

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 20030/05-STJ-

SENTENCIA N° 109

"MUNICIPALIDAD DE DE BARILOCHE c/SORIA DE KARLOVSKI, Adelaida s/INCIDENTE DE NULIDAD s/CASACION"

///MA, 4 de octubre de 2005.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los Señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis Lutz, Víctor H. Soderó Nievas y Alberto I. Balladini, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Álvarez, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE DE BARILOCHE c/SORIA DE KARLOVSKI, Adelaida s/INCIDENTE DE NULIDAD s/CASACION" (Expte. N° 20030/05-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la IIIa. Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación deducido a fs. 121/126 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:----- C U E S T I O N E S -----

-

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?----- V O T A
C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:--

-----Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud del recurso de casación deducido a fs. 121/126 y vta. por el adquirente en subasta, contra el Auto Interlocutorio N° 281 de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 103/108, por el que se hizo lugar a la apelación deducida declarando la nulidad de todo lo actuado desde la intimación de pago de fs. 13/16 (y 17/22) del 15.5.2001.-----

-

-----La casacionista sostiene para acceder a esta instancia: a) ser adquirente de buena fe del inmueble subastado en la///.- ///.-ejecución fiscal seguida por la actora, con el precio

de compra íntegramente abonado y en ejercicio de la posesión, aspectos no controvertidos en la litis; b) que considera perfeccionada la venta judicial y la transmisión del dominio del inmueble adquirido del que surge su derecho a incorporarlo a su patrimonio de manera definitiva, agravándose de la afectación de la garantía constitucional de la propiedad.- - -

-----Critica la omisión del “a quo” en cuanto a no ponderar ni tener en cuenta su situación en el proceso sin hacer mención alguna a los actos cumplidos con posterioridad a la subasta, ni a las defensas invocadas a fs. 77/78; el fallo no es autosustentable en derecho ni derivación razonada del derecho aplicable vigente, afectándose el principio de congruencia según el inc. 5 del art. 163 del CPCCm., agregando la disonancia entre lo pedido y lo resuelto y que no hubo redargución de falsedad de la pieza de emplazamiento, quedando desamparados sus derechos adquiridos en los términos del art. 1051 del C.C.- - - - -

-----Para la recurrente, el “a quo” ha omitido aplicar a la causa la prescripción del art. 545 inc. 1* del CPCCm. ya que la nulidicente omitió depositar la suma fijada en el mandamiento u oponer excepciones, reclamando la protección judicial a su condición de tercero adquirente de buena fe y a título oneroso con las limitaciones del citado art. 1051 del C.C. a los efectos de toda nulidad sobre los derechos adquiridos.- - - - -

-----Atribuye arbitrariedad al pronunciamiento impugnado por falta de fundamentación e inobservancia de normas legales vigentes, careciendo de fundamento autónomo desde el razonamiento lógico-jurídico, siendo insuficiente la remisión a las “... formas esenciales irrenunciables ...”.- - - - -

-----También se agravia la actora a fs. 132/134 contra el ///.- ///2.-fallo en crisis con invocación del art. 545 inc. 1* del CPCCm., ya que la ejecutada (y nulidicente), ni siquiera niega la deuda, manifestando que las nulidades procesales carecen de finalidad en sí mismas y sólo están llamadas a permitir el ejercicio de las defensas, invocando los principios de especificidad, trascendencia y no convalidación.- - - - -

-----Y pide que en caso de decidirse la reedición del presente proceso, se efectúe con la salvedad de que las defensas oponibles han de ser aquellas que poseía al tiempo de promoverse el proceso, para no quedar en mejor posición procesal por el mero transcurso del tiempo.- - - - -

-----La demandada contesta ambos recursos a fs. 142/146, arguyendo que plantean puntos ya resueltos con meridiana claridad por la Cámara, remitiéndose a sus presentaciones anteriores, reiterando la aplicación del último párrafo del art. 339 del

CPCCm. y que la pretensión de su parte corresponde a un acto procesal anterior a la subasta, evitando la confusión de ésta con los actos anteriores o con el juicio mismo, por lo que no están satisfechos los extremos de la segunda parte del art. 286 del CPCCm..- -

- - - - -

-----Previo a ingresar en el tratamiento de los recursos, es conveniente hacer una síntesis de las actuaciones sobre las que debemos expedirnos en derecho.- - - - -

-

-----Existen dos expedientes: a) el presente “MUN. BARILOCHE c/SORIA DE KARLOVSKI ADELAIDA s/E.F. s/INCIDENTE DE NULIDAD” Expte. N° 23524-03 y b) “M.S.C.B. c/SORIA DE KARLOVSKIS ADELAIDA s/EJECUCION FISCAL” Expte. N° 18553-103-2000, ambos del Juzgado Civil N° 3 de la IIIra. Cir. Judicial; el primero, ha devenido en Expte. 20030-340-2005 del S.T.J..- - - - -

-----La ejecución fiscal se inicia en el Expte. N° 18553-103-2000 en base al certificado de deuda de fs. 4,///.- ///.-emitido el 16-10-2000 en el que aparece enmendado y sin salvar uno de los apellidos y nombre de la titular fiscal, con domicilio real en Bustillo 7975 de SAN CARLOS DE BARILOCHE, el que así se reproduce en el escrito inicial de fs. 5. El 21-2-2001 se diligencia un primer mandamiento de intimación de pago y citación (ver fs. 8/10), que el tribunal consideró insuficiente y ordenó otro nuevo que fue diligenciado el 9-5-2001 (ver fs. 14/16), en ambos casos por el oficial de justicia “ad hoc” AGUSTIN LUIS TELLO, quien a fs. 16 certifica que “... en el domicilio precedentemente indicado, encontrando el inmueble cerrado y/o desocupado; ... procedí a practicar intimación ordenada y a notificar la citación fijando copias ... en la puerta del inmueble indicado- Conste.” y firma con aclaratoria.- - - - -

- -

-----Según surge de fs. 22, con fecha 15-5-2001, comparece ante el Actuario una persona que acredita ser MARCIAL TORRES, quien manifiesta “... que se desempeña en Prefectura Naval y fue enviado a devolverle mandamiento que acompaña que fue diligenciado en el destacamento Temporario de Playa Bonita, donde es desconocida la Sra. Soria de Karloski.- Manifiesta que no corresponde su entrega por ser edificio de Prefectura ...” y suscribe junto con el Secretario del Juzgado de origen.- - -

-----La actora a fs. 23 dice que “... no contando con otro domicilio de la demandada, ... solicito se libre oficio al Tribunal Electoral de la Ciudad de Viedma dado que, en principio, va a resultar necesario una notificación edictual ...”, no obstante lo cual a fs. 26 pide sentencia de trance y remate, que así resuelve el Inferior el 6-7-2001 a fs. 27,

incluyendo tener a la parte ejecutada por notificada de las sucesivas providencias y resoluciones en la forma prevista en los arts. 40, 41 y 133 del Código procesal, "... pese a lo///.- ///3.-cual deberá notificarse esta sentencia en su domicilio real (primer párrafo del citado art. 41)(fdo) CARLOS MARCELO CUELLAR, Juez.-".- - - - -

-----A a fs. 29 vta. obra informe del REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE del que surge que la titular de dominio se llama "ADELAIDA SORIA DE KARLOVSKIS", con LC. 4796305, lo que motiva que se recaratule la causa a pedido de parte y por orden judicial de fs. 30 y 31, dejando constancia el Actuario a fs. 31 de la nueva carátula que dio cumplimiento en el Libro de Mesa de Entradas y en el protocolo.- - - - -

-----No obstante esas circunstancias, nuevamente la actora libra y el oficial de justicia "ad hoc" diligencia, una cédula referida al acto procesal del 6-7-2001, fechada el 24-7-2001 dirigida a "SORIA DE KARLOVSKI ANA, Avenida Ezequiel Bustillo nro. 7.975 (REAL) ..." sin transcribir la parte resolutive, ni acompañar copia, dejando constancia a fs. 33 vta que lo hace en carácter de tal, cumplimentando esa diligencia el 23-8-2001 "... en el domicilio indicado, no respondiendo nadie a mis llamados y habiendo individualizado el domicilio(fdo) AGUSTIN L. TELLO, Oficial de Justicia Ad Hoc".- - - - -

-----En igual forma con fecha 29-11-2001 a fs 49 el oficial de justicia "ad hoc" diligencia otra cédula que dice "... en el domicilio indicado, no respondiendo nadie a mis llamados y habiendo individualizado el domicilio(fdo) AGUSTIN L. TELLO, Oficial de Justicia Ad Hoc".- - - - -

-----El mandamiento de constatación librado el 3-10-2001 a fs. 50 vta. es devuelto con constancia que según individualiza el autorizado (JOSE JAKAB), "... se trata de un lote sin mejoras sito en Playa Bonita ... devuelvo el presente (fdo) SANDRA KEIDY PEREZ, Of. Justicia".- - - - -

-----En la minuta de inscripción en el Registro de fs. ///.- ///.-42/44 y en el folio parcelario de fs. 53 consta que el domicilio de la demandada era en CAPITAL FEDERAL.- - - - -

-----A fs. 56 el 27-6-2002 la misma actora (MUNICIPALIDAD DE SAN CARLOS DE BARILOCHE) informa que la deuda actualizada por "Servicios Municipales" al 28-6-2002 por ese inmueble (19-2-B-021-03) es de \$2.334,42, más otra con la JUNTA VECINAL PINAR DE FESTA por \$2.229 según la Municipalidad, que la referida Junta

Vecinal responde a fs. 86 que es inexistente.- -

-----El 23-10-2002 se realiza la subasta del lote por parte del Martillero designado (WALDO ADOLFO CORALIZZI), con edictos publicados a fs. 90 en el BOLETIN OFICIAL y a fs. 91 en EL CORDILLERANO y rendición de cuentas a fs. 98, parte “en pesos” y parte “en dólares estadounidenses”. Se aprueba a fs. 104. Según el acta de remate, se abonaron en dólares estadounidenses tanto la seña (u\$s 3.085), como el sellado fiscal (u\$s 463).- -

-----La condena de fs. 27 es “en pesos” y el edicto de fs. 85 suscripto por el Actuario indica que el pago debe ser “... dinero en efectivo ...”. El precio de venta es \$140.000, abonándose por el adquirente en subasta una “seña” de u\$s 3.085 y por “sellado fiscal” u\$s 463. Ver fs 87 y 105.- - - - -

-----El Martillero debió exigir al comprador por \$140.000 el depósito del 8% “... en concepto de seña ...”, o sea \$11.200, habiendo percibido en sustitución u\$s 3.085 que terminaron siendo u\$s 3.010 a fs. 97, que convertidos fueron \$10.532,62, monto insuficiente para cumplir con esa exigencia del tribunal a fs. 73 vta.. Las piezas de fs. 108/109 correspondientes a la operación de conversión a razón de \$3,50 por cada “dólar estadounidense” en el BANCO PATAGONIA con fecha 6-12-2002, son copias fotostáticas simples sin firma alguna.- - - - -

-----Luego de iniciado el incidente de nulidad con fecha 15-9-2003, se suspenden las actuaciones a fs. 164 y se ///.- ///4.-agrega la cédula del art. 563 del CPCCm. sin diligenciar de fs. 170/171 (librada el 2-9-2002, devuelta sin diligenciar el 31-7-03), corriendo traslado del Martillero propuesto a la parte demandada de fecha 3-9-2002.- - -

- - - - -

-----El presente incidente tramita del Expte. N° 23524/03 (aquí, Expte. N° 20030-340-2005) es iniciado erróneamente por apoderado en nombre de “ANA KARLOVSKI DE SORIA”, quien en realidad resulta ser la titular de dominio ADELAIDA SORIA, viuda de VLADIS KARLOVSKIS, DNI 4796305, que coincide con la filiación del titular dominial que informa el REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE (ver fs. 41/46). Pretende “... se declare la nulidad del acto procesal del 6 de diciembre de 2001, de fs 27 que dicta en la causa la sentencia de trance y remate; y por ende de todo el proceso que a continuación se desarrolló .. por no haberse realizado válidamente el acto de intimación de pago”, fundado en el inc. 1° del art. 531 del CPCCm., cuestionando el acto realizado por el oficial de justicia “ad hoc” (AGUSTIN LUIS TELLO) “... bajo responsabilidad de la actora (que no firma) ...”, agregando que

la actora conocía el domicilio real de la demandada por haberle remitido correspondencia a ese domicilio en diversas oportunidades, denunciando inobservancia del irrenunciable trámite del art. 543 del CPCCm.. Ver fs. 32, nota nro. 03338 del 12-12-1990; fs. 33 nro. 2704 del 9-6-1982; fs. 34 aviso de vencimiento de la Tasa de Vialidad Rural, cuota nro. 1 de 1984; en todos los casos dirigidos a la titular de dominio al domicilio denunciado de Santo Domingo nro. 2244, MARTINEZ (PROVINCIA DE BUENOS AIRES).- - - - -

-----Fundra en los arts. 169 y ss., 531, 543 y cc. del CPCCm..-

-----Pide "... se declare la nulidad de las actuaciones ..." y a fs. 43/47 la incidentada actora contesta desconociendo///.- ///.-la instrumental, oponiendo la extemporaneidad e inobservancia del art. 592 del CPCCm. sobre nulidad de la subasta, no indicar cuando tomó conocimiento de las actuaciones, desconocer el método de publicidad previsto por la ley, niega tener conocimiento del domicilio real que denuncia la accionada, incumplimiento de los requisitos de fondo, atribuye el carácter de defecto formal del proceso a lo manifestado por la contraria, no acreditar la existencia de un interés legítimo para defenderse, falta de negación de la deuda u oposición de excepciones, ni depósito u ofrecimiento de depositar los importes adeudados, ausencia de defensa para ejercer y efectos del retiro del expediente en cuanto a la intimación de pago.- - - - -

- - - - -

-----La adquirente en subasta a fs. 52/53 invoca la condición de "...adquirente a título oneroso, en subasta pública judicialmente aprobada ..." y cuestiona que la incidentista no señala cual ha sido la afectación de su derecho, ni ha invocado ni deducido cual está reglado, las defensas que se ha visto privada en oponer, no ha desconocido la deuda, ni la existencia ni su exigibilidad, no ha opuesto ninguna excepción de las autorizadas por la ley, hay carencia de interés procesal en la nulidad, no hay perjuicio por la significación del precio abonado y remite al contenido del inc. 1* del art. 545 del CPCCm..- - - - -

-----A su vez el Martillero a fs. 54 sostiene que en su carácter de auxiliar actuó "... conforme lo ordenado en el decreto de subasta ...".- - - - -

-----El Inferior a fs. 61/63 resuelve "...Desestimar por notoriamente extemporánea y objetivamente improponible la nulidad de la ejecución articulada por la ejecutada ...", atribuyendo a la incidentista esa calidad de tal, en ///.- ///5.-función de la inexistencia de una explicación de cuándo y cómo tomó conocimiento de la situación procesal que intenta nulificar e incumplimiento de la carga del inc. 1* del art. 545 del CPCCm.,

además de la carencia de todo perjuicio, ya que ni opuso excepción alguna, ni negó la existencia de la deuda, siendo aplicable en la etapa el régimen de nulidad de la ejecución.- - - - -

-----La incidentista interpone a fs. 69/73 un recurso de apelación cuestionando la aplicación que se hace del principio de trascendencia, insiste en la existencia de obvio perjuicio, invoca la violación de la garantía de defensa en juicio que es inviolable, argumenta que la nulidad es tan manifiesta que el juez debió decretarla de oficio sin sustanciación alguna conforme el último párrafo del art. 172 del CPCCm., agrega que no es posible obtener una sentencia justa con un proceso irregular en el que se privó del debido proceso legal para ejercer las defensas adecuadas, reitera el carácter esencial del acto atacado según el art. 543 del CPCCm. y la inaplicabilidad del art. 545 de la misma ley ritual.- - - - -

-----Responde la compradora a fs. 77/78 diciendo que las argumentaciones de la incidentista no ponen en crisis la resolución impugnada al no explicar cuándo tomó conocimiento de la situación y nuevamente remite a los arts. 545, 542, 170, 172 y cc. del CPCCm.. La incidentada hace lo propio a fs. 80/84 con cita de los principios de especificidad, convalidación, trascendencia, protección y conservación, inexistencia de ejercicio de defensas de las que se dice privado y extemporaneidad y puntualmente, ataca la asimilación impropia de quien no fue debidamente notificado con quien no fue demandado (“... circunstancia ésta que tornaría la sentencia en írrita ... se trata de situaciones fáctico-jurídicas///.- ///.-absolutamente disimiles ...”) y en cuanto a la violación de la defensa en juicio, es un planteo arbitrario y carente de fundamento al omitir los requisitos esenciales del art. 172 del CPCCm., ya que en todo momento se garantizó el acceso a la justicia y la posibilidad de ejercer aquellas defensas a su favor.- - - - -

-----El “a quo” se pronuncia a fs. 103/109 a partir de la calificación de la notificación de la demanda como “... acto esencial del proceso ...” sin el cual o viciado, están afectados el debido proceso y la garantía de defensa, por lo que se está ante la irregularidad de un acto “... esencialísimo ...”. Luego de la descripción de los hechos de autos a los que anteriormente aludí, concluye que el incidente de nulidad fue interpuesto en tiempo oportuno con remisión al voto de la distinguida ex Juez del S.T.J. Dra. NELLY FLORES en “IRRERA” en cuanto a que la indefensión es el mayor vicio en que puede incurrirse en un proceso en cuanto a que la nulidad surge del acto mismo si la diligencia no se ha cumplido en el domicilio denunciado o en el constituido, siendo suficiente

poner en relieve la irregularidad, “... presumiéndose la existencia del agravio ...” y con cita del maestro HUGO ALSINA: “.. Donde hay indefensión, hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad ...”, ya que no es dable hacer primar los formalismos procesales frente al derecho de defensa en juicio, pues la actora “... en el afán de ejecutar obvió el cumplimiento de formas esenciales irrenunciables (art. 543 del C.P.C.C. ...)” , advirtiéndolo que “... convalidez actuaciones de este tipo donde se ha llegado a vulnerar no sólo la defensa en juicio sino el derecho de propiedad (art. 17 C.N.) puede llevar a las partes a prácticas procesales desmesuradas ...”.-----

-----Ahora, bien al abordar la cuestión a resolver, he de///.- ///6.-anticipar que nos encontramos en una causa principal en la que fue demandada y condenada “ANA SORIA DE KARLOVSKY” con domicilio en “Avda. Bustillo 7.975”, en la que fue subastado un inmueble de propiedad de “ADELAIDA SORIA DE KARLOVSKIS” con domicilio en Santo Domingo 2244, MARTINEZ (PROVINCIA DE BUENOS AIRES), quien incidenta por nulidad de la sentencia de trance y remate del 6-7-2001 (ver fs. 27) y los demás actos del proceso que desde allí se cumplieron.-----

-----Las partes realizan invocaciones de derecho por demás variadas, que complejizan aún más la cuestión a resolver, sumado a notorios vicios de las partes y el proceso, disfuncionalidades de los operadores del sistema judicial, y desprolijidades.-----

-----La incidentista pretende la nulidad, porque no fue intimada en legal forma, en el domicilio real que dice conocía la actora según las piezas de fs. 32/34 del Expte. nro. 23524/03 y viene a fs. 157/162 el 8-9-2003 con posterioridad a la subasta del 23-10-2002 según la publicidad dada con los edictos publicados a fs. 90 en el BOLETIN OFICIAL y a fs. 91 en EL CORDILLERANO y conforme el acta de fs. 87, todas constancias de los autos principales, interponiendo el incidente a fs. 36/38 de este Expediente el 15-9-2003, sin negar la deuda, ni depositar las sumas de fs. 6 de aquel (\$19.721,50 más \$9.860 de capital más presupuestado “prima facie”, respectivamente), ni ofrecer pagar, ni oponer excepciones u otras defensas que no sea el atribuido mal diligenciamiento de la intimación de pago que dio lugar a la sentencia de trance y remate cuya nulidad sostiene.-----

-----La actora demandó por la deuda fiscal del lote a alguien de nombre parecido, pero distinto y llevó a confusión al Juzgado, que dictó una sentencia de trance y remate contra///.- ///.-“ANA SORIA DE KARLOVSKI” y luego viabilizó el remate público de ese mismo bien en cabeza de la titular de dominio “ADELAIDA SORIA DE

KARLOVSKIS”.- - - - -

-----No le va en zaga la propia incidentista, que para mayor confusión al iniciar la acción se presenta por “ANA KARLOVSKI DE SORIA”.- - - - -

- - - - -

-----La accionante y co-casacionista de fs. 132/134, demanda a una persona aparentemente distinta (ver fs. 4 y 5 del principal), omite tener en cuenta sus antecedentes administrativos en cuanto al conocimiento del domicilio real de la misma (fs. 32/34 del incidente), intima y notifica mal a fs. 14/16 y fs. 33 y omite así hacerlo según fs. 172/173.- - - - -

-----Y también la adquirente en subasta y casacionista de fs. 121/126, quien no obstante la aprobación judicial de fs. 104, incumplió los deberes del comprador fijados por el juez a fs. 73/74, ya que no abonó en efectivo en pesos el 8% en concepto de seña, pues abonó una suma en dólares estadounidenses (u\$s3.085), que convertidos según las fotocopias simples de fs. 108/109 del principal, alcanzaron a tan sólo \$10.532,62 o sea apenas un 7,52% del precio de compra.- - - - -

-----El Martillero sin estar autorizado en forma expresa ni fundar su proceder en derecho, aceptó esa entrega en dólares estadounidenses (art. 580 del CPCCm.).- - - - -

- - - - -

-----Evidentemente son notorios dichos vicios, disfuncionalidades y desprolijidades que no pueden pasar inadvertidas en las atribuciones jurisdiccionales del art. 207 de la C.P. propias de la instancia de legalidad que concurren con las de superintendencia del inc. 2 del art. 206 de la C.P., cuando viene para resolver un recurso extraordinario en el que por una parte se invocan el debido proceso y la defensa en juicio, y las otras el contenido literal de la ley ///.- ///7.-ritual, la improcedencia formal, las preclusiones procesales y los principios de especificidad, trascendencia y no convalidación.- - - - -

- - - - -

-----El ámbito del pronunciamiento del S.T.J. en lo jurisdiccional está circunscripto, delimitado, por los términos en que vienen propuestos los recursos de fs. 121/123 y 132/134.- - - - -

-----El primero ataca la omisión del “a quo” de los actos cumplidos desde la subasta en adelante y las defensas ejercitadas a fs. 77/78 del principal.- - - - -

-----Dice estar afectado el principio de congruencia por el fallo en crisis, reiterando que la incidentista no observó el imperativo legal de interponer las excepciones junto con la nulidad y que la indefensión no es tal ante el claro contenido del inc. 1* del art. 545 del

CPCCm..- - - - -

-----Efectivamente, es así.-- - - - -

-----La incidentista no debió limitarse tan sólo a formular el planteamiento a que legítimamente tenía derecho en la forma en que lo hizo, pero que fue incompleto e ineficaz, ya que no negó la deuda, no la desconoció, no depositó, ni ofreció pagar, ni opuso excepciones.- - - - -

-----Cuando se alega la ilegalidad de la intimación de pago, en principio, el requisito de depósito de la suma aparece como esencial (conf. Cám. Nac. Civ., Sala A, LL 134-1079, sum. 20.284; íd., Sala D, LL 136-1050, sum. 22.000). Cae bajo los efectos del citado inc. 1° del art. 545 de la ley ritual, en concordancia con los arts 169 y ss.. Porque eso también es “debido proceso”. Las condiciones impuestas expresamente por inciso 1° del artículo 545 del CPCyC., que particulariza la regla general contenida en artículo 169, no pueden ///.-

///.-soslayarse por la circunstancia de que se hubiere dictado sentencia, desde que su notificación ha operado como punto de arranque del plazo para deducir la nulidad que ahora se pide, y en modo alguno libera al nulidecente de la exigencia contenida en la norma citada, cuando no ha manifestado tener otras excepciones que oponer (conf. CCCom., de Pergamino, 10-12-96, “Buratovich Hnos. SA c/Carmazú SA. y otros” citado por José Luis Amadeo en “Juicio Ejecutivo Análisis Jurisprudencial” Ed. Rubinzal -Culzoni. Editores”).- - - - -

-----Al respecto se ha dicho que: “debe desestimarse la nulidad articulada, si a pesar de la irregularidad de la intimación de pago el acto cumplió su finalidad” (CNCom., Sala D, 13-3-97, “Casa Biedma SA c/Calimano de Luján, Teresa”; CNCom., Sala C, 19-2-2001, “Textil Beyka SRL c/Berman, Ester”; ambos citados por José Luis Amadeo en “Juicio Ejecutivo Análisis Jurisprudencial” Ed. Rubinzal-Culzoni. Editores.- - - - -

-

-----Debe advertirse que nos encontramos ante una subasta judicial, que es un acto de imperio, de autoridad, de soberanía. Esto no debe perderse de vista, porque en definitiva quien vende es el Estado expropiante, como consecuencia de la ejecución forzada (conf. Luis A. Rodríguez Saiach “Teoría y Práctica de las Nulidades y Recursos Procesales”, Tomo I Nulidades Procesales, pág. 469).- - - - -

-----En este sentido he manifestado en: "BANCO DE LA PAMPA c/A. DE J. E HIJOS S. A. s/EJECUCION HIPOTECARIA s/CASACION" que: "La nulidad de la subasta judicial está sujeta a los mismos principios que informa la teoría de las nulidades

procesales y que condicionan su admisibilidad. De ahí que se haya declarado que no sólo es menester la verificación de un perjuicio real y concreto para la parte que invoca la nulidad, dado que no es procedente decretarla en el mero interés de la ley ///.- ///8.-principio de trascendencia –sino incluso que cabe atender al principio de conservación pues si la subasta impugnada no obstante su eventual irregularidad habría logrado la finalidad a que estaba destinada, no resulta admisible la nulidad" (Cám. Apel. Civ. y Com. de Pergamino, "H. A. Coltrinari y Cía. S. A. C. I. A. c/Kljenak, O. s/Incidente de nulidad de subasta" del 04-10-95; conf. Toribio E. Sosa, "Subasta Judicial", Ed. Platense, pág. 197; Alsina, "Tratado ... ", 2da. Ed., V. I, p. 657; Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", ed. post., p. 390, N° 251; Podetti, "Tratado de los Actos Procesales", págs. 483 y 488; Morello, Sosa, Berizonce, "Código Procesal en lo Civil ... ", Ed. Platense S. R. L., T. VI – C, p. 214).- - - - -

-----Las disposiciones procesales han de interpretarse en orden a una jerarquía normativa, en la que hay reglas que tienen mayor entidad y obvia prelación con relación a otras. Así, aquellas que están vinculadas a los derechos y garantías de raigambre constitucional, como el "debido proceso", la "defensa en juicio" y "la propiedad", prevalecen sobre otras de las que no corresponde apartarse sino con una motivación superior, ya que en sí mismas son aplicables por mandato de la ley ritual en tanto no afecten o comprometan aquellas esas a las que la misma codificación asigna el carácter de esenciales.- - - - -

-----Pero tales normas operan en un ámbito de "igualdad ante la ley" en que ha de entenderse que tales derechos y garantías tienen leyes que reglamentan su ejercicio y de igual modo que el alegado art. 543 del CPCCm. consagra el carácter "irrenunciable" de determinados trámites, también el susodicho inc. 1° del art. 545 de la misma ley ritual especifica en qué términos puede demandarse la nulidad de la ejecución, incluyendo los arts. 169 y ss. del CPCCm..- - - - - ///.- ///.-Téngase en cuenta que el recurso de casación en sustanciación corresponde a un juicio ejecutivo, que bajo determinadas circunstancias admite un proceso ordinario posterior e inclusive cual se dijo recientemente en "ALVAREZ", otras alternativas de revisión si se acreditan los extremos que lo ameriten.- - - - -

-----La incidentista no ha dado razón de sus omisiones en cuanto a negar o desconocer la deuda, no depositar la suma determinada por el juez a fs 6 o en la sentencia que tacha de nulidad u oponer excepciones y otras defensas, obrando con una liviandad no acorde

con los derechos y garantías invocadas al incidentar.- - - - -

-

-----Pasó por alto referir o acreditar cuándo y cómo tomó conocimiento de la ejecución en curso que adquirió publicidad por los edictos de fs. 90 y 91 del principal.- - - - -

-----La sentencia del “a quo” es incompleta y por ende, susceptible de anulación, ya que si bien son acertados sus conceptos doctrinarios en cuanto al debido proceso y la defensa en juicio, además debió pronunciarse concretamente sobre el tenor, contenido y alcances del referido inc. 1* del art. 545 del CPCCm., ya que del escrito inicial del incidente surge que la incidentista conocía en plenitud sobre el estado de los actuados conforme sus propios dichos a fs. 37 “in fine” y vta.- - - - -

- - - -

-----En conclusión:- - - - -

-----1) En el principal, se demanda, “intima”, dicta sentencia y notifica ésta a “ANA SORIA DE KARLOVSKY” y se subasta un inmueble que está en cabeza de “ADELAIDA SORIA DE KARLOVSKIS” (ver fs. 5,.6, 14/16, 27, 33 y 41/46), en base a cuya sustitución de mandato de fs. 157/161 se plantea el incidente de nulidad de quien dice ser mandatario de “ANA KARLOVSKI///.- ///9.-DE SORIA”.- - - - -

- - - - -

-----2) La condena de fs. 27 es “en pesos” y el edicto de fs. 85 suscripto por el Actuario con sus publicaciones en el BOLETIN OFICIAL y EL CORDILLERANO indican que el pago debe ser “... dinero en efectivo ...”. El precio de venta fue \$140.000, abonándose por el adquirente en subasta una “seña” de u\$s3.085 (a la cotización denunciada, tan sólo el 7,52% del precio de compra) y por “sellado fiscal” u\$s463 (ver fs. 87).- - - - -

-----3) Las diligencias de fs. 8/10 –mandamiento-, 13/16 –mandamiento- y 33 –cédula-, fueron realizadas por un oficial de justicia “ad hoc” (AGUSTIN LUIS TELLO), en inobservancia del inc. 4) del art. 36 del CPCCm. y del inc. c) del art. 111 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ahora bajo reglamentación transitoria de la Acordada N° 111/2003.- - - - -

-----4) La presunta inobservancia de la notificación por cédula del art. 563 del CPCCm. a la luz de las piezas de fs. 170/171 del principal.- - - - -

-----5) Sin perjuicio de tales, u otros, vicios y disfuncionalidades o desprolijidades, la incidentista no cumplió las prescripciones del inc. 1* del art. 545 del CPCCm.: “...depositare la suma fijada en el mandamiento u opusiere excepciones ...”; si así lo hubiese hecho, quizás otro podría haber sido el destino del incidente en mérito a esas

circunstancias a que aludo. No negó la deuda, ni la desconoció, ni depositó, ni ofreció pagar.- - - - -

-----6) Y sin que comporte anticipo de opinión sobre el fondo de las situaciones ya descriptas por ser en principio cuestión de la superintendencia judicial del inc. 2 del art. 206 de la C.P., a los fines de una ponderación por parte de quienes tienen asignadas competencias a efectos del eventual deslinde de responsabilidades, considero que concurrentemente por///.- ///.-la Secretaria de Superintendencia del S.T.J. y a sus efectos deben remitirse copias auténticas de ambos expedientes al juez de grado en cuanto a las facultades de los arts. 34, 35 y cc. del CPCCm.; al igual que el Auditor Judicial General por sus funciones de la ley 2430 y la Acordada nro. 1/2005; y a la titular del Ministerio Público por las del art. 218 y cc. de la C.P.. MI VOTO por la AFIRMATIVA.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Victor Hugo Soderro Nievas dijo:- - - - -

-----Discrepo con la solución dada por el distinguido colega que me precede en el orden de votación. Doy razones:- - - - -

-----Un proceso regularmente constituido es el presupuesto necesario y válido para tramitar y decidir correctamente el litigio, mediante cuyas normas se procura primordialmente asegurar la defensa en juicio, garantizando el principio constitucional que expresamente lo consagra (art. 18, Constitución Nacional).- - - - -

-----Es por ello que cuando se violan las formas sustanciales del proceso, se afecta dicho derecho y en tal caso procede la declaración, aún de oficio, de la nulidad pertinente a fin de sanear el vicio que invalida los actos así realizados como decisiones jurisdiccionales válidas (conf. arts. 34, inc. 5, apart. b) y 172, del Código Procesal Civ. y Com.), y los que sean consecuencia directa de aquellos (conf. CNCiv., Sala K, “Benevídez, Claudia c/Boggino, Fabio N.” del 23.03.11993; La Ley 1993-C-223).- - - - -

-----Sentados estos principios debo señalar que de la compulsa realizada de las constancias del proceso principal, tal cual lo pusiera de manifiesto la sentencia ahora impugnada, arroja irregularidades que revisten la entidad suficiente como para declarar la nulidad, en defensa de las premisas ///.- ///10.-establecidas en los párrafos precedentes.- - - - -

-----En efecto, de la simple lectura de las constancias de la causa principal: “M.S.C.B.

c/Soria De Karlovskis s/Ejecución Fiscal”, se observa:- - - - -

-----1) Que, con fecha 9 de mayo de 2001 (fs. 16) el oficial notificador diligenció un mandamiento de intimación de pago, embargo y citación de remate bajo responsabilidad de parte, en el domicilio denunciado por el actor (Municipalidad de S.C. de Bariloche), en Avda. Bustillo Km. 7,975.- - - - -

-----2) Que, el 15 de mayo de 2001 (fs. 22), comparece ante el secretario del juzgado el Sr. Marcial Torres, quien manifiesta: “...que se desempeña en la Prefectura Naval y fue enviado a devolver el mandamiento que acompaña que fue diligenciado en el Destacamento Temporario de Playa Bonita, donde es desconocida la Sra. Soria de Karlovski. Manifiesta que no corresponde su entrega por ser un edificio de Prefectura”.- - - - -

-----3) Que, ante la devolución del mandamiento oportunamente librado, se presenta el letrado apoderado de la actora a fs. 23, quien solicita se libre oficio al Tribunal Electoral de la Ciudad de Viedma, a fin de que suministre los datos con que cuente sobre el domicilio de la demandada; advirtiendo asimismo, que en principio iba a ser necesaria una notificación edictal.- - - - -

-----4) Que, a fs. 24 el juez ordena “librese el oficio solicitado a la Junta Electoral Viedma”.- - - - -

-----5) Que, no obstante el oficio ordenado -en cumplimiento de la información sumaria que el art. 145 del CPCyC. prevé-, este nunca fue diligenciado por la parte actora, como así tampoco se practicó notificación alguna de la demanda, ni aún por edictos. Es más, haciendo caso omiso de tal falta de notificación de la demanda, intempestivamente el actor solicitó a fs. 26 se///.- ///.-dicte sentencia de trance y remate.- - - - -

-----6) Que, pese a las circunstancias antes apuntadas, el Juez de Ia. Instancia resolvió a fs. 27, con fecha 6 de julio de 2001: I) Fallar esta causa de trance y remate mandando continuar la ejecución contra Ana Soria de Karlovsky hasta que se haga a la parte ejecutante íntegro pago del capital reclamado (\$19.721,50), los intereses moratorios que corran a una tasa del 8% anual hasta el efectivo pago (artículo 622 del Código Civil), y las costas del juicio (artículo 558 del Código Procesal).- - - - -

-----7) Que, posteriormente siguiendo con el proceso y en atención a lo solicitado oportunamente por la actora, el Juez de Ia. Instancia ordena se subaste el inmueble 19-2B-021-003 (embargado a fs. 24, 28/29 y 35), subasta que se lleva a cabo el 23 de octubre de 2002 (fs. 87).- - - - -

-----Se llega así al incidente de nulidad promovido por la parte demanda a fs. 36/38 de las presentes actuaciones, que el Juez de Ia. Instancia hubo rechazado por considerarlo extemporáneo, decisión ésta que la Cámara de Apelaciones revocara, declarando la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de intimación de pago viciado y cursado a fs. 16 de los autos principales.- - - - -

-----Al respecto, como ya lo adelantara al inicio del presente voto, discrepo con el Dr. Lutz, en tanto considero -al igual que el Tribunal “a quo” a fs. 103/108-, que debe declararse la nulidad del mandamiento de pago cursado a fs. 16 en los autos principales y la de todos los actos posteriores. La litis deberá trabarse en legal forma y las costas provocadas deberán ser cargadas a la parte actora incidentada.- - - - -

-----El iter procesal expuesto precedentemente no deja duda alguna que en autos se han violado las formas sustanciales///.- ///11.-del proceso -en el caso no se ha notificado la demanda-, lo cual habilitaría aún de oficio, decretar la nulidad planteada.- - - - -

- - - - -

-----Máxime, considerando que el actor, quien ahora recurre en casación oponiéndose al progreso de este incidente de nulidad, advirtió oportunamente de la invalidez de la notificación efectuada, a tal punto que considerando que no había existido notificación era necesario librar oficios al Tribunal electoral de Viedma, y que en principio resultaría necesario una notificación edictal (fs. 23 de los autos principales). No obstante ello, prosiguió con la ejecución, omitiendo el cumplimiento de los trámites procesales irrenunciables que establece el art. 543 del CPCyC., esto es con la intimación de pago y la citación para oponer excepciones.- - - - -

-----Si bien es cierto que el art. 545 del CPCyC. establece que el ejecutado podrá solicitar por vía de excepción o de incidente, que se declare la nulidad de la ejecución, la que podrá fundarse únicamente en: 1) no haberse hecho legalmente la intimación de pago, siempre que en el acto de pedir la declaración de nulidad, el ejecutado depositara la suma fijada en el mandamiento u opusiera excepciones. 2) incumplimiento de las normas establecidas para la preparación de la vía ejecutiva, siempre que el ejecutado desconozca la obligación, niegue la autenticidad de la firma, el carácter de locatario, o el cumplimiento de la condición o de la prestación; también es correcto lo dicho oportunamente por el Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia en: in re: “SALENCON”, Se. Nº 55 del 25.04.1985 (voto del Dr. Alberto R.J. Cortéz), quien expresó que el Código de procedimiento entero, de cabo a rabo, no excede de ser una mera reglamentación del ejercicio del derecho de defensa. Sus normas, siempre

instrumentales, siempre///.- ///.-operacionales, na valen por sí, sólo hallan sentido en cuanto tienden sensatamente a garantizar a cada uno, la debida audiencia, “el día en la corte”. “Entiéndase bien que estamos frente a la posibilidad de defenderse, ante el riesgo de la rebeldía; no se trata de una prueba más o de una prueba menos, de un término para alegar bien o mal contado, estamos frente a la citación a juicio. ... lo que está en juego es el derecho de defensa (art. 18 C.N.)”.- - - - -

-----Y expresa el mencionado Juez, con cita de Luis A. Rodríguez, “Nulidades Procesales”, Ed. Merú, p. 116, quien nos habla del exagerado rigorismo con el que en algunos casos se ha abusado del requisito en cuestión, ejemplificando precisamente con el supuesto meneado en el “sub-lite”. Puede leerse allí: “Lo único que redime la forma, que le da finalidad, que la hace humana, es la defensa de los últimos derechos de la persona, tal como es el derecho a un debido proceso ... Por ello juzgamos harto equivocada la tesis que obliga al que se ha visto perjudicado por falta de notificación de la demanda, a concretar las defensas de que se ha visto privado. Contra esta posición reaccionó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Expreso Santulli c/Sacco de Orellana de Gache, María Aída s/Cobro de pesos” (LL 1977-C-458) y al revocar una sentencia de la S.C.B.S., estableció la buena doctrina...”; Reconocemos que muchas veces las nulidades y los recursos son opuestos para ganar tiempo, como chicana ... Pero cuando está en juego la defensa en juicio, todo lo demás pierde sentido. Todo el proceso está hecho para garantizarla, ninguna forma puede coartarla” (conf. Luis A. Rodríguez, “Nulidades Procesales”, Ed. Merú, p. 116/117; STJRN. Se. N° 55/85, “SALENCON”, voto del Dr. Cortéz).- - - - -

-----El fallo del más Alto Tribunal de la Nación que cita///.- ///12.-el autor comentado por el Dr. Cortéz en su voto, es también digno de ser transcripto por su estricta adaptación al factum de esta causa. “Si bien las cuestiones procesales no autorizan, en principio, la interposición del recurso extraordinario, corresponde dejar sin efecto, por su rigorismo procesal, que agravia la garantía de defensa, la sentencia que desestima la nulidad planteada por haberse notificado la demanda indebidamente, en atención a que no se habría indicado de qué defensa se vió privado el recurrente” (C.S.J.N., Fallos: 297:169).- - - - -

-----Es que como bien manifiesta la Cámara, citando al S.T.J.R.N., Se. N° 272/95, “IRRERA” (voto de la Dra. Nelly Flores), la indefensión es el mayor vicio que puede incurrirse en un proceso. En el supuesto que la nulidad surge del mismo acto, por ejemplo si de la propia cédula de notificación se infiere que se ha comunicado la

diligencia ... en un domicilio que no es el constituido ni el denunciado ... en el caso la declaración no requiere sustanciación alguna, ni que se detenga el juzgador a precisar el interés, el perjuicio o defensa a oponer, pues en la hipótesis es suficiente poner de relieve la irregularidad, presumiéndose la existencia del agravio (conf. STJ. Se. N° 272/95, “IRRERA”).- - - - -

-----Es que como decía el insigne Alsina (“Tratado de Derecho Procesal Civil”, T. I, p. 652): “Donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad”. Ello así porque si el sólo interés formal implica un manifiesto exceso ritual, ... así también cabe afirmar sin hesitación que resulta tammbién un “exceso ritual” rechazar sin más una nulidad por el incumplimiento del recaudo que establece el art. 172, cuando el perjuicio surge claro de las propias constancias de los autos” (Mabel A. de Los Santos, “Nulidad Procesal”, LL. ///.- ///.-1991-D-59/62).- - - - -

-----En igual sentido, también se ha dicho que: “Es arbitrario el pronunciamiento que, al no hacer lugar al planteo de nulidad de una notificación, señaló que el incidentista no había demostrado el perjuicio del que derivaría el interés en obtener la declaración, argumento que se revela como la mecánica aplicación de un principio procesal (art. 172 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) fuera del ámbito que le es propio, y expresa un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo, ya que frente a la afirmación de la parte de no haber tomado conocimiento del objeto de la pretensión instaurada, no pudo el a quo expresar aquel argumento sin hacerse cargo de que ésta se hallaba impedida -razonablemente- de especificar las defensas que se habría visto privada de oponer, y -menos aún- de contestar acabadamente una demanda cuyo contenido ignoraba” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, CAPITAL FEDERAL, “Lebidinsky, Mario José c/Mociulsky, Marta s/Recurso extraordinario”, del 30.04.1996); “Si el demandado, debido a una irregular notificación, sólo tomó conocimiento de las actuaciones con el mandamiento de embargo, y al verse privado de defensa en la litis planteó la nulidad de lo actuado, la cámara, al exigir que el incidentista además del planteo de nulidad por la notificación, hubiera debido recurrir la sentencia dictada en rebeldía, incurrió en un excesivo rigor formal que revela una escasa comprensión de las nulidades procesales que -por su índole- se extienden a todos los actos posteriores dependientes del que se nulifica” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, CAPITAL FEDERAL, “Esquivel, Mabel Alejandra c/Santaya, Ilda s/Recurso extraordinario”, del 20.08.1996); “En el juicio ejecutivo las diligencias de

intimación de pago y ///.- ///13.-citación de remate resultan esenciales e irrenunciables - art. 543 C.P.C.- por cuanto su omisión o defecto pueden causar indefensión, afectando la garantía constitucional de la libre defensa en juicio. Razón por la que adquiere relevancia la notificación de dichos actos procesales, ya que el ejecutado debe saber por qué se le ha promovido ejecución a fin de poder allanarse o formular las excepciones que tuviese, si las pretensiones del actor no fuesen justas, debiendo confirmarse el fallo del Inferior que declara la nulidad de las actuaciones, basándose en que la notificación del mandamiento se efectuó en un domicilio distinto del que constaba en el pagaré base de la acción, ya que si bien en el caso se facultó al oficial de justicia para denunciar nuevos domicilios, debe entenderse como una alternativa posterior al resultado que depare en el domicilio impuesto, al cual el Juez ordenó notificar el mandamiento” (CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINAS, SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA, Cámara DE SEGUNDA NOMINACION, “Centro Living S.R.L. c/Salim, Ramón Antonio s/EJECUTIVO” del 18.03.1998); “La excepción de nulidad prevista en el art. 543 C.P.C.C., tiene por objeto subsanar las infracciones cometidas en los trámites previos al juicio ejecutivo, en el despacho de la ejecución o en el diligenciamiento de la intimación de pago. Pero dicho remedio no procede si no se ha privado al ejecutado del derecho de defensa o si no se le ha ocasionado algún perjuicio” (CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, LA PLATA, BUENOS AIRES, Cámara 02, Sala 03, “Banco Municipal de La Plata c/Gutierrez, Alberto E. s/Ejecutivo” del 27.04.1995); “Debe declararse la nulidad cuando se viola la garantía de defensa en juicio, pues la indefensión es el mayor vicio en que puede incurrirse en el proceso. La total indefensión excusa la mención expresa y///.- ///.-circunstanciada que, para la generalidad de los casos, requiere el art. 172 de la ley ritual y la copiosa jurisprudencia elaborada en torno del principio “pas de nulité sans grief”... “No se puede pretender que quien no ha sido siquiera anoticiado de la existencia de una acción deducida en su contra, tenga la obligación de enunciar las defensas que se ha visto privado de oponer. En primer lugar, porque ello afecta la igualdad de trato de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5* ap. c), Cód. Procesal), desde que, de ordinario, es considerablemente más breve el plazo para deducir la nulidad que el establecido para responder a la acción (arts. 170, 338, 486, Cód. cit.), con lo que se concede una indebida ventaja a la contraria; y, en segundo término, por la misma razón, el accionado no puede verse compelido a adelantar los términos de su responde, porque ello significa brindar al demandante la oportunidad de mejorar su

presentación originaria antes de cumplir la nueva notificación” (Cám.Nac.Civ., Sala D, ED, T.86, p.685); “Dada la particular significación que reviste la notificación -en tanto de su regularidad depende la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad-, cabe inferir la existencia del perjuicio por el sólo incumplimiento de los recaudos legales, solución que se compadece con la tutela de la garantía constitucional comprometida, cuya vigencia requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído, y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, CAPITAL FEDERAL, “Lebidinsky, Mario José c/Mociulsky, Marta s/ Recurso extraordinario” del 30.04.1996).- - - - -

-----En conclusión, ante las circunstancias comprobadas en autos, esto es la falta de notificación de la demanda, y ///.- ///14.-atento la particular significación que reviste la misma en tanto de su regularidad depende la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad, resulta ahora inexorable ratificar la decisión asumida oportunamente por el Tribunal “a quo”, esto es confirmar la declaración de la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de intimación de pago, embargo y citación de remate de fs. 16 de los autos principal. Ello, en tanto nadie puede ser privado de un derecho, en el caso del derecho de propiedad (art. 17 C.N.), sin tener la oportunidad de ser oído, y de que si bien no existe un orden de jerarquía de los derechos en mérito a su cualidad, es evidente que la garantía de defensa en juicio (art. 18 C.N.) representa el basamento de todo el sistema de derechos, al punto que el goce y ejercicio efectivos de éstos está en relación directa con la solidez de aquel cimiento. Donde hay indefensión -violación a la garantía de la defensa en juicio-, hay nulidad. MI VOTO por la NEGATIVA.- - - - - A la misma cuestión el señor juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----La dispar opinión vertida por los votos de los señores Jueces del Tribunal que me preceden en la consideración de las cuestiones planteadas, me obliga aquí a dirimir la disidencia.-

-----Al respecto, adelanto mi ADHESION a los fundamentos y solución propuesta en el voto del Dr. Sodero Nievas, en tanto propicia rechazar los recursos de casación deducidos por SCUARE S.A.C.I.F.A. y la MUNICIPALIDAD de S.C. de BARILOCHE, y confirmar en consecuencia la sentencia dictada por la Cámara Civil, Comercial y de Minería obrante a fs. 103/108, que declarara oportunamente la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de intimación de pago, embargo y

citación///.- ///.-de remate de fs. 16 de los autos principales.- - - -

-----Tal decisión se impone, en tanto como bien dijera el Dr. Soderro Nievas, citando al maestro Alsina, donde hay indefensión hay nulidad (“Tratado de Derecho Procesal Civil”, T. I, pág. 652).- - - - -

-----No voy a reiterar el iter procesal recorrido en la presente causa, en tanto los jueces que me precedieron en el orden de votación lo han expuesto detallada y minuciosamente, de donde surge con claridad manifiesta que en autos no se ha notificado legalmente la intimación de pago, embargo y citación de remate.- - - - -

- - - - -

-----En consecuencia, ante la falta de notificación del mencionado mandamiento de intimación de pago, embargo y citación de remate, trámite que para el juicio ejecutivo constituye el traslado de la demanda, es evidente que en autos se ha violado la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).- - - - -

- -

-----Máxime, cuando la propia ley adjetiva considera a dicho trámite como irrenunciable. Así el art. 543 del Código Procesal Civ. y Com., establece que “son irrenunciables la intimación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia”, puesto que importaría privar al ejecutado de las garantías mínimas del debido proceso. Como la intimación de pago lleva implícita la citación para la defensa (art. 542, del Cód. Proc. Nac.), tiene que entenderse que la prohibición a renunciar a aquélla se refiere a la de oponer excepciones que autoriza la ley y que comprende a todas ellas (conf. Roland Arazi, “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal - Culzoni, T. II, pág. 229).- - - - -

-----En igual sentido, señala Luis A. Rodríguez, que dispone el art. 543 del CPCC. que son irrenunciable -en el juicio///.- ///15.-ejecutivo- la intimación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia de remate. Las partes pueden, en sus convenios, renunciar a trámites procesales en los que no esté interesado el orden público, pero nunca a pasos previstos para garantizar la defensa en juicio. La intimación de pago y citación de venta, que ahora se realizan en un sólo acto (arts. 531 y 542 del C.P.C.), importan la primera noticia que tiene el deudor (ejecutado) de la promoción de la ejecución. Ella hace las veces del traslado de la demanda en el juicio de conocimiento y, por tanto, no puede ser renunciada. Tal es su importancia -la de la intimación de pago- que las irregularidades que la afectan pueden motivar la nulidad de la ejecución

(“Nulidades Procesales”, Ed. MERU, pág. 201).- - -

-----Al respecto, se ha dicho que: “La falta de citación de remate a la ejecutada -trámite análogo al traslado de la demanda- configura la omisión de un acto esencial y determina la nulidad absoluta. Los plazos procesales no pueden jugar en contra de quien no ha gozado de la garantía elemental del debido proceso” (Cám. 1a. Apel., Mar del PLata, Foro Atlántico, año III, pp. 422-426; Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial ... Comentado y Anotado”, Editora Platense SRL., T. VI-B, pg. 66); “La intimación de pago como acto introductorio a la defensa del demandado es el pilar de su eventual actuación en el proceso y uno de los trámites irrenunciable, razón por la cual se explica que ella es nula cuando no se haya hecho legalmente, es decir, sin cumplir los requisitos formales establecidos (Cám. 2da., Sala I, La Plata, causa B-45.023, R DJ 1979-7-33. sum 68; Morello, Ob. cit., p.344); “Entre otros supuesto, se ha declarado que la nulidad se impone si no resulta que la ejecutada hubiera sido intimada y citada de remate en el domicilio real, pues resultaría,///.- ///.-de acuerdo con tales circunstancias, que se le ha privado de ejercer su legítimo derecho de defensa y oponer, como lo ha hecho ahora, las excepciones que entienden le competen para resistir a la ejecución” (Cám. Nac.Com., Sala A, 29.3.73, La Ley, 152-521); “La trascendencia del vicio para que merezca la grave sanción de nulidad aparece, en el juicio ejecutivo, virtualmente en forma exclusiva en los casos de indefensión del demandado por falta de una idónea notificación, resultando claro de autos que la diligencia de intimación de pago y citación de remate -aún sin la firma del juez en el mandamiento-, ha obtenido la finalidad para la cual se la ordenara, condiciones éstas en las que resulta infundada la pretensión nulificatoria deducida (arts. 169 y ccs. y 543 CPC.)” (CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, PERGAMINO, BUENOS AIRES, “Banco de Crédito Argentino S.A. c/Ratari, Miguel A. y otra s/Ejecución hipotecaria” del 27.03.1996).- - - - -

-----En principio, la notificación del traslado de la demanda o la intimación de pago -en lo juicios ejecutivos- debe hacerse en el domicilio real del accionado o, en su defecto, en el domicilio especial constituido en el instrumento público. Y, la consecuencia de la falta de notificación en el domicilio real es la nulidad. Aquí no juega tampoco la redargución de falsedad (para el caso de sostenerse que fuera la única vía para atacar la nulidad de la notificación). La sanción de nulidad está expresamente prevista en el último párrafo del art. 339 del C.P.N., ya que si el domicilio fuera falso se anulará todo lo actuado, a costa del actor. La nulidad surge de notificar en domicilio ajeno, por

violarse preceptos de jerarquía constitucional (Rodríguez Saiach, Luis A., “Teoría y Prácticas de las Nulidades y Recursos Procesales”, Ed. Gowa, T.1, ///.- ///16.-págs. 445/446).- - - - -

-----En tal sentido, se ha indicado: “En la corrección de la notificación de la demanda se encuentra involucrada la garantía de la defensa en juicio, pues de aquélla depende el ejercicio de este derecho, por ello no puede darse validez a la que ha omitido consignar el departamento que correspondía al domicilio del demandado” (CNCiv., Sala B, 9.12.71, “Santa Catalina S.R.L. c. Geofinca S.A.”, síntesis J.A., 1976-I-767); “Encontrándose probado en autos que el inmueble se encontraba cerrado y desocupado desde dos años atrás, procede la nulidad de la notificación practicada por el oficial notificador que dejó la cédula de notificación en la puerta del inmueble, porque en el C.P.C. lo que se pretende es el encuentro positivo con el notificado o con cualquier otro morador del domicilio, constituyéndose de ese modo el diligenciamiento valedero del acto de conocimiento” (JA., 1976-I-708, sum. 140); “Está viciada de nulidad la notificación efectuada por cédula en la que no se hiciera constar el piso y departamento, y el oficial notificado no dejara constancia de que lo hubiese establecido por su cuenta, toda vez que el derecho del demandado constituye una garantía constitucional y por ello no admite ninguna clase de mengua o retaceo” (CNCiv., Sala B, 13.4.76, LL. 1978-B-668, fallo 34.624-S).- - - - -

-----En autos, conforme a las constancias de la causa, ni siquiera se encuentra en discusión si la notificación del mandamiento de intimación de pago se realizó en un domicilio erróneo y/o falso; directamente ésta -la notificación-, luego de la devolución del primer mandamiento librado, nunca se realizó.- - - - -

- -

-----Como bien lo observara en su voto el Dr. Sodero Nievas, hasta el propio actor a fs. 23 de los autos principales,///.- ///.-advirtió oportunamente la invalidez de la notificación efectuada, al extremo de que entendiendo que no había existido notificación, solicitó el libramiento de oficios al Tribunal Electoral de Viedma a fin de que el mismo suministrara los datos con que contare, y que en principio resultaría necesario una notificación edictual.- - - - -

-----En conclusión, ante la ausencia de notificación de la intimación de pago, embargo y citación de remate, no había otra alternativa que no fuera la seguida por el Tribunal “a quo”, esto es decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de intimación de pago, embargo y citación de remate de fs. 16 de los autos principales, en

tanto donde hay indefensión hay nulidad.- - - - -

-----Ello, puesto que más allá de lo preceptuado en el art. 545 del CPCyC., la función de la nulidad, no es precisamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asegurados por estas. La misión de la nulidad es asegurar el cumplimiento de los fines confiados al proceso. Las formas son el medio, o instrumento de que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio. En cualquier supuesto que esa garantía aparezca violada, aunque no haya texto legal expreso, la declaración de nulidad se impone, quedando librado al prudente arbitrio judicial, quien debe ser exigente en el respeto de la defensa en juicio, pero prudente en la declaración de nulidad (conf. mi voto en: "CARRERA", Se. Nº 47 del 16.05.2005). MI VOTO por el RECHAZO.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- -

-----Por los fundamentos dados, o sea que los derechos y garantías han de ejercerse dentro de los límites de las leyes que reglamentan el ejercicio conforme al art. 14 de la C.N., mientras no sean alterados según el art. 28 de la C.N.,///.- ///17.-los invocados por la incidentista al agravarse tienen un modo previsto en el inc. 1* del art. 545 del CPCCm. que no ha sido tachado de inconstitucional y resulta operativo para el caso.- - -

-----Valoro la concepción garantista que desde la teoría del Derecho Constitucional sostienen los Dres. ESCARDO y CAMPERI en el fallo en crisis a favor del debido proceso y la defensa en juicio al receptar la pretensión de la incidentista, pero yerran en cuanto omiten tener en cuenta que hay un orden normativo, una jerarquía de la Constitución, que impone una interpretación hermeneútica que haga confluir la voluntad jurídica del legislador con la del constituyente en la interpretación de esas normas en función del estado de derecho y la seguridad jurídica, evitando el ejercicio discrecional e inigualitario de esos derechos y que, frente a vicios y disfuncionalidades, o desprolijidades, como las detectadas en autos, puedan llevar a una confusión del juzgador.- - - - -

-----El debido proceso, la defensa en juicio y la igualdad ante la ley imponían a la contribuyente demandada e incidentista un obrar concreto, omitido, conforme el inc. 1* del art. 545 del CPCCm..- - - - -

-----Por tanto, propicio hacer lugar a los recursos de casación de SQUARE S.A. y la MUNICIPALIDAD DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, dejando sin efecto la sentencia impugnada, reenviar para que con otra integración haya nuevo

pronunciamiento y disponer las restantes medidas de superintendencia que complementan el decisorio según los considerandos.- - - - -

-----Por ello, propongo al Acuerdo:- - - - -

-----1.-Hacer lugar a los recursos extraordinarios de fs. 121/126 y 132/134, dejando sin efecto la sentencia del “a quo” de fs. 149/153.- - - - - -///.- ///.-2.- Reenviar a la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN CARLOS DE BARILOCHE, para que, con otra integración dicte nuevo pronunciamiento sobre la apelación de fs. 69/72 del presente incidente. Costas por su orden (art. 71 del CPCyC.).- - - - -

-----3.- Por SECRETARIA DE SUPERINTENDENCIA DEL S.T.J., extraer copias fotostáticas íntegras y certificadas de los Exptes N° 18553-103-2000 y N° 23524/03 (ahora, N° 20030-340-05 del S.T.J.), ambos del Juzgado Civil N° 3 de la IIIa. Circunscripción Judicial a los fines de la remisión al titular de dicho tribunal de grado, a la AUDITORIA JUDICIAL GENERAL y a la Sra. Procurador General a los efectos que pudieren haber lugar dentro de sus respectivas competencias. ASI MI VOTO.- - - A la misma cuestión el señor juez doctor Victo H. Sodero Nieves dijo:- - - - -
- - - - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Rechazar los recursos de casación interpuestos por SQUARE S.A.C.I.F.A. a fs. 121/126 y por la Municipalidad de San Carlos de Bariloche a fs. 132/134; y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial obrante a fs. 103/108 de las presentes actuaciones. II) Imponer las costas de esta instancia a las recurrentes perdidasas (art. 68 del CPCyC.). III) Regular los honorarios profesionales del doctor Justo J. Giraudy en el 25%; de los doctores Bárbara M. Figueirido y Manuel A. Vazquez -en conjunto- en el 25% y del doctor Alberto Antonio Rucci en el 35%, todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente se les fijen a los letrados por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. ///.-

///18.-Balladini dijo:- - - - -

-----ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto del doctor Víctor H. Sodero Nieves. - - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

POR MAYORIA

Primero: Rechazar los recursos de casación interpuestos por SQUARE S.A.C.I.F.A.e I. a fs. 121/126 y por la Municipalidad de San Carlos de Bariloche a fs. 132/134 de las presentes actuaciones; y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial obrante a fs. 103/108 de autos.- - - - - Segundo: Imponer las costas de esta instancia a las recurrentes perdidosas (art. 68 del CPCyC).- - - - - - - - - Tercero: Regular los honorarios profesionales del doctor Justo J. Giraudy en el 25%; de los doctores Bárbara M. F