San Martín de los Andes, 1º de febrero del año 2019.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TRAMA ERNESTO JOSE S/ APREMIO"** (Expte. **JJUCI2-49004/2017**), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Se elevan los autos del epígrafe a resolución de esta Alzada a raíz de la apelación interpuesta por la parte demandada contra la providencia obrante a fs. 43.

Mediante la decisión cuestionada, el juez de grado desestimó *in limine* el planteo de nulidad de la notificación del mandamiento de intimación de pago, por considerarlo extemporáneo, ya que habían transcurrido más de cinco días desde que el accionado se anotició del juicio (art. 170 del C.P.C. y C.).

II.- A fs. 50/52 se ha glosado el memorial de agravios de la demandada recurrente.

1) El apoderado del accionado sostiene que la providencia en crisis le impide por segunda vez ejercer su derecho de defensa ya que, en primer término, no se lo intimó correctamente, ni en el lugar donde vive. De esa manera, también se le impediría participar y demostrar que no es el dueño del lote gravado con el impuesto que se reclama por vía de apremio.

Se agravia porque se considerara tácitamente convalidado el vicio.

Dice que su representado tomó conocimiento del proceso en el mes de agosto de 2018 cuando al ingresar a su “home banking” surgió en el sistema una leyenda “embargo judicial”, ocurrido lo cual acude al Banco Galicia y, después de unos días, el gerente le informa solamente que se trataba de un juicio en Junín de los Andes, sin poder brindarle más detalles.

Se queja de que el mismo juez que le otorgó trece días para oponer excepciones (plazo ampliado en razón de la distancia) ahora compute cinco para plantear la nulidad de la notificación.

Luego de algunos reproches y referencias subjetivas sobre el accionar del magistrado, se agravia de que este aplicara el artículo 170 del C.P.C. y C. como “atajo” para no reconocer su error. Aduce que el *a-quo* debió advertir que la intimación de pago no se realizó como la ordenó, ni respetando el Código Procesal, ni las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio.

Dice que colisiona con el sentido común y con la razonabilidad que debe primar en el proceso el no permitirle a su representado presentarse y ejercer su derecho de defensa en el tiempo que lo ha hecho, pues tenía trece días para hacerlo y, sin embargo, se echa mano a una norma (art. 170 del C.P.C. y C.), que no sería de aplicación del caso concreto.

Resalta que el anoticiamiento del embargo por “home banking” de manera alguna habilitaba al juez de grado a tenerlo por notificado del proceso que se llevaba en su contra en Junín de los Andes y, asimismo, que su parte manifestó claramente que siendo la “primera presentación” y “sin consentir acto alguno” se presentaba planteando la nulidad en primer término y después la inhabilidad de título.

Reitera que el artículo 170 del Ritual es inaplicable, pues su parte no se había presentado en el

proceso, jamás retiró el expediente para fotocopiar, ni su apoderado dejó nota, ni se lo tuvo por parte, etc.

En otro apartado dedica algunas líneas a la actuación del magistrado quien, como director del proceso, no bregó por el cumplimiento de las normas del debido proceso.

Dice que fue el propio juez que suscribió el mandamiento de intimación de pago a diligenciarse en la ciudad de Mar del Plata quien expresamente le indicaba al Oficial de Justicia [en el cuerpo del instrumento] que “en caso de no encontrarse al demandado en el domicilio la diligencia debe fijarse en la puerta, previo cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 339 y 141 del CPCC (dejar aviso)…”.

Concluye que, de oficio, como director del proceso, el juez debió decretar la nulidad de la intimación de pago por esa omisión, citando un fallo de primera instancia en esa dirección.

Afirma que el *a-quo* no advirtió la falencia en la intimación, y que dentro de sus deberes se encuentran el de disponer de oficio toda diligencia que fuera necesaria para evitar nulidades y el de mantener la igualdad de las partes en el proceso.

Redunda en cuestiones sobre la ampliación del plazo en razón de la distancia y en lo ilógico que resulta que, posteriormente, se pretenda que realice el planteo nulidicente en cinco días.

Insiste en que el artículo 170 del Ritual no es de aplicación al caso y en que, en todo caso, el vicio solo puede conocerse tomando vista del expediente y no antes, pues son cosas distintas enterarse de un embargo judicial y tomar vista del legajo y, por consiguiente, conocer el vicio o irregularidad del proceso.

Por los motivos expuestos solicita la revocación de la providencia cuestionada, permitiéndole ejercer su derecho de defensa.

2) En un segundo punto, y eventualmente, solicita se decrete la inconstitucionalidad del artículo 170 del C.P.C. y C., por violar “flagrantemente” el derecho de defensa en el caso concreto. Dice, al efecto, que a su representado le resultaba material y temporalmente imposible plantear su defensa en tan solo cinco días. Por ello, interpreta que no se han tutelado sus derechos, perjudicándolo notoriamente.

III.- Sustanciado el memorial con su contendiente, a fs. 54/55 se presenta el apoderado del Fisco, y evacua el traslado.

Sostiene que el mandamiento fue debidamente diligenciado por el oficial de Justicia, en el domicilio fiscal constituido por el contribuyente, y con resultado positivo.

Considera que la contraria se ha presentado fuera de término, realizando el cálculo desde la diligencia de intimación.

Cita jurisprudencia sobre la irrecurribilidad de la sentencia de trance y remate cuando no se opusieron excepciones, supuesto que no resulta asimilable al caso concreto.

En línea con la postura del *a-quo*, entiende que el plazo para plantear la nulidad era dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto.

Concluye que el demandado solo se limita a discernir (entendemos “disentir”) con el magistrado, sin hacer una crítica concreta y razonada. Además, entiende que el recurrente estaría de acuerdo con la imposición de costas a su cargo, pues no las impugna ni menciona en el escrito.

Pide, en definitiva, la confirmación del fallo cuestionado.

IV.- Encontrándose los autos a estudio de la Sala, a fs. 59 se ordena conferir vista al Sr. Fiscal, en virtud del planteo de inconstitucionalidad subsidiario de la quejosa.

Es así que a fs. 61vta. se expide el representante del Ministerio Público propiciando el rechazo del cuestionamiento, por entender que es abstracto y general, dado que la recurrente se limita a hacer mención que el artículo vulnera su derecho de defensa.

Sin embargo, el funcionario también aclara que analizada en su totalidad la expresión de agravios, más que una tacha de inconstitucionalidad, se trata de un planteo de inaplicabilidad de la norma en cuestión.

V.- Realizado el *racconto* de los diversos actos trascendentes para la resolución del recurso, adelantamos nuestra coincidencia con el apelante en uno de sus argumentos, cuya importancia resulta suficiente para revocar el proveído atacado.

A) En principio, nos parece correcta y sensata la decisión del *a-quo* de interpretar, de manera favorable a la postura del demandado, que la toma de conocimiento del vicio alegado debe situarse en el último día del mes de agosto de 2018. Esto es, el 31.

Ello pues la recurrente no ha brindado mayor información sobre la fecha exacta en que habría operado dicha circunstancia, fundamental para computar el plazo del artículo 170 del C.P.C. y C.

Y, a tal fin, no basta con afirmar que hasta tanto no se toma vista del expediente no se puede conocer la irregularidad del proceso. Si bien eso es materialmente correcto (no se pueden conocer los pormenores de un expediente

que nunca se vio), agudamente la jurisprudencia ha destacado que “la mera invocación de un conocimiento circunstancial del proceso que se considera nulo, no representa un término plausible a los efectos de computar el plazo de cinco días establecido en el art. 170 del Código Procesal Civil y Comercial para iniciar el incidente de nulidad, teniendo en consideración que se trata del cuestionamiento de un acto procesal que a priori debe reputarse válido” [Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, Fecha: 10/11/2008. Partes: Banco Itaú Argentina c. Lescano, Héctor Hugo. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/17576/2008].

Ello porque, de lo contrario, el accionado que se presenta por primera vez en el proceso podría manipular a discreción el plazo del planteo nulificatorio.

En ese sentido, se ha señalado que “cuando se plantea un incidente de nulidad resulta imprescindible valorar, previamente, si se ha operado la convalidación del supuesto acto viciado; porque, de ser así, dada la relatividad que caracteriza a la nulidad procesal, todo defecto formal habría quedado subsanado, esto así, a los fines de evitar que, sobre la base de afirmaciones sin fundamento, los nulidicentes elijan la fecha en que afirmen haber tomado conocimiento del vicio que invocan, y así establecer a su voluntad el plazo que estipula el art. 59 de la LO [Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II; Fecha: 31/07/2017; Partes: “Lipari, Claudio A. c. Sushi Premium SRL y otro s/ despido”. Publicado en: LA LEY 24/11/2017, 24/11/2017, 8 - LA LEY2017-F, 288. Cita Online: AR/JUR/50478/2017].

Si bien el fallo citado en último término es de otro fuero, cierto es que la norma del procedimiento laboral es muy similar a la de civil, en virtud de que rigen los mismos principios generales para su aplicación (vgr. el

carácter relativo, la convalidación tácita, la interpretación restrictiva, entre otros).

Siguiendo entonces con el razonamiento delineado, debe descartarse el argumento del recurrente en cuanto refiere que el plazo se computa desde que tomó vista del expediente (lo que, de todas maneras, aquél tampoco aclara cuándo habría acaecido). Ello en virtud de que es esperable cierta diligencia de quien advierte un detrimento de sus ingresos por la traba de un embargo.

En ese entendimiento se ha dicho que: "…no puede perderse de vista que el ejecutado luego de conocer el embargo que afectaba sus haberes (el 4.9.09), y de ocurrir a asesorarse y colectar diversas piezas que harían a su defensa (v. certificado de trabajo el 17.9.09 v. fs. 67, Veraz el 5.9.09 fs. 69/71) demoró más de un mes y medio en incoar el planteo de nulidad (el 20.10.09, v. fs. 82 vta.). Tal proceder denota, en algún modo, una actitud desaprensiva de su parte, que siquiera puede encontrar justificación en la distancia que separa su domicilio real de esta jurisdicción; en tanto existen medios casi instantáneos de comunicación, que permiten superar tal escollo geográfico. Entiéndase que el tiempo consumido en el ínterin, no exhibe por parte del accionado un grado de diligencia razonable acorde a las circunstancias de persona, tiempo y lugar (arg. art. 512 Cód. Civil), del que pueda seguirse su buena fe procesal, puesto que la previsión del art. 170 CPCC no procura sino acotar temporalmente la formulación de las incidencias de nulidad; previsión que quedaría sin razón de ser, si la parte pudiera, voluntariamente, posponer la efectiva toma de conocimiento integral de las actuaciones. En este sentido, debe sopesarse que bien pudo, de haber arbitrado los medios necesarios, tener ese conocimiento con anterioridad a cuando lo hizo (cfr. arg. anál. esta Sala, 8.6.10, "Banco Francés SA c/Morales Osvaldo

Aurelio s/ejecutivo"; íd. CNCom. Sala C, 5.3.93, "Madison SRL c/Llopis Jorge")" [Cfr.Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F. Fecha: 29/06/2010. Partes: Banco Itau Buen Ayre S.A. c. Machado, Abel Antonio. Publicado en: La Ley Online;Cita Online: AR/JUR/39019/2010].

Por esta razón nos parece que el criterio escogido por el magistrado (tomar como fecha de la toma de conocimiento el 31 de agosto, mes en que el demandado se anoticia del embargo de su cuenta bancaria) es una solución prudente y mesurada para las circunstancias del caso concreto.

B) Sin embargo, el punto en el que disentimos con la postura del juez de grado es en el plazo otorgado para incoar el incidente.

A nuestro entender, le asiste razón al quejoso cuando señala que, por tratarse de su primera presentación en juicio (y, por ende, no revestir aun el carácter de parte), no se le puede aplicar el plazo genérico de cinco días.

Tratándose de una persona domiciliada en la ciudad de Mar del Plata (extremo no controvertido), correspondía determinar la ampliación del plazo en razón de la distancia, tal como se resolvió acertadamente para la citación de venta.

Los maestros procesalistas Palacio y Alvarado Velloso son de la misma opinión, y comentando el artículo 170 del Ritual nacional enseñan que "en el supuesto de que el impugnante no se hubiese constituido aún en parte y residiese fuera del lugar del asiento del órgano judicial interviniente, el plazo para plantear la nulidad debe computarse en la forma prescripta en el CPCCN, 158 y normas provinciales concordantes" [Cfr., autores citados, en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* Tomo IV, pág. 540. Rubinzal-Culzoni Editores].

Con el mismo criterio se ha indicado: “La ampliación de los plazos legales en razón de la distancia (art. 158, Cód. Procesal) se produce en forma automática, es decir, sin que medie requerimiento de las partes o decisión judicial previa en ese sentido. (conf.: Fassi-Yáñez, "Código Procesal...", t. 1, p. 755; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal...", t. 1, p. 596). Dicha ampliación del plazo está relacionada con la posibilidad de la defensa en juicio. Se supone que se requiere mayor tiempo a medida que la distancia se hace mayor (conf.: Falcón, "Código Procesal...", t. II, p. 115; Fassi-Yáñez, ob. cit., t. 1, p. 755).Dado que la de fs. 182/87 ha sido la primera presentación del demandado, corresponde aplicar en la especie el principio general de que da cuenta el art. 158 del ritual, lo que lleva a concluir que el incidente de nulidad ha sido deducido en término” [Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F. Fecha: 03/06/1997. Partes: Lopepe, Pedro A. c. CilleyBelaustegui, Eduardo E.Publicado en: LA LEY1997-F, 309; Cita Online: AR/JUR/2176/1997].

Además, y como unánimemente es reconocido en doctrina y jurisprudencia, la ampliación opera en forma automática, de manera que no se halla supeditada al requerimiento de las partes o a decisión judicial explícita.

C) Sentado lo anterior, cabe determinar si a la fecha de la presentación del accionado en el expediente, el plazo de trece (13) días había fenecido.

Efectuados los cálculos pertinentes, se observa que el mismo vencía el día 20 de septiembre, en las dos primeras horas de despacho (período de gracia), motivo por el cual, la presentación realizada el día 18 se encuentra en término.

En resumidas cuentas, corresponde hacer lugar a la apelación deducida por el accionado contra el proveído

obrante a fs. 43 y, en consecuencia, revocar el rechazo *in limine* del planteo nulidicente.

D) En lo que al planteo de inconstitucionalidad del artículo 170 del C.P.C. y C. respecta, en virtud del modo en que se resuelve, su tratamiento es innecesario, sin perjuicio de lo cual –cabe señalar- coincidimos con la apreciación del Sr. Fiscal, en cuanto advirtió que más que una tacha de esa índole, nos encontramos ante un cuestionamiento por aplicación errónea de la norma.

V.- En cuanto a las costas de Alzada, corresponde imponerlas a la actora vencida, por no existir motivos para apartarse del principio general en la materia (art. 68 del C.P.C. y C.).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la providencia de fs. 43, revocándola en lo que ha sido motivo de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68 del C.P.C. y C.), difiriéndose la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti
Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara