



NEUQUEN, 17 de Noviembre del año 2023

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**DODERO MILTON ANTONIO C/ DE LA FUENTE GLADIS ESTHER S/ DIVISION DE BIENES**" (**JNQFA2 EXP 133204/2022**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. El accionante apela la sentencia dictada en hojas 36/39 en la que se rechazó la demanda interpuesta, con costas.

En hojas 46/47vta. expresa sus agravios.

En primer lugar solicita que, en forma previa, se produzca la prueba testimonial denegada en forma oficiosa por el tribunal de grado.

Dice que en fecha 22/03/2023 se dispuso de oficio la caducidad de la prueba testimonial, sin existir una petición de la contraparte ni una previa intimación.

Entiende que dicho accionar fue "ultra petita", violando el principio de igualdad e imparcialidad, que debe regir en un proceso judicial.

Afirma que el accionar de la justicia debe ser averiguar la verdad real de los temas traídos a su consideración, máxime en el marco de un proceso sumario, que no requiere de celeridad ni urgencia.

Luego, se agravia por cuanto la sentencia de grado desestima la acción intentada, por falta de acreditación de los extremos invocados, en cuanto a la colaboración de su parte, en el pago y construcción de la propiedad.

Sostiene que la sentencia es arbitraria, en tanto se vuelve restrictiva con respecto a su parte, en lo referido a la carga probatoria, y amplia y generosa, cuando analiza lo acreditado por la demandada.

Dice que no entiende cómo el tribunal de grado concluye que la demandada ha pagado de su peculio la construcción, ya que no acompaña elemento alguno que acredite sus supuestos ingresos.

Agrega que no se ha ponderado el pago de los gastos corrientes de mantener una familia ni que se trata de una relación familiar de 22 años.

Indica que su parte se ha enterado con la contestación de la demanda, que la madre de la demandada tendría la mitad del terreno donde han construido su hogar familiar.

Esgrime que su parte ha actuado en buena fe, solicitando que se le reconozca el esfuerzo del producido de su trabajo y el trabajo personal en la construcción de la casa familiar, y aceptando dividir en un 50%, pese a que la Sra. De la Fuente no ha trabajado nunca, y ha criado a los dos hijos de la familia.

Entiende que la conducta de la contraria se traduce en un enriquecimiento ilícito.

En último orden, solicita que los honorarios sean asumidos por su orden, indicando que la demandada no ha acreditado el aporte en la construcción de la vivienda familiar.

Sustanciados los agravios, fueron contestados en hojas 51/52 por la letrada Liliana Balboa, en carácter de gestora procesal de la demandada. Solicitó el rechazo del pedido de producción de prueba testimonial y de los agravios de la contraria, con costas.

2. La primera cuestión planteada por el recurrente refiere al replanteo de prueba en esta instancia.

Concretamente, solicita que se produzca la declaración testimonial de los Sres. Antonio Nazareno Muñoz, Osvaldo Hernán Naipan Rubilar y Rodolfo Argentino Godoy, por haberse denegado incorrectamente en la instancia de grado.

Sobre esta cuestión cabe puntualizar que *“El replanteo de prueba en la alzada, y su consiguiente producción, sólo es admisible en los casos de probanzas incorrectamente denegadas o*

de negligencias o caducidades mal decretadas (cfr. esta sala, causas 2066/98 del 17.8.06 y sus citas). La apertura a prueba en esta instancia tiene carácter excepcional, habida cuenta de que las situaciones que autorizan dicha apertura son expresadas por la ley de modo limitativo y deben encararse, en principio, con criterio restrictivo para no convertir a la segunda instancia en una faz de dilación del proceso o desequilibrar la igualdad de las partes o reabrir cuestiones sobre procedimientos, precluidas (cfr. Fenochietto, C. E. - Arazi, R., "Código procesal civil y comercial, comentado y concordado", t. I, pág. 830 y esta cámara, sala 3, causa 3850 del 10.2.95 y sus citas; y esta sala, causa 10.516/03 del 15.5.07)", (BARRIONUEVO CLAUDIA CECILIA CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO", EXP N° 329711/5, entre otros).

El artículo 260 inc. 2° del CPCC prevé la admisibilidad de la apertura a prueba en segunda instancia por "[...] las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear en los términos de los artículos 379 y 385 in fine. La petición será fundada, y resuelta sin sustanciación alguna".

Ahora bien, del examen de las actuaciones se observa que el accionante, al ofrecer la prueba en su escrito de inicio, solicitó: "3.- Testigos: Se cite a declarar a las siguientes personas..." (cfr. hoja 3vta.).

Al proveerse la prueba ofrecida, en la instancia de grado se fijó audiencia para el día 9/03/2023 para los testigos Muñoz, Naipan y Godoy y se ordenó su notificación "bajo apercibimiento y con transcripción de los arts. 431 y 433 del CPCC, por cédula". Asimismo se dispuso, "A los fines de cumplimentarse con la notificación de las audiencias señaladas, líbrense cédulas..." (cfr. hojas 25 y vta.).

Luego, surge que en fecha 9/03/2023 se inició por zoom la audiencia testimonial fijada y que los Sres. Antonio Muñoz,

Oswaldo Naipan Rubilar y Rodolfo Godoy no se presentaron ni se anunciaron en la Mesa de Entradas. Asimismo se dejó constancia de que no había partes ni abogados/as conectados por zoom y que no figuran cédulas de notificación para ellos con posterioridad al proveído de prueba (cfr. hoja 30).

Posteriormente, en fecha 22/03/2023 la jueza de grado declaró la caducidad de la prueba testimonial ofrecida por la parte actora y referida a los testigos Antonio Nazareno Muñoz, Oswaldo Hernán Naipan Rubilar y Rodolfo Argentino Godoy, *"teniendo en cuenta que la parte oferente no ha activado la citación de los testigos ni se ha justificado su incomparecencia y que el interesado en la prueba ha asumido la carga de hacerlos comparecer conforme lo prevé el Art. 434 del C.P.C. y C."* (cfr. hoja 31).

A partir de lo expuesto se advierte que, a diferencia de lo indicado por la magistrada, la parte actora no asumió la carga de hacer comparecer a los testigos propuestos a la audiencia pertinente, por lo que no se trata del supuesto previsto en el art. 434 del CPCC.

Tal como se reseñara, el oferente de la prueba solicitó, al momento de ofrecerla, que los testigos sean citados. Y, en esa línea, la jueza de grado ordenó las notificaciones pertinentes mediante cédula al proveer la prueba.

Ahora bien, tampoco se presenta el supuesto del art. 432 inc. 1º del CPCC, en tanto para este caso se requiere pedimento de la contraria.

Por ello, se concluye que la caducidad de esta prueba se decretó incorrectamente, resultando pertinente el pedido del accionante.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a lo solicitado y decretar la apertura a prueba en esta instancia al efecto de la producción de la prueba testimonial ofrecida por la parte actora en hojas 3vta./4.

MI VOTO.



Jorge PASCUARELLI dijo:

En punto al pedido de abrir la causa a prueba en esta instancia, entiendo que no resulta procedente.

Es criterio de esta Cámara que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia es excepcional y se funda, principalmente, en que el juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada.

Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada.

Ahora bien, el art. 434 del CPCyC establece que *"Si en el escrito de ofrecimiento de prueba la parte no hubiese solicitado que el testigo sea citado por el juzgado, se entenderá que ha asumido la carga de hacerlo comparecer a la audiencia..."*.

Así, tras el examen de las actuaciones, se observa que, en el ofrecimiento de prueba formulado a fs. 3 vta., el accionante no solicitó que los testigos sean citados por el juzgado, en los términos indicados por la norma.

Entonces, lo cierto es que el mismo asumía la carga de hacerlos comparecer, por lo que entiendo que la caducidad no se encuentra mal decretada.

Cabe señalar al respecto, que el art. 434 del CPCN, a raíz de la modificación introducida por la ley 22434 invierte la regla en punto a la carga de la citación, mientras que, en función de lo previsto por la norma local antes transcripta, frente al silencio del proponente de la prueba acerca de la forma de citar al testigo, se entiende que aquél asume la carga de hacerlo comparecer a la audiencia.

Luego, en tanto la norma en análisis habilita la declaración de oficio, cuando el testigo no concurriera sin justa causa -tal el supuesto de autos-, no se advierte que la magistrada haya incurrido en un accionar *"ultra petita"*, como alega el recurrente.

En consecuencia, corresponde rechazar el replanteo de prueba testimonial en esta instancia.

Sentado ello, entiendo que el agravio deducido en punto a la arbitrariedad de la sentencia, tampoco resulta procedente.

Cabe recordar ante todo que la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que, para merecer dicho adjetivo, debe reunir características específicas.

Tal como frecuentemente hemos indicado *"el concepto de crítica razonada y concreta, contenido en el art. 265 del Código Procesal, exige al apelante, lo mismo que al juzgador, una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído, en cuanto al juzgado como erróneo, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas; deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación; para desvirtuar una solución realmente dotada de congruencia, no basta criticar aspectos de ella de modo aislado, pues, aún erróneo en detalle, puede ser acertado en conjunto..."* (cfr. Sala II, "PROTTI MARIA EUGENIA CONTRA CORTEZ RAUL Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION", EXP N° 377138/8).

Como puede advertirse de la síntesis del planteo recursivo, la parte actora no cumplimenta el requisito del art. 265 del código procesal, por cuanto los agravios deducidos



conforman un ataque concreto y razonado al fallo recurrido, sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido.

Así, la jueza de grado afirma que *"la unión convivencial no genera presunción -o siquiera forma indicio- en torno a la alegada comunidad de bienes registrables. Ello no quita que para la acreditación de la calidad del bien pueda recurrirse a cualquiera de los medios de prueba previstos por las leyes procesales (arts. 163 inc. 5, 377 y 386, CPCC)"*.

"A partir de lo expuesto, se colige que la parte que invoque haber participado de manera directa (aportando los fondos para la adquisición de dichos bienes) o indirecta (aportando fondos o esfuerzos que hayan contribuido al pago de otros gastos que posibiliten la obtención concreta de dichos bienes), tiene la carga de acreditar su participación económica durante la convivencia".

"Para ello lógicamente se debe recurrir a las pruebas que aportaron a los fines de verificar si dichos bienes, adquiridos durante la convivencia y registrados a nombre de uno solo de los integrantes de la pareja, en realidad fueron adquiridos con los aportes comunes, debido a que de este modo formarían la masa de bienes que deben distribuirse entre los convivientes..." (cfr. 37vta.). Y lo cierto es que, tras el examen de los agravios, se advierte que el recurrente no efectúa ningún cuestionamiento serio ni concreto sobre estos aspectos.

Luego, la magistrada señala que *"Ante la falta de prueba concreta al respecto, no encuentro que exista un vínculo económico entre la adquisición del lote, construcción y los aportes que dice haber efectuado el actor en su carácter de conviviente de la demandada..."*, para luego concluir que, *"el análisis estático y dinámico del material probatorio colectado no arroja convicción suficiente a los efectos de considerar probado que el actor haya contribuido de manera directa a la*

adquisición del bien que ha sido analizado precedentemente..."
(cfr. hojas 38vta./39).

En ese orden, no se advierte que los elementos de prueba presentados por las partes hayan sido meritados en forma arbitraria, como afirma el recurrente. Por el contrario, se observa que el Sr. Dodero no se hace cargo de la insuficiencia probatoria a los efectos de acreditar los extremos requeridos para la procedencia de su reclamo.

Por último, respecto de las costas del proceso, no se observa la existencia de circunstancias excepcionales que habilite un apartamiento del principio general sustentado en el art. 68 del CPCC, por lo que se impone confirmar su imposición al accionante, en su calidad de vencido.

Las costas de esta instancia se imponen del mismo modo, en atención al resultado del recurso deducido (art. 68 del CPCC).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **Marcelo J. MEDORI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de **Cecilia PAMPHILE** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I por MAYORIA**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la apertura a prueba en esta instancia peticionada por el accionante, a efectos de producir la prueba testimonial ofrecida por esa parte en hojas 3vta./4.

2.- Regístrese y cúmplase.

Cecilia PAMPHILE
JUEZA

Jorge D. PASCARELLI
JUEZ

Marcelo J. MEDORI

Estefanía MARTIARENA

SECRETARIA

