



NEUQUEN, 2 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GONZALEZ MARIO ALBERTO C/ ROMANO DANIEL ALBERTO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"**, (Expte. N° 513714/2016), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y,

CONSIDERANDO:

I.- Mediante el resolutorio de fs. 102/103 vta. se revoca el auto de fs. 100 que difirió la excepción de prescripción, se declara prescripta la pretensión y se imponen costas al actor vencido, con determinación de honorarios profesionales.

Contra esa decisión, los abogados de la parte demandada apelan por baja la regulación, por no haberse realizado sobre el capital debidamente actualizado.

Asimismo, la parte actora apela el fondo de la cuestión, por violarse el principio dispositivo al dejarse sin efecto de oficio la providencia de fs. 100, cuando estaba consentida por las partes y dado que la misma demandada pidió la apertura a prueba del proceso, existiendo una extralimitación de la juzgadora en tal sentido.

Señala que lo decidido fulmina el principio de preclusión, cuyo contenido es de orden público y afecta garantías constitucionales, como así también, del debido proceso y derecho de defensa, en virtud de que se desvió el estado de la litis hacia aspectos definitivos no pretendidos por las partes y una vez que se encontraba firme y consentida la resolución anterior.



Por otra parte, ataca los fundamentos de la prescripción de la acción, los que considera dogmáticos. Así, niega haber alegado que la responsabilidad del demandado se subsumiera en el ámbito extracontractual, toda vez que en el caso existe un marco normativo particular que debía ser ponderado, esto es, el Estatuto del Consorcio de Riego.

Considera falaz el argumento de la jueza en el sentido que debió demandar al Consorcio para encuadrar la acción en el ámbito contractual, lo que se vincula a su estrategia procesal y resulta inabordable a su competencia, a más de que no objeta que el demandado tampoco lo citó como tercero.

Luego de citar doctrina, entiende que la decisión de la aquo de reeditar su propio acto resultó apresurada e inmotivada, toda vez que no sólo omitió valorar la prueba documental agregada, sino que en forma contraria a la voluntad de las partes, impidió cualquier posibilidad de probar su posición jurídica.

Finalmente, recusa con causa a la titular del Juzgado Civil n° 5 en los términos del art. 17 inc. 7 del CPCyC.

Corrido el traslado de rito, la parte demandada lo contestó a fs. 120/121 vta. y solicitó la declaración de su deserción. No obstante, y en forma subsidiaria contesta, pero únicamente en lo que respecta al tercer agravio.

II.- Preliminarmente, y en cuanto a la declaración de deserción del recurso que efectúa la accionante, observamos que el escrito recursivo establece un mínimo de queja para el tratamiento de la apelación, por lo cual, no resulta procedente tal planteo.

Ingresando ahora al análisis de la cuestión, en primer lugar trataremos el recurso interpuesto por la parte



actora, para luego observar la apelación arancelaria de los letrados del accionado, y de corresponder.

Tal como surge del relato de los antecedentes, en el auto a fs. 100 (4/10/2016) firmado por la Actuaría se difirió el tratamiento de la excepción de prescripción para el momento del dictado de la sentencia definitiva. Luego, la parte demandada solicita a fs. 101 (6/10/2016) que se abra la causa a prueba, y finalmente, mediante la resolución de fs. 102/103 vta. (20/10/2016) la magistrada deja sin efecto el auto de fs. 100 y hace lugar a la excepción de prescripción interpuesta como de previo y especial pronunciamiento.

Como vemos, y de acuerdo a los términos de los agravios vertidos, el primer punto a dilucidar es la revocación oficiosa del auto de fs. 100.

Sentado ello, y en relación al tema, se ha dicho que:

El recurso de reposición, también conocido con el nombre de revocatoria o reconsideración, constituye un medio impugnativo que tiene por objeto que el mismo órgano que dictó una providencia la revoque por contrario imperio.

2. Este recurso aparece regulado en forma más o menos similar en todos los códigos procesales civiles. No obstante, aparecen diferencias en cuanto a la potestad del tribunal de revocar de oficio las providencias que son susceptibles de ser modificadas por este remedio. En nuestro país, son escasas las legislaciones que autorizan expresamente la reposición de oficio; como consecuencia de este silencio, la labor jurisprudencial y doctrinal ha consistido, en general, en reconocer esta facultad (fundada en el art. 36 del Cód. Procesal y conchs. de los ordenamientos provinciales) y en fijar sus límites (Para el fundamento normativo ver Fenochietto y Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I, p. 761, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983).



3. Puede afirmarse que, en definitiva, los ordenamientos que la regulan expresamente y los que no lo hacen, coinciden, pues la doctrina interpretativa coloca --con variantes-- los mismos límites.

4. Hay acuerdo en que, en principio, la revocación oficiosa se autoriza con un solo requisito: que la resolución que se pretende revocar "no se encuentre notificada a las partes". Adviértase que el valladar no lo pone el "consentimiento", sino la "notificación".

5. La doctrina ha fundado esta barrera con diversos fundamentos que paso a sintetizar (Ver, entre muchos, Alvarado Velloso, Adolfo, "Recurso de reposición", Rev. de Estudios Procesales, p. 16 núm. 1, 1969; Turconi, Norma B., "Recurso de reposición", en Recursos judiciales, p. 19, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988; Hitters, Juan C., "Técnica de los recursos ordinarios", p. 246, Ed. Platense, La Plata, 1985; Ibañez Frocham, Manuel, "Tratado de los recursos en el proceso civil", p. 167, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1963; Podetti, Ramiro, "Tratado de los recursos", núms. 35, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958):

a) Mientras la parte no haya recibido la notificación, la resolución no ha entrado en la esfera del conocimiento y el juez puede modificar a su arbitrio; hasta la notificación no es un acto procesal acabado, sino un proyecto de acto que puede modificarse y substituirse.

b) Permitir la revocatoria por contrario imperio después de la notificación violenta principios básicos del proceso: el litigante necesita seguridad jurídica respecto de la situación en que va quedando en el pleito.

c) Los actos judiciales deben revestir lógica seriedad para merecer el debido respeto. La revocatoria "ex officio" después de la notificación implicaría retrogradar la marcha de un juicio a voluntad del tribunal; nada habría firme en un pleito lo cual es sencillamente un absurdo.

d) Normalmente, permitir la revocatoria de oficio después de la notificación violará el principio de preclusión. Por



eso, si la resolución dictada clausura en forma definitiva una etapa y el juzgador pretende regresar a otra ya consumada, la revocatoria será improcedente.

e) En el ordenamiento procesal mendocino ésta es la solución expresamente prevista para el recurso de aclaratoria (art. 132, inc. III), no existiendo razón alguna que vede su aplicación analógica.

6. Algunos autores dan mayor extensión a la facultad judicial; **entienden que aun después de notificada, procede la revocatoria de oficio si se ha cometido un manifiesto error de hecho o se han violado las formas esenciales que afecten el derecho de defensa en juicio** (Fassi, Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial", t. I, núm. 823, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1971; Palacio, Lino, E., "Derecho procesal civil", t. V, p. 57, núm. 532, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1979; Vescovi, Enrique, "Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica", p. 93, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988), solución que ha sido severamente cuestionada por Rosas Lichtscheim (su nota a fallo publicado en *Juris*, t. 10, p. 287 cit. por Alvarado Velloso, ob. cit., *Rev. de Estudios Procesales*, p. 17, núm. 1) y los autores que mantienen una posición muy restrictiva en torno a la facultad de revocar de oficio (En esta línea ver Cifuentes, Santos, *Voz: "Recurso de reposición en el proceso civil"*, *Enc. Juríd. Omeba*, t. XXIV, p. 115; Sentís Melendo, Santiago, "Revocatoria de oficio de resoluciones firmes", *Rev. LA LEY*, t. 84, p. 455).

7. ¿Qué consecuencia produce la revocación de oficio después de la notificación en violación al principio de preclusión?

La doctrina coincide en que la providencia que revoca de oficio otra anterior notificada es nula (compulsar doctrina previamente citada y, especialmente, Alsina, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", t. IV, p. 195, 2ª ed., Buenos Aires).

(...) Couture, partidario de una concepción amplia en materia de revocatoria de oficio de las providencias



*interlocutorias, enseña que **estos problemas no pueden ser resueltos de una manera uniforme, abarcando en una misma conclusión a todo tipo de providencias de mero trámite.** El juez, dice, tiene indudablemente poderes de dirección del proceso que le permiten rectificar un error; esa rectificación, tendiente a restaurar la marcha del juicio por el camino trazado en la ley, forma parte de sus facultades propias; ninguna disposición obsta a que el juez rectifique su error, una vez que lo haya advertido. "Pero la verdad es que este poder de dirección debe tener una limitación específica en un tipo de juicio que no es secuencia discrecional, sino articulado o dividido en etapas. Dentro de este tipo de juicio, el advenimiento de una etapa procesal opera la preclusión de la anterior sin que sea posible el regreso a instantes o estadios ya concluidos"; y concluye: "la respuesta al problema consiste, pues, en reconocer al juez poderes de rectificación sobre las mere interlocutorias dictadas errónea o imperfectamente, pero con la salvedad expresa de que esa rectificación no altere la naturaleza propia del juicio, desnaturalizando a éste y transformándolo en proceso de desenvolvimiento discrecional. Una solución de esa índole, que condujera a la alteración del tipo de proceso vigente, debe ser rechazada en nombre de los principios generales que constituyen la base misma de la legislación procesal vigente" (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal civil", núm. 132, Ed. López, Buenos Aires, 1942). (conf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (SCMendoza), Fecha: 10/09/1990, Partes: Palmieri, Octouhar V., Publicado en: LA LEY1990-E, 475 - DJ1991-1, 761 Cita Online: AR/JUR/1214/1990, la negrita nos pertenece).*

Nuestro Código de Procedimientos, sin perjuicio de no contener una disposición expresa al respecto, permite interpretar que el juez puede dejar sin efecto providencias que no están notificadas, y aún estándolo, cuando concurren situaciones de excepción como evidentes errores de hecho.

Si bien, esta facultad no puede ni debe extenderse en forma discrecional, operando como freno el hecho



de que las providencias dictadas por error no hayan sido efectivizadas, lo cierto es que la Actuaría suscribió el auto de fs. 100 en exceso de sus facultades, dado que el análisis de diferir el tratamiento de una excepción le correspondió a la juzgadora.

Ello, sin dejar de señalar que la prescripción sí fue interpuesta como de previo y especial pronunciamiento, y así se interpreta del escrito de contestación de demandada, toda vez que se contesta en subsidio para el caso de que no se haga lugar a la excepción (ver fs. 87/vta.).

Retomando, la excepción de prescripción se puede resolver como de previo y especial pronunciamiento cuando se opone junto con otras excepciones o sola, siempre que pueda tramitar y resolverse como de puro derecho, siendo tal determinación una facultad discrecional del juez.

No obstante, si la apreciación de la cuestión requiriera de una cuestión de hecho, susceptible de comprobación, debe ser diferida su consideración para la oportunidad de la sentencia definitiva, ya que el periodo instructorio tramitaría con las restantes cuestiones de fondo.

Esto, sin perjuicio de haberse opuesto como de previo y especial pronunciamiento o como defensa de fondo, dado que el juez se encuentra facultado a determinar si la prescripción puede ser considerada como previa por razones de economía procesal y en el caso de que resulte procedente, y más allá de la voluntad de las partes.

Por estas razones, resulta aceptable que la jueza no haya hecho propia la providencia en cuestión, allende que las partes no hayan interpuesto la revisión del art. 38 del CPCyC contra la providencia en análisis y que se encontró firme al momento de la resolución que posteriormente dictó, en



razón del evidente error, y fundamentalmente, por no implicar retrotraer el proceso a una etapa anterior.

Sin embargo, la pregunta que ahora nos formulamos es si se encontraron reunidas las condiciones necesarias que permitieran a la juzgadora admitir el planteo de la accionada y declarar prescripta la acción articulada.

Así, confrontando los escritos de demanda, excepciones y contestaciones pertinentes, advertimos que el análisis de su procedencia está sujeto al esclarecimiento de la naturaleza jurídica de la obligación.

En efecto, se encuentra debatido el encuadre jurídico aplicable, el que resulta por lo menos dudoso en esta etapa del trámite, recayendo sobre el apelante la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión indemnizatoria, tanto sea materia contractual o extracontractual, a fin de la correcta atribución de responsabilidad.

Por lo cual, creemos que la mejor solución a fin de posibilitarle a las partes su derecho de defensa, y puntualmente al actor, la comprobación de las distintas circunstancias que alega, será mantener el diferimiento de la excepción de prescripción para el momento de dictar sentencia.

III.- Consecuentemente, propiciaremos la revocación del resolutorio en cuestión, resultando los argumentos aquí dados suficientes a tal fin, y sin que resulte necesario analizar los restantes agravios; deviniendo a su vez abstracto el tratamiento del recurso arancelario interpuesto por los letrados intervinientes por la parte accionada.

Asimismo, y habiendo la aquo adelantado su opinión, la causa deberá continuar su tramitación en el Juzgado Civil que siga el orden de turno, y disponerse su apertura a prueba.



Las costas de Alzada se impondrán en el orden causado, atento la forma en que se resuelve y la falta de contradicción en punto al agravio acogido.

La regulación de honorarios se diferirá para el momento oportuno.

Por ello, esta **Sala II**,

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio de fs. 102/103 vta., de acuerdo a lo expuesto en los Considerandos.

II.- Disponer que la causa deberá continuar su tramitación en el Juzgado Civil que siga en el orden de turno.

III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, por los motivos explicitados precedentemente (art. 69, CPCyC).

IV.- Diferir la regulación de honorarios para el momento oportuno (art. 15, ley 1594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria