ----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso:----------

--I.- La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión de desalojo por dos fundamentos independientes entre sí, pero coincidentes en sus consecuencias. De un lado, la falta de individualización precisa del inmueble objeto mediato de la pretensión; del otro, la ausencia de demostración del contrato de comodato invocado por los actores.----------

----Los perdidosos apelaron tal decisorio, fundando su recurso con el escrito de fs. 174/176 vta., expresando allí los agravios que a continuación trataré.----------

---II.- La individualización del inmueble. ----------

--Cierto es que en su demanda los actores identificaron el bien raíz objeto mediato de su pretensión como el sito en la calle Corrientes n° 132 de esta ciudad. Mas luego fueron incorporándose a la causa datos generadores de fuerte hesitación. Así, la diferencia entre la certificación municipal de fs. 123 -elaborada según los datos del Padrón- y la plancheta catastral de fs. 124 -en la que aparecen dos números municipales para un mismo inmueble empadronado-, el contraste entre tal plancheta y la anejada a fs. 116, las dudas generadas por la diligencia del mandamiento de constatación de fs. 122, ocasión en la que el n° 132 de la calle Corrientes no fue encontrado, mas sí una casa habitación en el mismo lote que lleva el n° 136, con una puerta lateral sin numerar (ver fotografías de fs. 125/129).----------Afirman hoy los recurrentes que esto se debería a una “picardía” de la demandada, que borró la numeración original para reemplazarla por el n° 136, pero acontece que, allende el rastro de una numeración anterior eliminada (fs. 94), no es posible precisar cuál era esta última. Frente a tales elementos, fuerza es concluir que ha quedado indeterminado el inmueble objeto de la pretensión de desahucio y no es factible, por tanto, dictar respecto de ella una decisión expresa, positiva y precisa, cual es requisito de toda sentencia definitiva (art. 165 inc. 6 C.P.C.C.).----------III.- El título de pedir.----------

----------En su demanda los actores relataron el ingreso a la finca de la demandada en virtud de un contrato de locación, a cuyo vencimiento le fue otorgado a la ocupante una autorización de uso gratuito por seis meses, para finalmente precisar a fs. 28 que iniciaban la “acción por vencimiento de

comodato".----------Así pues, el título de pedir, la "causa petendi", de la pretensión de la parte actora lo constituyó la existencia de un vínculo de comodato agotado, incumbíendole a ella el demostrarlo, porque no podía aspirar al acogimiento de su pretensión si no acreditaba el presupuesto fáctico de aplicación de las normas que las fundaban (art. 381 párr.
2°C.P.C.C.).----------

----Es que si la sentencia es aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo que la rige y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, resulta ineludible que si no existe tal conformidad, es decir si no fue demostrado en el proceso un hecho concreto -el "factum" de la doctrina italiana- coincidente con el supuesto jurídico o hecho hipotético previsto por la norma para su aplicación -la "fattispecie" de los autores peninsulares, el "tatbestand" de los germanos-, el juez debe desestimar la pretensión deducida (art. 165 inc. 5º regla 1ª e inc. 6º C.P.C.C.; Carnelutti, "La prueba civil", trad. de Alcalá Zamora y Castillo, 2da. ed., Depalma 1982, págs. 3/4; Kielmanovich,"Teoría de la prueba y medios probatorios", Abeledo-Perrot 1996, págs. 29 y sgts.; este tribunal, c. 19.507 S.D.L. 27/04, c. 19.700 S.D.L. 55/04, c. 22.102 S.D.L. 34/07). ----------

----Pero hete aquí que la existencia del pretendido comodato no ha sido mínimamente demostrada en autos. Es más, ni siquiera intentaron probarla los actores, quienes al efecto sólo produjeron la documental, de la que nada surge acerca del comodato de marras, y las confesionales, ocasiones donde no formularon posición alguna relativa al invocado préstamo de uso (v. fs. 65/66 y 68/69). ----------

----En su pieza de agravios afirmaron los actores recurrentes que tratándose de un préstamo de uso gratuito, la prueba concluyente de su existencia es la palabra del acreedor. Extraña concepción ésta, sin cabida en nuestro derecho procesal. En efecto, las afirmaciones incluidas en el escrito de demanda configuraron puras *alegaciones* fácticas a base de las cuales los demandantes estructuraron su pretensión (art. 333 inc. 4º C.P.C.C.). Mas para que esos datos fácticos invocados se conviertan en material lógico de construcción de la sentencia, deben pasar primero por el tamiz, la depuración, que supone su prueba, ya que "las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo. El juez, al sentenciar, tiene que contar con datos lógicos que le inspiren el sentido de su decisión, pero no con cualquier clase de datos de este carácter, sino sólo con aquellos que sean... convincentes, respecto a su exactitud y certeza. Tiene que haber, pues, una actividad complementaria de la puramente alegatoria, dirigida a proporcionar tal convencimiento, actividad que, junto con la anterior, integra la instrucción procesal en el proceso de cognición, y que es, precisamente, *la prueba*" (Guasp, "Derecho procesal civil", 3era. ed., I-312/313 y 320/321, nº 1). De allí que alegar y no probar no pase de ser mera gesticulación o *pedaleo en el aire,* porque para adquirir

relevancia a los fines decisorios un dato de hecho necesita ser probado, ya que la sentencia debe basarse, como regla, en la prueba y no en la alegación, esto es, en los hechos comprobados de la causa (arts. 363, 364, 390 C.P.C.C.; este cuerpo, c. 18.780 S.D.L. 31/03, c. 22.102 S.D.L. 34/07 y sus citas). Quien afirma soporta la carga de acreditar su aseveración (art. 381 íd.) y el incumplimiento de ella supone soportar el riesgo de dejar indemostrado el hecho afirmado, por aquello de que la carga de la prueba no es más que “la repartición del riesgo de la falta de prueba” (Carnelutti, “Lezioni. di diritto processuale civile”, CEDAM, Padova 1930, II-346).----------

----------IV.- Párrafos aparte cabe dedicar a los efectos de la incontestación de la demanda, enarbolados por la recurrente en su pieza de agravios (fs. 176, 2° párr. “in fine”) en pretendido abono de sus críticas al fallo.-

----------Los efectos que el silencio de la demandada tiene respecto de los hechos alegados por el actor se hallan primordialmente reglados por la norma referida a la contestación de la demanda, esto es el art. 360 inc. 1° C.P.C.C. Pero, cual tuve ocasión de señalar en algunos antiguos precedentes, este precepto no impone al juez el “deber” el estimar tal silencio como reconocimiento de la verdad de los mentados hechos, sino que lo faculta a ello -“podrán estimarse” reza la disposición-, sentando así una regla que no es rígida ni absoluta, que autoriza mas no obliga al juzgador (confr.: S.C.B.A., Ac. y Sent.

1963-I-671 y 791, 1964-II-1202, 1964-III-361; esta Sala, c. 19.678 S.D.C. 34/04, c. 22.731 S.D.C. 21/08, c. 28/09 S.D.C. 37/09). ----------

----El ordenamiento procesal ha instituido para esa hipótesis un supuesto de “admisión lógica” y no de “admisión legal”, porque es la lógica del magistrado -no la voluntad del legislador- la que ha de determinar en cada caso ocurrente los efectos del silencio. La eficacia de esa admisión ha de caracterizarse entonces expresando que, como regla general, la circunstancia de que la parte “admita” con su silencio los hechos, no importa que el juez deba necesariamente admitirlos también (confr.: Furno, “Teoría de la prueba legal”, Rev. Der. Priv. 1954, págs. 133 y sgts., cit. por González, “Silencio y rebeldía en el proceso civil”, Astrea 1979, págs. 47 y sgts.). El juzgador queda en plena libertad para valorar la admisión según su criterio, pudiendo consecuentemente decidir si ella tiene “per se” valor suficiente o si, por el contrario, el hecho afirmado y no contradicho ha menester de prueba. No se produce en este caso una automática “relevatio ab onere probandi”; la parte contraria al admitente no queda sin más exonerada de la carga de la prueba (confr.: González, opus y loc. ind.), sino que los efectos de la admisión lógica son indeterminados a priori, es decir se hallan supeditados a la eventual prueba en contrario que el admitente produzca o a la falta de evidencias probatorias (confr.: Furno, ob. ind., pág. 96; González, opus cit., pág. 49; Cám. Apel. c. y c. Mar del Plata, L.L. 129-

287).----------

---A diferencia de lo determinado para los documentos anejados a la demanda, en relación a los cuales sí se ha consagrado una “admisión legal” -aquí el magistrado “los

tendrá por reconocidos", impone la norma-, respecto de los hechos el juez queda en facultad de abrir la causa a prueba y sin duda usará de ella cuando los elementos de juicio aportados con la demanda no le resultan suficientes para engendrar convicción. ----El magistrado, tras evaluar las constancias del proceso, declarará la cuestión como de puro derecho si ellas son bastantes para formar su convicción, o bien dispondrá la recepción de la causa a prueba cuando aquéllas no aparezcan suficientes. "La apertura a prueba, entonces, es *contingente o circunstancial* a tenor de lo que surja de los elementos de juicio acompañados, en cuanto por sí solos no permitan al juez formar su convicción" (Morello y otros, "Códigos Procesales...", 2da. ed., IV-B-9). Así, si la parte ha arrimado elementos de juicio bastantes para generar convicción -v. gr., de haberse acompañado con la demanda prueba documental susceptible de acreditar suficientemente los derechos que se invocan, quedando la misma reconocida por la incontestación-, la causa será declarada como de puro derecho; en cambio, en aquellos casos en que lo aportado no alcanza para adquirir certeza sobre los hechos, el proceso sera abierto a prueba (confr.: Palacio, "Estudio de la reforma procesal civil y comercial", 2da. ed., págs. 124/125, "C"). ----------

---Esta última fue la situación en la especie, porque los documentos anejados a la demanda no citaban siquiera la existencia del comodato invocado. Abierta la causa a prueba (fs. 53), tampoco la colectada vino a demostrar la realidad de dicho contrato, con lo cual el título de pedir no fue finalmente acreditado. ----------

---V.- Por tales fundamentos considero que la sentencia apelada debe ser confirmada, con costas de segunda instancia a los actores vencidos en ella (art. 69 C.P.C.C.) y regulando los honorarios del Dr. A., A., C., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en la suma equivalente al 2 % del monto del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución (arts. 5, 6, 13, 25, 46 de la Ley XIII n° 4).----------

---Me expido en esta cuestión entonces por la AFIRMATIVA.----------

--**A LA PRIMERA CUESTIÓN** la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ---------- -

---I. Los detalles del caso, decisión impugnada y agravios expresados fueron suficientemente expuestos por el magistrado que me precedió en el voto. Por tal motivo me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada dando tratamiento a los agravios en el orden propuesto por el colega que me precedió en el voto.----------

---II. La individualización del inmueble: El principal motivo por el que la jueza de la instancia anterior rechazó la demanda fue porque no se encontraba correctamente individualizado el inmueble objeto de la acción de desalojo. En virtud de las dudas que le generaban las diferencias respecto de la determinación del inmueble surgidas del texto de la demanda y su contestación, después del llamado de autos para sentencia, decidió realizar una medida para mejor proveer a fin de clarificar la cuestión.----------

----En cumplimiento de esta medida, el Oficial de Justicia y el Secretario del Juzgado se constituyeron en el inmueble ubicado en la calle Corrientes 132 y 136 de Trelew. Conforme constancias de dichas diligencias, no fue posible determinar correctamente el inmueble que se pretendía desalojar por lo que se libró oficio a la Municipalidad de Trelew a fin de requerir el envío de la Plancheta Catastral correspondiente. Agregada la respuesta de la Municipalidad de Trelew, se libró nuevo mandamiento de constatación.----Es así que, con todas las constancias obrantes en la causa y las obtenidas a partir de la medida para mejor proveer dictada, la sentenciante, a fin de fundar el rechazo de la demanda dijo: “sobre el terreno cuya nomenclatura catastral es Circ. 1, Sector 5, Mzna 37, Parcela 14 (Ex L 15-E 0002-018) podrían estar asentándose dos viviendas con numeración 132 y 136, según da cuenta la Plancheta Castatral”, agregando luego que “existe un margen de duda en relación a que el objeto de la presente acción, inmueble ubicado en calle Corrientes Nro. 132, resulte el mismo que el inmueble que habita la demandada, esto es Corrientes Nro. 136, y también respecto a que se trate de una única propiedad que puede identificarse indistintamente con dos números, motivo por el cual cabe el rechazo de la demanda”. A esto se suma que, de acuerdo a las fotografías tomadas por el Secretario del Juzgado, sería posible que se tratara de dos inmuebles. De hecho, párrafos arriba sostuvo la sentenciante que “de la foto que toma el frente del inmueble indicado surge, presuntamente, la existencia de dos medidores de luz”.----------

----Frente a estas afirmaciones y referencias a las pruebas producidas el apelante se limitó a señalar que él determinó de manera correcta el inmueble a desalojar (calle Corrientes 132) y que si la jueza tenía más dudas debió ordenar otras medidas de prueba. ----------

----No comparto la postura del apelante puesto que era su carga determinar de manera correcta el inmueble que pretendía desalojar. La jueza, mostrando su compromiso con la obtención de la verdad material, ordenó la realización de una medida para mejor proveer que no logró despejar las dudas que tenía. Creo que no puede cargarse a la sentenciante con una responsabilidad que no tiene cuando quedó perfectamente demostrado que intentó, con las medidas a su alcance, llegar a la verdad. ----------

---Ahora bien, como no logró hacerlo puesto que, efectivamente, de las pruebas obrantes en la causa no resulta claro cuál es el inmueble que se pretende desalojar, de hecho no se encuentra claro si es un inmueble (como asegura el apelante) o dos (como parece surgir de las fotografías y de la Plancheta Municipal), correctamente decidió el rechazo de la demanda. ----------Por lo expuesto entiendo yo también que el primer agravio debe rechazarse. ---------- ----III. <u>El título de pedir</u>: La parte actora en su demanda invocó la existencia de un contrato de locación primero y una autorización de uso gratuito después. Luego, a fs. 28, sostuvo que iniciaba una “acción por vencimiento de comodato”.----------Como correctamente sostuviera la sentenciante, era carga de la actora demostrar la existencia

del comodato invocado (art. 381 CPCC) y no lo hizo. Analizadas detenidamente las constancias de la causa observo que de los documentos acompañados con la demanda no surge la existencia del mencionado comodato. De las pruebas producidas después de la apertura a prueba tampoco surge la existencia del contrato en cuestión. Es así que el título de pedir, en definitiva, no fue acreditado.----------En cuanto a la incontestación de la demanda, cabe recordar que el juez no tiene el "deber" de considerar dicha omisión como reconocimiento de los hechos invocados en la demanda. El texto del artículo 360 inc. 1 es claro y establece: "Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran". Entonces, la falta de contestación de demanda no releva a la parte actora de la prueba de los hechos invocados en la demanda. --------
---

----Por estas razones el segundo agravio expresado también será rechazado. ----------
---IV. La conclusión: Por lo expuesto, acompaño la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar en todas sus partes la sentencia apelada con costas de alzada a los actores vencidos (art. 69 del CPCC). ----------
---Con relación a los honorarios generados en esta instancia revisora, encuentro correctos y ajustados al resultado del pleito los propuestos por el Dr. Velázquez considerando la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas (arts. 5, 6, 13, 25 y 46, Ley XIII N° 4).----------
---Por ello, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------
----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------
---Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a los actores y regulando los honorarios del Dr. A., A., C., por sus labores de alzada en la suma equivalente al 2 % del monto del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución.----------
---ASÍ LO VOTO. ----------
--**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** la Dra. Spoturno expresó:---------- --
--La resolución que corresponde dictar es la propuesta por el Dr. Velázquez fiel reflejo del acuerdo alcanzado. ----------
---ASI LO VOTO. ----------
--Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse vacante la restante vocalía (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17).----------
---Trelew, de septiembre de 2016.----------
--En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ----------
----------**S E N T E N C I A**:----------
----CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con

costas de segunda instancia a los actores.----------

----REGULAR los honorarios del Dr. A., A., C., por sus labores de alzada en la suma equivalente al 2 % del monto del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución.----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

CARLOS A. VELAZQUEZ
JUEZ DE CAMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 - SDE. - CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO