

En la ciudad de Mar del Plata, a los 18 días del mes de Septiembre de 2014, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados **"ZELANTE LILIANA B. C/ RIPOLI MARIO LUIS Y OTRO S/ COBRO SUMARIO "**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Pedro D. Valle, Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs. 132/133?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Pedro D.

Valle dijo:

I. A fs. 132/133 la Sra. Jueza de Primera Instancia dictó sentencia rechazando el planteo de nulidad de notificación promovido por la demandada (arts. 149, 170, 185 y conos. del C.P.C.C.) con costas al vencido (art. 68 del C.P.C.C.).

Para así decidir, estimó que el art. 170 del CPCC establece con claridad el plazo para interponer la nulidad del acto procesal.

Citó jurisprudencia que establece que el diligenciamiento del mandamiento de constatación concretado en persona de la nulidicente que invocara el carácter de propietaria al realizarse la misma, importó el anoticiamiento de la existencia del proceso, razón por la cual y siendo que la nulidad procesal reviste por regla el carácter de relativa, debió deducirse la incidencia dentro del plazo de cinco días posteriores al referido acto (arts. 169, 170 CPCC) (Cám. Civ. La Plata, 108310 RSI 201-7 I 28/8/2007).

Señaló, que el mandamiento de constatación de fs. 95/96 – que no ha sido redargüido de falsedad- diligenciado el 07/05/2013 consigna el

Oficial de Justicia que fue *“atendido por quien dice ser de la casa y llamarse Ripoli Mario Luis DNI N° 5.379.476”*. Vale destacar que dicho número de documento es el que denuncia el incidentista en su escrito de fs. 114. Agrega que el oficial de justicia le hace entrega de un duplicado del mandamiento, en el que consta la carátula del juicio y Juzgado de tramitación, por lo que sólo cabe concluir que el planteo de nulidad de fs. 114/117 –de fecha 02/09/2013– resultó extemporáneo.

II. A fs. 135/138, el codemandado interpone y funda recurso de apelación, que mereciera contestación de la contraparte a fs. 150/152.

Sostiene el quejoso que la fundamentación de la sentencia resulta insuficiente, ya que el diligenciamiento de un mandamiento de constatación no puede considerarse como un medio idóneo para tomar conocimiento de los vicios incurridos en la causa, por lo que el planteo, no ha sido extemporáneo.

Advierte que el sentenciante no explica como un simple mandamiento puede implicar el conocimiento de los pormenores de la causa y sus eventuales vicios.

Afirma que no es posible considerar al mandamiento como notificación suficiente de los pormenores del proceso y del contenido de la demanda, la cual explica que nunca llegó a su conocimiento.

De conformidad a lo expuesto, manifiesta que pretender que la persona que recibe el mandamiento, que es un lego en la materia, conozca los pormenores del proceso y específicamente que existe en la causa un “acto viciado”, es interpretar la normativa mucho más allá de su texto y espíritu. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Entiende que el conocimiento circunstancial que implica el diligenciamiento de un mandamiento de constatación, de ninguna manera puede considerarse conocimiento inequívoco del acto viciado, el cual sólo puede obtenerse de la compulsión exhaustiva del expediente.

Finalmente considera que la primer notificación formal dirigida a su persona como parte del proceso de la existencia del expediente ha sido la cédula de notificación recepcionada el día 23/08/2013 en mi reciente lugar de ocupación de calle Pellegrini 3993, donde se me comunicó el despacho de fecha 08/07/2013 que cita de venta a los ejecutados.

Dice que el consiguiente planteo de nulidad efectuado el 02/09/2013, se encuentra dentro del plazo establecido por el art. 170 del C.P.C.C. (conf. art. 124 in fine C.P.C.C.).

Agrega que su domicilio real al momento de las anteriores notificaciones era en la calle República Oriental del Uruguay N° 2555 de la Ciudad de Rosario, Pcia. de Santa Fé y cita jurisprudencia relativa a la notificación de la demanda en el domicilio real.

IV. Consideración de los agravios

Planteado así el panorama fáctico, a tenor de las argumentaciones invocadas por el a quo en su pronunciamiento, por el recurrente y por el actor en su contestación de agravios, correspondería determinar si cabe tomar la notificación del mandamiento de constatación como el inicio del cómputo del plazo para articular el pedido de nulidad.

Al respecto, considero que un simple mandamiento de constatación que se limita a constatar la ocupación de un inmueble en un determinado momento, sirva de sustento para anotar -a aquel que por carátula se encuentra demandado- la obligación de comparencia a un juzgado a verificar las razones por las cuales tal medida ha sido llevada a cabo. En este sentido, no puedo darle a este acto procesal la trascendencia que la sentencia en revisión le otorga.

Sin embargo, entiendo que la suerte del recurso queda sellada por otro fundamento, el cual expondré infra.

Conforme el art. 172 del CPCC, la parte que promueva la nulidad deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare su interés y mencionar, en su caso, las concretas defensas que no ha podido oponer, que pongan de relieve el interés jurídico lesionado, no bastando la invocación genérica de haberse violado el derecho de defensa.

Predomina, pues, en esta materia el denominado principio de trascendencia, o instrumentalidad en las formas, desde que no es posible decretar nulidad alguna sin que exista desviación trascendente e interés jurídico en la declaración derivada del perjuicio ocasionado por el acto presuntamente irregular —no hay nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico— (CNCiv., sala A, 9/10/1987, "Chiocconi, Lidia O. c. González, Carlos", JA, 1988-II-Síntesis.), razón por la cual debe existir y demostrarse

el agravio concreto (CNCiv., sala A, 9/10/1987, "Chiocconi, Lidia O. c. González, Carlos", JA, 1988-II-síntesis).

El escrito, reza el artículo 178 del Código Procesal, deberá ser fundado clara y concretamente en los hechos y en el derecho, acompañándose y ofreciéndose toda la prueba de la que intente valerse el incidentista, debiendo cumplir con los requisitos exigidos para la demanda, en lo pertinente (CNCiv., sala C, 30/4/1987, "Ormazabal, Oscar c. Butti, Mariel A.", JA, 1987-IV-Síntesis).

Vale decir, que la parte que plantee el incidente tiene la carga procesal de exponer en el escrito, en forma precisa y circunstanciada, los hechos constitutivos de los cuales pretende extraer consecuencias jurídicas, pues con ello queda delimitado el sentido de la relación jurídica litigiosa sometida a juzgamiento. La claridad en la exposición de los hechos en que se basa la incidencia tiene fundamental importancia, dado que al incidentado incumbe la carga de reconocerlos o negarlos (Jorge Kielmanovich, "EL Incidente de Nulidad", LA LEY 05/03/2007 , 1•LA LEY 2007-B , 920 , Cita Online: AR/DOC/1115/2007).

No ignoro precedentes que disponen que tratándose de la falta de notificación del traslado de la demanda, no es necesario que el nulidicente exprese cuales fueron las defensas que se vio privado de ejercer, ni cuales los perjuicios sufridos ya que ello surge de la propia situación procesal; solución contraria conduciría al exceso de rigorismo formal (CC0000 PE C 1659 RSD-5-96 S 13/02/1996; CC0201 LP B 80992 RSD-297-95 S 31/10/1995; CC0002 SM 53945 RSD-228-6 S 20/07/2006; entre otros).

En este punto corresponde aclarar que si bien fui de esa postura en causa 143.449, 14/07/2010 "Gelós Raúl Alberto c/ Cruz de López de Urriza, Amanda y otros s/ Incidente de Ineficacia Concursal", las razones de hecho existentes en la presente causa y nuevo estudio de la cuestión, me conducen al cambio de rumbo que propicio en mi voto.

Desde mi nueva perspectiva, las conclusiones expuestas en los antecedentes mencionados, sólo pueden interpretarse como una exigencia a contestar demanda, situación esta que obviamente sin el traslado respectivo y sin la entrega de las copias de escrito y documentación no es posible realizar. Pero ello, no obsta a que el nulidicente, al menos invoque las razones y

defensas que se ha visto privado de oponer, junto a la cita de los instrumentos que justifiquen su posición, pues de lo contrario caeríamos en el supuesto de la nulidad por la nulidad misma que, a mi modo de ver y aún en el tema bajo análisis, no puede existir.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el plenario "Peirano", 12/08/1991 (LA LEY, 1991-E, 316), estableció que si se trata de un pedido de nulidad de la notificación del traslado de la demanda es aplicable la norma del artículo 172 del Código Procesal.

También así lo ha entendido la Cámara de Azul al resolver: "La alegación genérica e indeterminada de que "el agravio fundamental de la sentencia lo constituye no haber podido contestar la demanda", sin indicar, mencionar o siquiera insinuar las defensas que no pudo articular por la notificación fallida, prescindiéndose de remarcar el perjuicio sufrido y el interés subsanable (art.172 C.P.C.C.), torna improcedente la pretensión de nulidad de la notificación de la demanda" (CC0002 AZ 42139 RSD-115-1 S 02/10/2001).

Comparto ahora este criterio y en esta inteligencia, en el caso de marras, advierto que el incidentista se ha limitado a afirmar que no ha podido ejercer su derecho de defensa y contestar demanda, pero no ha siquiera esbozado cuales eran las defensas de las que se ha privado oponer, ni expuso con claridad el perjuicio que se le ha ocasionado (ver fs. 114/117) (art. 172 del C.P.C.C.).

Por lo expuesto, no corresponde hacer lugar al incidente y en consecuencia, el recurso debe ser rechazado.

ASI LO VOTO

A la misma cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

No coincido con la opinión del Sr. Juez que vota en primer término.

La notificación es, esencialmente, un medio para hacer tomar conocimiento (Mauriño, Alberto Luis "Notificaciones procesales" editorial Astrea, Bs.As.1983 página 2), y en el caso no me parece posible que el nulidicente haya ignorado la existencia del proceso desde el momento en que atendió personalmente al Oficial de Justicia que realizó la constatación del estado de

ocupación del inmueble en que aquel estaba, y recibió copia (fs.96) del mandamiento obrante a fs.95, que – precisamente - contiene la carátula del expediente en la que luce su nombre como demandado.

Por lo tanto, y a diferencia de mi Colega, estimo que el mandamiento de notificación es suficiente para considerar que el aquí nulidicente tomó conocimiento de la existencia del juicio principal en su contra, el día 7 de Mayo de 2013, fecha en que tal diligencia se hizo.

En consecuencia, entiendo que la nulidad planteada el 2 de Septiembre de 2013, ha sido extemporáneamente intentada, y la decisión debe confirmarse.

ASI LO VOTO

A la misma cuestión el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

Coincido con la solución arribada por el Dr. Loustaunau y agrego los siguientes fundamentos:

El artículo 170 del ritual establece que el pedido de nulidad debe formularse dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto.

La jurisprudencia ha considerado que el acto viciado, a partir de cuya fecha corre el plazo de impugnación, puede también derivar de una notificación expresa (CNCiv., sala C, LL 89-565) o tácita (CNCiv., sala D, ED 5-464), e incluso de la participación del interesado en un acto realizado fuera de las actuaciones (CNCiv., sala B, LL 84-44), como por ejemplo, un remate judicial, el diligenciamiento de una medida cautelar, una publicación de edictos, etcétera (conf. Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, T. IV, Abeledo Perrot; Bs. As., 2011, pág. 121), y agrego, el diligenciamiento de un mandamiento de constatación, como ha ocurrido en autos.

ASI LO VOTO

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Valle dijo:

Corresponde por mayoría: 1) Rechazar el recurso de fs. 135/138 con costas al apelante vencido (art. 68 del C.P.C.C.); 2) Diferir la

regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, por **mayoría**, se resuelve: 1) Rechazar el recurso de fs. 135/138 con costas al apelante vencido (art. 68 del C.P.C.C.); 2) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).**NOTIFÍQUESE** personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). **CUMPLIDO DEVUÉLVASE.**

PEDRO D. VALLE

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

RICARDO D. MONTERISI

Alexis A. Ferrairone

Secretario