

En la ciudad de General Roca, a los 22 días de octubre de 2018. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "BAJOS FERNANDO C/ RODRIGUEZ JOSE OSCAR Y OTRO S. ORDINARIO S/ NULIDAD (Ordinario) " (Expte. N A-2RO-1118-C3-16), venidos del Juzgado Civil N° Tres , previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Conforme se desprende de la nota de elevación de fs. 106, han venido los presentes autos a los fines del tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 103, en representación de los demandados Sres. Rodriguez Jose Oscar y Gariboldi Miriam Edith, contra la sentencia dictada el 17/04/2018 a fs. 93/102, y fundado a fs. 110/112 vta. Corrido el traslado de los agravios, estos fueron evacuados por el actor a fs. 114/117.

1.- He de realizar una breve síntesis de los hechos para la comprensión del recurso planteado en esta instancia.

1.1.- El actor interpuso acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita contra la sentencia dictada en autos "RODRIGUEZ, JOSE OSCAR Y O. C/ BAJOS FERNANDO S/ ORDINARIO" (Ordinario)" (Expte. Nro. 40427/03/10), de fecha 17/10/2012 obrante a fs. 186/190, el cual tramitó ante el mismo Juzgado Civil N° 3, por entonces bajo la titularidad de su antecesora.

Los hechos que dieron lugar a este expediente se basaron en el incumplimiento del Sr. Bajos de un acuerdo realizado con el Sr. Rodriguez y la Sra. Gariboldi; conforme el cual asumía el compromiso de proceder al cerramiento de una ventana que lindaba con el predio adquirido por los hoy demandados.

En dicho momento la Sentencia elaborada por la Dra. Burgos tuvo por incumplido el acuerdo, condenando al Sr. Bajos a la realización del cerramiento de la abertura según lo pactado en el acuerdo instrumentado por las partes en fecha 05/10/2009. Asimismo habiendo las partes pactado una cláusula penal, morigeró la multa devengada hasta ese momento condenando al Sr. Bajos al pago de la suma de U\$S 5.000.-

A su vez estableció que para el caso de incumplimiento de la condena en el plazo establecido debería comenzar a correr nuevamente la cláusula penal pactada por el importe de U\$S 100 diarios.-

Ahora bien pasando al tema planteado en autos, el actor expuso su pretensión de declaración de nulidad de la sentencia recaída en el expediente mencionado; porque a su entender la misma no ha valorado debidamente la prueba producida en autos.

Agregó a ello imputación a la Sentenciante (Dra. Burgos) de haber efectuado una interpretación subjetiva, ya que consideró que un ladrillo de vidrio no es material similar a un ladrillo tradicional; por lo que ha tenido por incumplido el acuerdo realizado entre partes.

En su relato de los hechos, mencionó que hay contradicciones en el cuerpo de la sentencia, que pretendía arbitraria; concluyendo que -conforme su tesis- siendo nulas todas las demás sentencias recaídas en el proceso, al ser una derivación de ella, correría la misma suerte.

Insistió que no hubo daño a las partes pero que la sentencia igualmente dio lugar a la multa, habiendo considerado también que hubo abuso de derecho, enriquecimiento ilícito y que la multa que se ha devengado ahora estaría causando confiscación.-

1.2.- Los demandados quienes se presentaron a contestar demanda resistieron a la acción intentada, fundando su defensa en que el que conflicto ocurrido entre las partes ha pasado a ser cosa juzgada.

Pero además dejaron sentado que entienden que esta acción intentada por el actor tiene por objeto evadir una condena clara y concluyente.

Defendieron la legalidad de la cláusula penal acordada de manera libre entre las partes, e indicaron que si la misma se agravó en sus consecuencias, ha sido por la obcecada postura del Sr. Bajos.

1.3.- La sentencia apelada, luego de una extensa cita doctrinaria en relación a la procedencia de la revisión de la cosa juzgada, destacó que el actor de forma supuesta o paralela a la acción de nulidad de sentencia introdujo como pretensión el abuso de derecho y el enriquecimiento injusto del acreedor derivado de la ejecución de la sentencia que ataca.

Consideró que debía analizar lo traído bajo las tres hipótesis -nulidad, abuso del derecho y enriquecimiento injusto- y a centrarlas en el eje/causa que ha desatado el conflicto entre los litigantes -causa de la obligación- y el modo en que ha ido ejecutándose tal pieza -sentencia.

En ese marco ha entendido la primera cuestión y que ha generado el "entuerto" -como lo ha calificado-, en la etapa de ejecución de aquellos actuados por cuanto en definitiva implicaba desentrañar el significado o alcance de la obligación exigida al demandado -

hoy actor-, en cuanto al cumplimiento o incumplimiento ante la expresión utilizada en tal sentencia; respecto del alcance del vocablo "similar".

En esta tesitura, ha considerado la juzgadora, que ha mediado "vaguedad" en la expresión utilizada por las partes y debió haberse zanjado en el proceso y quedar clara y precisa la obligación que era exigida al demandado, entendiendo que ello no ha ocurrido; y ha considerado de tal modo, que el punto de conflicto lograba demostrar la trascendencia de la nulidad buscada.

Luego y sobre la base de un informe arquitectónico y constatación notarial a fs. 250/254 del expediente cuestionado, resaltaba que la abertura en cuestión contaba con 'ladrillos de vidrio' y que 'dicho cerramiento no era atentatorio contra la intimidad de la Unidad Funcional 1 (uno); ya que el material con el que se la ejecutó es translúcido y se encuentra orientado hacia la cubierta ciega.-

Seguidamente, efectuó un análisis de la palabra 'traslucido' y concluye que a la fecha del dictado de la sentencia atacada la abertura se encontraba cerrada con material translúcido, y garantizada la privacidad de los actores en dicho proceso, lo que quedó acreditado a fs. 250/254.

Afirmó en tal marco que bajo los lineamientos de la Ley de Propiedad Horizontal hubiera correspondido interpretar el término "similar", que ello era claro y así lo han entendido las partes y tal la juzgadora por cuanto ha sostenido que no era la construcción de un muro lo exigido tampoco lo pactado.

Por lo cual concluyó que el sentido 'similar' debía necesariamente estar correlacionado con el derecho a la intimidad que tal sentencia pretendía garantizar, a las restricciones en cuanto a las 'vistas' de la ventana lateral en cuestión respecto de su vecino y también en torno a los derechos del actor en esa causa en cuanto a propietario de su unidad funcional, y no en torno a la exigencia de la construcción de un muro, como finalmente ha sido realizado.

Aseveró que el cerramiento y bajo los lineamientos que hacen al régimen de Propiedad Horizontal en cuestión a la fecha de sentencia se encontraba consumado por cuanto tal material - ladrillos de vidrios- era translúcido, estaba garantizada la privacidad, a su vez tal material permitía el acceso a la luz en el propio inmueble del obligado y tal goce es permitido en el régimen de propiedad horizontal.

Determinó que teniendo por configurado el vicio alegado por el actor respecto de la sentencia de fs. 186/190 en el entendimiento de que en oportunidad del dictado de aquella sentencia el conflicto respecto de la abertura se encontraba zanjado y por ende el

tratamiento de tal cuestión resultaba abstracta en tal sentido.-

Ultimó en relación a la multa diaria impuesta por tal sentencia -segundo párrafo de la parte resolutive-, que la suerte de esta acción de nulidad -en cuanto a la configuración del vicio que sirve de sustento para su aplicación- selló la suerte de la misma, declarándola nula en tal aspecto ante la falta de sustento fáctico y jurídico.

Por lo tanto terminó haciendo lugar a la acción de nulidad interpuesta por el actor declarando la nulidad de la sentencia dictada a fs. 186/190 (del día 17/10/2012) en autos "RODRIGUEZ JOSE OSCAR Y O. C/ BAJOS FERNANDO HECTOR S/ ORDINARIO" (EXP. 40427-3-2010) en lo que hace al párrafo primero -primera parte- y segundo párrafo, esto es: a.- Declarando que a la fecha del dictado de tal sentencia la obligación contraída por el Sr. Fernando Bajos (dar cerramiento a la ventana de su propiedad -unidad funcional 2, NC 05-1-D-814-05A-UF2- que da al techo de la unidad funcional 1 -05-1-D-814-5A-UF1-) se encontraba cumplida y por ende el tratamiento de tal cuestión resultaba abstracto; b.-Declarar la nulidad lo resuelto en el segundo párrafo de la parte resolutive de tal sentencia y de todos los actos que en consecuencia deriven de este.

2.- Que ante esta sentencia se han alzado los aquí demandados en autos quienes exponen sus agravios conforme pieza recursiva a fs. 110/112.

2.1.- La expresión de agravios presentada, ha considerado que la Juzgadora se ha extralimitado respecto de la amplitud que posee el debate traído a su consideración.-

En ese contexto, sostienen que el proceso originario ha consistido en un procedimiento de conocimiento pleno, donde se discutió una pretensión donde el actor en esta causa gozó de todas las garantías del proceso, como de la posibilidad de ejercer mayor amplitud probatoria, así como ejercer todas las vías impugnativas, lo que entienden primordial porque a mayor amplitud de defensa, mayor garantía de la corrección de la sentencia.

Sostenían entre sus reproches también, que la sentenciante ha ignorado todos y cada uno de estos hechos y ha realizado una serie de consideraciones sobre la supuesta injusticia del fallo, trayendo opiniones que sustentarían su posterior proceder y le permitirían abrir la discusión.

Afirmaban que no esta prevista la revisión de la sentencia en el supuesto de 'injusticia', o la introducción de nuevos argumentos cuando no se dan los dos presupuestos de: a) sentencia que no haya sido precedida de un proceso contradictorio con oportunidad de audiencia de prueba; o b) en que existió dolo o estafa procesal, supuestos en los que se

han vulnerado las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio.

Que la sentencia no hizo mérito a los requisitos de admisibilidad de la acción, sustentándose solo en la supuesta injusticia de la misma, lo que no ha sido admitido por la jurisprudencia del mas alto Tribunal de la Nación y jurisprudencia dominante; habiendo incorporado citas de jurisprudencia en pretendido aval de su postura.

Por otra parte y respecto de los fundamentos de la sentencia, han analizado y concluido en que: a) se basa en opiniones doctrinarias que no resultan mayoritarias en el plexo doctrinario nacional; como también, en que los fallos invocados, exigen la configuración de los requisitos apuntados por su parte, que no surgen del caso.

Que conforme su postura, la acción autónoma de nulidad de sentencia, es una creación pretoriana, por lo que a falta de norma expresa sobre el particular, se debe tener muy en cuenta lo requerido por los fallos que así la reconocen, como así también su interpretación debe ser manifiestamente restrictiva.

Abonaban la pretensión de revocación, resaltando que en el proceso original existió la más amplia posibilidad de discusión y prueba; que nada se alegó contra la situación antes descripta; como tampoco no existió, ni se alegó, la existencia de dolo, estafa procesal, y/o cualquier otra circunstancia habilitante para una resolución de tales características; como también y finalmente, las posibilidades con las que contó el actor para recurrir las sentencias, destacando que utilizó una (recurso de apelación), pero no las agotó.

A manera de conclusión entonces, dejaban expuesto que resulta inviable para el fin pretendido por la contraparte, alegar la supuesta "injusticia" de lo recurrido, puesto que implicaría una relativización inaceptable de la institución de la cosa juzgada, que protege valores tan importantes como la de la justicia, la seguridad jurídica, la garantía del debido proceso, y la de conclusión temporal de los conflictos intersubjetivos en algún momento.

2.2.- En el segundo de los agravios plantearon la defensa respecto a la nulidad de la cláusula penal, mencionando que la sentenciante se basó para concluir ello en que no ha existido perjuicio para el acreedor, y que existiría un enriquecimiento sin causa. Se oponen a ello, y afirman que tales conclusiones son falsas. Dejaron expuesto que el objeto del convenio – cerramiento de una ventana - configuraba un objeto lícito y posible, por ende la obligación asumida por el deudor resultaba plenamente válida.-

Que incluso, la cláusula penal permitía la posibilidad de morigeración, que fue utilizada por la Juez de primera instancia al dictarse la sentencia.

Relatan que el problema se presentó cuando el hoy actor, a pesar de la sentencia que lo condenaba, continuó con su incumplimiento, con el agravante que intentó engañar al tribunal, en la etapa de ejecución de sentencia, engaño que cayó luego de la pericia realizada en dicha etapa.

Continuando con los detalles del proceso indicaban que esta actitud del Sr. Bajos es lo que llevó al encarecimiento de la multa, con un posterior pedido de morigeración que le fue denegado.

Indican que la opinión sostenida en la sentencia de que la cláusula penal resultaba nula por no existir perjuicio y por implicar un enriquecimiento sin causa, contraría la norma vigente y las opiniones jurisprudenciales casi unánimes.

3.- Habiendo sido ordenado el traslado de los agravios con anterioridad detallados; se ha presentado el actor en autos y ha dado respuesta a los mismos, a través de la pieza procesal agregada a fs. 114/117.

3.1.- Comenzaba por mencionar que del acuerdo firmado interpretó que el cerramiento era de ladrillo o material similar, y que el primer cerramiento lo realizó en ladrillo de vidrio, que la sentencia que ha sido declarada nula ha tenido en cuenta solo la voluntad de la otra parte, siendo que dicha parte no estuvo presente ni formó parte del compromiso.

Afirmaba que la sentencia pretensamente nula hacía referencia al artículo 1198 del C.C., pero no lo aplicó, solo tuvo en cuenta lo que entendieron los actores en dichos autos, manifestando su actitud tendenciosa respecto del Sr. Bajos, porque en ningún lado figuraba expresamente que no se podía cerrar con ladrillo de vidrio.

Se esforzaba en defender la nulidad de la sentencia declarada, por haber entendido que no se tuvo en cuenta la prueba en autos, tampoco el derecho, como también que la Sentenciante en dicho momento fue arbitraria, concluyendo que todas las sentencias son nulas, por ser una consecuencia y derivación de la misma.

Por otra parte, intentaba convencer en cuanto a que el cerramiento de la ventana en cuestión se efectuó en tiempo y forma, por lo que no hubo margen para la aplicación de la multa, sobre todo teniendo en cuenta que en las cuestiones de restricciones y/o límites al dominio el daño no produce indemnización citando los arts. 1970 y 1971 del C.C.C, y por aplicación del art. 1980 del C.C.C. Tampoco era violatorio de ninguna reglamentación el ladrillo de vidrio, y por aplicación del art. 1061 del C.C.C.

Entendía que no hubo margen para una multa penal o indemnización porque nunca ocasionó un perjuicio y no ocasionaría algún perjuicio ni antes del cerramiento ni ahora

que esta cerrado, pero apuntando a que igualmente en la sentencia que se atacó de nulidad se dio lugar a la multa.

Que ello estaba fuera del compromiso firmado, y que además implicaba un abuso de derecho, un enriquecimiento ilícito y que con la suma de la multa se produciría una confiscación.

Que no pudo ignorarse que las partes pueden pactar convenios, pero el Juez debiera tener en cuenta siempre los abusos de derecho y los actos y/o hechos contrarios a lo que las normas legales estatuyen, teniendo que dictar sentencia conforme derecho impartiendo justicia.

Remitiendo a los hechos que dieron lugar a la pretensa sentencia nula, aseveraba que no se ha violado ninguna ley debido a la ubicación que tenía la ventana ya que daba a un techo, sino que además menciona que se cerró con ladrillo de vidrio que era lo que entendió que estaba permitido, ya que el mismo permeaba luz, manteniendo la intimidad, manifestando que ello no fue de gusto de los actores en dicha causa, sumado a que la Sentenciante no tuvo en cuenta la interpretación de su parte, dictó sentencia a favor de la contraria.

Continuaba luego desarrollando sus fundamentos en apoyo de la sentencia apelada, que se cumplió con el cerramiento de material de ladrillo, pero no conforme con ello se solicita la ejecución de la multa, sobre la cual ya se había abonado un monto que determinó la sentencia.

Consideraba como de suma importancia que en casos como estos, donde las sumas que se pretenden ejecutar se convierten en montos exorbitantes, deban tenerse en cuenta ciertos aspectos, como comparar la cantidad que resulta de la aplicación de la cláusula penal con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causado a los actores.

Dejaba a salvo también, que le llamaba poderosamente la atención la pretensión de los actores de ejecutar una deuda luego de haber obtenido el resultado querido que era el cerramiento de la ventana y además de ello, que ya han cobrado el monto estipulado en la sentencia que ascendía a la suma de U\$S 5.000, lo que entiende ampliamente resarcitorio para el caso.

Luego, dejaba a entrever una actitud dolosa de los pretensos acreedores entendiendo que han llegado incluso a enmascarar bajo la forma de cláusulas penales la percepción de intereses usurarios, llegando estos a un extremo de ser cláusulas leoninas de imposible cumplimiento, decretándose la nulidad de las mismas.

Proseguía argumentando que de proceder a la ejecución de la multa penal, y logrado el

embargo de la vivienda única de mi propiedad, se estaría violando seriamente un derecho de raigambre constitucional, provocando un notable perjuicio no solo patrimonial, sino moral al deudor que ya ha cumplimentado con todo lo que se le ha requerido, y en este caso, los montos pretendidos resultan claramente excesivos, y dan a entender que lo que se pretende es beneficiarse con la situación disvaliosa del deudor, presionándolo de tal manera.

Expresaba que debiera tenerse en cuenta que el fundamento sustancial de la acción autónoma de nulidad es violatorio de una garantía constitucional; como que las formalidades del proceso nunca pueden dejar de lado la búsqueda de la verdad objetiva. Que la injusticia propiamente dicha habilitaba la procedencia de la acción de nulidad por cosa juzgada írrita, como se ha fallado y pretende confirmar; ya que se verifica en aquellos supuestos en donde si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales, su aplicación genera una situación de extrema injusticia.

Culminaba solicitando que se tenga a bien probado lo mencionado en la demanda, y se declarara la ilegitimidad de todo lo pretendido por los Sres. Rodriguez, no solo por resultar contrario al derecho y a las buenas costumbres; sino también desproporcional, con la virtualidad de configurar un enriquecimiento ilícito, sino por ser además inconstitucional al violar el art. 17 de la C.N., y tratados internacionales de raigambre constitucional que protegen la propiedad, siendo que se agrede el único bien del demandado.-

En estos términos, quedaba planteada la contestación del recurso de apelación interpuesto en autos.-

4.- Reproducidas así las posiciones antagónicas de las partes, en torno a la procedencia de la acción de nulidad de la cosa juzgada fallada en primera instancia; corresponde comenzar con el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por los demandados en autos; el Sr. Rodriguez y la Gariboldi.

Que teniendo en cuenta la naturaleza y particularidades de la acción de nulidad intentada -y acogida en primera instancia-; entiendo pertinente realizar algunas consideraciones, de conformidad con el marco en el que se encuentran encuadrados los hechos traídos para la resolución judicial.-

Es por ello que considero prudente repasar los conceptos jurídicos que se debaten en autos, no solo sobre los alcances y el concepto de cosa juzgada; sino y respecto de la acción de nulidad de la cosa juzgada írrita, en torno a cuales son los requisitos de admisibilidad de la misma para poder juzgar entonces en cuanto a la procedencia de la

receptación que ha decidido la Sra. Jueza de primera instancia.

Conforme Palacio, la "cosa juzgada" es un medio para asegurar la inmutabilidad o irrevocabilidad de las cuestiones resueltas con carácter firme en un proceso anterior y de evitar, por lo tanto, el pronunciamiento de una segunda sentencia eventualmente contradictoria (Palacio, Lino, Tratado de derecho procesal, t. VI, pag.135).

Por su parte, Roland Arazi y Jorge A. Rojas, estos han dicho que: "La finalización del desarrollo de un proceso judicial, reflejada en la sentencia que dirime la contienda, tiene un aditamento especial con la formación de la llamada "cosa juzgada" (del latín: res judicata), que precisamente le podríamos atribuir como significado el de aquello que ha sido decidido, o el objeto de una decisión judicial, más especialmente. En esta línea, la podemos concebir -siguiendo a Couture- como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medio de impugnación que permitan modificarla. Es decir que es la esencia de todo proceso judicial de inalterabilidad de todas las decisiones judiciales firmes, como presupuesto ineludible de la seguridad jurídica; es exigencia de orden y tiene jerarquía constitucional conforme los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, porque se considera que la cosa juzgada es inalterable y tiene la misma fuerza de ley." (Roland Arazi y Jorge A. Rojas. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado con los Código Provinciales. Segunda Edición actualizada. Tomo I. Editorial Rubinzal- Culzoni. Pág. 662).

Desde los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se tiene que ha dicho respecto de la "cosa juzgada"; que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la seguridad jurídica y un valor de primer orden que no puede ser desconocido con invocación de argumentos insustanciales y con la pretensión de suplir omisiones o corregir yerros en cualquier momento, pues ataca las bases mismas del sistema procesal y afecta la garantía del debido proceso, cuyo respeto es uno de los pilares del imperio del debido proceso; tal lo expresado en "Méndez, Virgilio H. y otros c/ caja Nacional de Ahorro y Seguro y otro", D.T. 1989-B, 1325 -21/08/89-).

Que el cimero tribunal nacional se ha pronunciado por el fundamento constitucional del instituto de la cosa juzgada en numerosos fallos; señalando que el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que queda incorporado al patrimonio del interesado, y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que consagra la inviolabilidad de la propiedad (CSN, Fallos, 294:434). Y que el reconocimiento del carácter inmutable de una decisión judicial

requiere la existencia de un trámite anterior contradictorio en el que se hayan respetado sustancialmente las exigencias de la garantía de defensa en juicio (CSN, Fallos, 310:2063).

Citando pronunciamientos más recientes, ha señalado que " ... El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el régimen constitucional y no es susceptible de alteraciones, porque la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica. En esas circunstancias, la sentencia resulta inviolable, tanto con respecto a la determinación imperativa del derecho sobre el cual se requirió pronunciamiento judicial, cuanto en orden a la eficacia ejecutiva de este último".- (GARCIA, RAUL c/ RIO NEGRO, PROVINCIA DE s/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS G. 529. XLVII. I01 26/12/2017 Fallos: 340:1982).-

En la misma línea de pensamiento ha indicado que: " ... El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteración ni aún por vía de la invocación de leyes de orden público, ya que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior" (Fallos: 299:373; 301:762; 302:143; 312:376). (JOSE SUEIRO Y CIA SCC c/ EN -MINISTERIO DE HACIENDA s/CONTRATO OBRA PUBLICA. CAF 017781/2000/CS001 07/07/2015. Fallos: 338:599).

En cuanto a la jerarquía constitucional ha dicho: 'Cabe asignar la jerarquía constitucional a la cosa juzgada (Fallos: 224:657; 250:435; 252:370; 259:289), sobre la base de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio (Fallos: 199:466; 258:220; 281:421).'(GARCIA, RAUL c/ RIO NEGRO, PROVINCIA DE s/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS G. 529. XLVII. I01 26/12/2017 Fallos: 340:1982).

Asimismo, hace muy poco esta Cámara se pronunció en el expediente N° G-2RO-861-F11-15 con sentencia de fecha 19/09/2018, en el cual se trató a los efectos de la resolución del caso el concepto del instituto de la cosa juzgada, a lo que me remito por razón de brevedad -no sólo respecto de mi voto, sino también a las consideraciones realizadas por el apreciado colega, Dr. Gustavo A. Martinez, ya que también aplican al caso.-

No obstante, tampoco se ignora que el instituto jurídico en análisis no reviste carácter

absoluto, y el mismo se ha ido delimitando por intermedio de un proceso pretoriano, que ha originado la acción de nulidad de sentencia por cosa juzgada írrita.

Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha perfilado su doctrina favorable a la revisión de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada a través de distintos fallos mencionándose, entre los primeros, los casos 'Tibold' (23-11-62, Fallos: 254:320), 'Campbell Davidson' (19-2-71, Fallos: 279:54), 'Bemberg' (29-12-71, Fallos: 281:421) y 'Atlántida' (26-6-72, Fallos: 283:66) y más recientemente los casos 'Duart c/BCRA' (19-5-97, 320:1038) y 'De Gainza' (Fallos 320:985).-

En el caso 'Tibold' se condenó en juicio penal a reintegrar aquello que se había recibido en virtud de una sentencia firme recaída en el juicio civil, dando oportunidad a la Corte de manifestar que debe desconocerse eficacia final a la sentencia dictada en juicio en que se incurrió en estafa procesal: 'La circunstancia de que de esta manera se afecte la seguridad, propia de las sentencias firmes en el orden civil, debe ceder a la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no brinda beneficios'.

En 'Campbell Davidson' se consideró que hubo vicio del consentimiento del acto procesal al haber habido coacción por parte del entonces gobernador de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que el ahora demandante, a quien se le había expropiado un importante inmueble, consintiera la sentencia dictada en las actuaciones donde se fijó el monto de la indemnización irrisorio.

En los autos 'Atlántida SRL c/Naveira, José Antonio' se declaró la nulidad de una ejecución hipotecaria con sentencia firme, al haberse condenado en sede penal a los acreedores del mutuo ejecutado, por defraudación.

En el caso 'De Gainza' la Corte ha dicho: 'Las excepciones a la inalterabilidad de la cosa juzgada han sido previstas en honor a principios de alto valor cuya observancia, a pesar de la lesión del carácter definitivo de las decisiones jurisdiccionales, salvaguarda la autoridad de éstas en la medida en que propugna su justicia material y su sentido moral'.

Podemos, a modo de síntesis de la doctrina mayoritaria de la Corte al respecto, citar la conclusión realizada por Hitters:

- 1) La cosa juzgada no es absoluta (casos: Tibold, Campbell Davidson, Bemberg y Atlántica);
- 2) La firmeza de la res iudicata debe estar condicionada a la inexistencia de vicios de voluntad tanto de las partes como del juzgador (Tibold, Campbell Davidson y Bemberg);

- 3) La seguridad jurídica debe ceder a la razón justicia (Tibold, Atlántica, Campbell Davidson, Bemberg);
- 4) La estafa procesal no puede ser convalidada por los órganos jurisdiccionales (Tibold, Atlántica);
- 5) Para la configuración de la cosa juzgada es necesario la existencia de un juicio regular (debido proceso), fallado libremente por los jueces (Campbell Davidson, Bemberg);
- 6) La falta de un procedimiento ritual específico, no es óbice para que el órgano jurisdiccional disponga la revisión de sentencias firmes (Campbell Davidson);
- 7) Para comprobar los vicios (sustanciales) que autorizan la retractación de la cosa juzgada no es el recurso extraordinario la vía idónea, sino que es necesario un proceso de conocimiento donde puedan debatir ampliamente los elementos fácticos que dan viabilidad a la revisión (Campbell Davidson). (Conf. Hitters, Juan C., 'Revisión de cosa juzgada', Ed. L.E.P. 1977, Pag. 298/299).

Entiendo útil para el caso, traer a colación un fragmento de la obra citada de Hitters, en cuanto trae a conocimiento la opinión del Dr. Morello en cuanto a la labor de la Corte Suprema, en este aspecto; haciendo notar que " ... Debemos acotar – tal cual lo ha hecho Morello- que “la penetración de la Corte ha ido al corazón de la cuestión, sin dejarse atrapar por mallas formales que suelen amadrigar los pliegues y repliegues del enjuiciamiento, admitiendo el ejercicio autónomo de la acción de nulidad revocatoria de la cosa juzgada írrita, contra aquella sentencia que sólo es el resultado de una pseudo labor jurisdiccional”. “En el más elevado y difícil nivel -añade- en que se entrecocan justicia y seguridad, logra conjugarlas armoniosa y subordinadamente en modo ventajoso para el tráfico" ... "Motivación tan sobria conforma la mejor interpretación acerca de la cosa juzgada, pues es evidente que ésta será respetada sí, en último análisis, y en el concreto supuesto en que ella venga a operar, se conjuga con la garantía de defensa en juicio y la plena y libre actividad de la función jurisdiccional”. (Hitters, Juan C., obra citada).

El cimero tribunal provincial ha dicho que: “... el instituto de la cosa juzgada encierra un concepto político, que no tiene inmutabilidad absoluta (la regla, reconoce no pocas excepciones); a la revisión de la cosa juzgada írrita (por fraude, dolo, culpa grave); también cae en respuesta en que, pese a su aparente inmodificación, o que mediare preclusión o cierre de fases procesales, la verdad jurídica y la realidad económica, imponen la rectificación.” (SUNDQUIST, PER ERIK Y OTRO C/ ROSCOE,

GRACIELA (DIV. DE CONDOMINIO S/ INC.FIJ.JUD. HON.) S/ EJECUCION DE HONORARIOS S/ CASACIÓN. Numero expediente: 23419/08. Se. 05/05/2010. Número de sentencia: 35).

Así corresponde que cite algunos sumarios en relación al tratamiento de la materia en cuestión que ilustran la postura del cimero tribunal:

" ... Ante esta nueva presentación -teniendo en consideración lo ya expuesto por el Superior Tribunal de Justicia en la sent. 150/12 [STJRNS4 "BALDERRAMA CRESPO"]-, de estos mismos autos, corresponderá también verificar si se han alegado y expuesto circunstancias novedosas, yerros groseros o dolo, que logren poner en crisis la sentencia cuya revisión se propicia. Esencialmente, la tarea consiste en constatar si todo aquello que el presentante recurrente refiere en sus agravios, pudo corregirse o restañarse merced a los recursos ordinarios y extraordinarios a su disposición. Liminarmente advierto que, luego de la sentencia de Cámara que confirmó la de 1era. Instancia, la parte tenía a su disposición el recurso de casación, que no fue interpuesto y en el que podría haber alegado nulidades de orden general, referidas a los ítems que aquí denuncia. En tal sentido sí es retomable lo expuesto in re "ALVAREZ" [STJRNS4 Se. 46/05] en cuanto se especificó: "esta acción solo se podría ejercer cuando se hayan agotado los recursos previstos en el ordenamiento aplicable, y así se pruebe" frente a la denegatoria del Recurso de Casación, el actor debió recurrir en Queja ante el Superior Tribunal de Justicia, demostrando el perjuicio irreparable que le ocasionaba, para tratar de habilitar excepcionalmente la apertura de la instancia extraordinaria?" "En síntesis, la pretensión de que se considere una acción autónoma de nulidad por Sentencia Írrita, no puede utilizarse para obviar una vía expresamente prevista para recurrir a quien por un motivo u otro está legitimado. Al contrario dicha pretensión se admite luego del agotamiento de las vías recursivas". Referencias que de la construcción pretoriana se trasladan cómodamente al recurso de revisión, cuyos recaudos formales son taxativos, y no se verifican en el sublite". (Voto de la Dra. Piccinini por sus fundamentos). (STJRNCO: SE. <86/15> "B. C., S. Y OTROS S/ ACCION AUTONOMA DE NULIDAD" (Expte. N° 27539/14 -STJ-), (06-07-15). MANSILLA - BAROTTO - PICCININI - ZARATIEGUI - ROUMEC (Subrogante)).

Por otra parte, " ... Se impone tener presente que en nuestro sistema procesal es el recurso de revisión la herramienta regulada para excepcionar la inmutabilidad de la res iudicata, cuyos recaudos de admisibilidad formal se encuentran legislados taxativamente en los art. 303 bis y sgtes. del rito. Y que solo puede admitirse la acción

autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita, en cuanto se comprueben algunos de los supuestos pretorianamente establecidos (que resultan ser idénticos a los previstos en el recurso de revisión) y en tanto el aludido recurso haya sido rechazado por haber transcurrido más de cinco años desde la fecha de la sentencia definitiva. Ahora bien, si el aludido recurso de revisión ha sido rechazado, no ya por el incumplido recaudo temporal, sino porque la parte no ha logrado traer a conocimiento del Tribunal ninguna circunstancia novedosa, o vicios, como lo son: a) Vicios formales que pueden provenir del accionar de las partes o de la actuación del Tribunal y que se refieren a los aspectos formales del proceso tales como: a\') aparición de documentos desconocidos al momento del dictado de la sentencia, o de pruebas que, valoradas y receptadas en el fallo, han sido posteriormente declaradas falsas en otro proceso y, a\') todo artificio, astucia, maquinación o engaño, que se emplee con la finalidad de conseguir la ejecución de un acto. b) Vicios sustanciales que pueden provenir del accionar de las partes o de la actuación del Tribunal y que derivan propiamente de la violación del debido proceso en alguna de sus etapas. c) El error judicial o error de derecho del tribunal actuante y pueden consistir en la tergiversación de las citas doctrinarias o de la jurisprudencia invocada como base de sustentación argumental. d) La injusticia propiamente dicha que verifica en aquellos supuestos en donde si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales su aplicación genera una situación de extrema injusticia. Ninguna otra vía, ni de carácter recursivo, ni de naturaleza de acción autónoma puede ser habilitada, si no se encontraren verificados liminarmente tales vicios". (Voto de la Dra. Piccinini por sus fundamentos). (STJRNCO: SE. <86/15> "B. C., S. Y OTROS S/ ACCION AUTONOMA DE NULIDAD" (Expte. N° 27539/14 - STJ-), (06-07-15). MANSILLA - BAROTTO - PICCININI - ZARATIEGUI - ROUMEC (Subrogante).

"... Al ingresar al análisis de admisibilidad del recurso de revisión de la cosa juzgada incoado [?], entiendo que no puede prosperar. Ello así porque al ingresar liminarmente al análisis de procedencia de la vía extraordinaria se advierte que no se dan los recaudos formales para sortear el primer valladar impuesto taxativamente por el rito. En efecto, adviértase que la otrora denominada ?cosa juzgada írrita? de conformación pretoriana, ora legislada en nuestro Código de forma como instituto recursivo; se trata de un remedio extraordinario que se encuentra previsto solamente para aquellos casos extremos de gravedad institucional o ilegalidad manifiesta cuando no exista otra vía recursiva y siempre que encuadre en alguno de los supuestos del artículo 303 bis ...".-

(Voto de la Dra. Piccinini sin disidencia) (STJRNCO: SE. <21/14> ?J., N. V. EN AUTOS: J. B., L. A. C/ J., N. V. Y OTROS S/ DESALOJO (SUMARÍSIMO) S/ RECURSO DE REVISIÓN?, Expte. Nº 26832/13 -STJ-, (11-03-14). PICCININI - BAROTTO - ZARATIEGUI - APCARIAN (en abstención) - MANSILLA (en abstención).-

A mayor abundamiento y desde la doctrina, ha opinado el Dr. Arazi ha dicho que: "La sentencia puede ser injusta por un error del juez, sea éste de hecho o de derecho; ello, una vez agotados los recursos legales, no incide en su validez. Pero cuando la decisión judicial es consecuencia del dolo de una o de ambas partes, con o sin la participación del juez, es necesario revisarlas pues el dolo o la malicia no pueden ser fuentes de derechos. Para mitigar los trastornos jurídicos emergentes de ciertas sentencias se han buscado, en todos los tiempos, los recursos que, sin modificar la calidad inmutable de la cosa juzgada, impidan la irreversible lesión de derechos fundamentales (Parry, Adolfo E., La cosa juzgada írrita, en L. L. 82-744). Sucede que, en rigor, la autoridad de cosa juzgada que adquirió la sentencia en algunos supuestos, es sólo aparente ya que ella tiene que ser el resultado de un proceso regular donde el fraude, la trampa, el engaño, no tienen cabida ..." (Autor: Arazi, Roland, Cita: RC D 1538/2012; Tomo: 1999 2 Medios de impugnación. Recursos – I. Revista de Derecho Procesal).

Y más adelante el mismo autor se pronuncia de la siguiente manera: " ... Existen otros supuestos que permiten la revisión de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada; de conformidad con la doctrina y la legislación comparada, podemos enunciar los siguientes: a) Después de pronunciada la sentencia y cuando ésta se encuentra firme, la parte perjudicada recobra documentos decisivos ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte; b) la sentencia se dictó en virtud de documentos reconocidos o declarados falsos ignorándolo el peticionario o cuya falsedad se reconociese o declarase después; o se fundó especialmente en la declaración de testigos cuyos dichos fueron declarados falsos en un juicio penal por falso testimonio; o es producto de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta ...". (Autor: Arazi, Roland, obra citada).

Continuando con las citas doctrinarias, entiendo relevante referir a la Dra. De Los Santos quien se ha expresado de la siguiente manera: " ... A los fines de compatibilizar la cosa juzgada con las demás garantías constitucionales del proceso, debe legislarse la revisión de la cosa juzgada írrita. Es que no cabe reconocer fuerza de cosa juzgada a cualquier sentencia judicial, sino solamente a aquéllas que fueron precedidas de un

proceso contradictorio en el que el vencido haya tenido oportunidad adecuada y sustancial de audiencia y prueba. Si bien la cosa juzgada constituye uno de los pilares fundamentales en que se asienta la seguridad jurídica, la misma supone la existencia de un juicio regular, fallado libremente por los jueces, pues no puede convertirse en inmutable una decisión que derive de un proceso no dotado de ciertas elementales garantías de justicia. El instituto constituye un modo de compatibilizar adecuadamente el conjunto de los derechos y garantías constitucionales.” (El resaltado me pertenece). (De los Santos, Mabel Alicia; EL DEBIDO PROCESO ANTE LOS NUEVOS PARADIGMAS; Publicado en: LA LEY 09/04/2012, 1 • LA LEY 2012-B, 1062; Cita Online: AR/DOC/1321/2012).

Agrega la misma autora lo siguiente: " ... VI.e. La cosa juzgada o garantía contra el doble juzgamiento. La cosa juzgada constituye una garantía instrumental al debido proceso, que surge de la interpretación del art. 18 de la Constitución Nacional, cuyo fundamento radica en razones de seguridad jurídica y paz social que hacen necesario poner un término al conflicto sometido a juzgamiento y tratar la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto. Esta garantía se vincula con la de inviolabilidad de la propiedad que consagra el art. 17 de la Constitución argentina. La acepción constitucional del vocablo "propiedad" no se refiere sólo al dominio de las cosas materiales, sino también a "todos los intereses que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad". Consecuentemente, tal como se ha señalado reiteradamente, el derecho que reconoce una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que se incorpora al patrimonio del beneficiario y del que no puede ser privado sin mengua del citado precepto constitucional. Claro que, como se ha expuesto en los párrafos precedentes, la institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales. De allí que se ha admitido la revisión de la cosa juzgada cuando no se ha observado en el trámite de la causa el debido proceso legal, afectando la garantía de la defensa u otra esencial".- (De los Santos, Mabel Alicia; EL DEBIDO PROCESO ANTE LOS NUEVOS PARADIGMAS; Publicado en: LA LEY 09/04/2012, 1 • LA LEY 2012-B, 1062; Cita Online: AR/DOC/1321/2012).

A su vez, considero interesante compartir un fragmento de un artículo publicado en la plataforma web de la editorial Thomson Reuters del Dr. Croxatto, Guido, quien realiza un comentario por demás significativo del libro del Dr. Gozáni, Osvaldo A. titulado 'Revisión de la Cosa Juzgada (Írrita y Fraudulenta); quien señala que : " ... La cosa

juzgada írrita se refiere al error sustancial en la sentencia (el error sustancial se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, evidencia pura). El autor distingue, como vimos, entre las sentencias írritas y las causas en las que existe cosa juzgada fraudulenta. Particularmente "elástico" parece, finalmente, el argumento sobre la "injusticia notoria" (de reminiscencias del pensamiento de Radbruch, célebre autor de una fórmula "la injusticia extrema no es derecho", y padre del giro de la filosofía del derecho alemana, con el paso al "no positivismo" de autores principalistas como Alexy, cuyo constitucionalismo Gozaíni toma como referencia cuando impugna la tendencia "ideológica" del garantismo (positivista) de Ferrajoli, sin advertir que el mismo trasciende —y en mucho- el mero plano penal, dando el salto al constitucionalismo) El problema que subsiste es la asimetría entre la cosa juzgada (definitivo) y la injusticia como valor (variable) en tanto no se asumen posiciones iusnaturalistas o cognoscitivistas en términos morales o éticos: fuera del realismo moral (al que el principalismo de Alexy, que Gozaíni sigue, se acerca) la "injusticia notoria" no parece un argumento firme o seguro o fehaciente para alterar la calidad de preclusión de la cosa juzgada, en tanto la cosa juzgada lo es en determinado momento, con las visiones sobre la justicia o injusticia "notoria" que existen no en todo momento o cultura o país o coyuntura política, sino solo allí donde el proceso tiene lugar y se define..."- (REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA (ÍRRITA Y FRAUDULENTE). COMENTARIO DE CROXATTO, GUIDO, Gozaíni, Osvaldo A.; Publicado en: DpyC 2016 (junio), 249 • DJ 30/11/2016, 85. Cita Online: AR/DOC/1470/2016).

Por su parte, y desde el constitucionalismo, el Dr. Gil Domínguez ha sostenido que: "Distintas son las clasificaciones que se han realizado sobre las causales por las que procede la cosa juzgada írrita, tomemos la de Gil Domínguez. Este autor sostiene que pueden clasificarse las causales en: a) Vicios formales: Pueden provenir de las partes o del mismo tribunal, y se refieren a la dimensión formal del proceso, como: a) aparición de documentos desconocidos al dictarse la sentencia, o pruebas que habiendo sido valoradas y receptadas en la sentencia, luego son declaradas falsas en otro proceso; b) cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con la finalidad de conseguir la ejecución de un acto. b) Vicios sustanciales: son los que pueden provenir de las partes o del tribunal y derivan de la violación del debido proceso en alguna de sus etapas. c) Error judicial o error de derecho: provienen del tribunal y se refieren a la tergiversación de citas doctrinarias o jurisprudenciales con fundamento en las cuales se dictó el fallo;

d) La injusticia propiamente dicha: se refiere a aquellos casos en que, si bien la sentencia cumple con los recaudos formales y sustanciales, la aplicación de la misma genera una situación de extrema injusticia. Si observamos las causales por las que procede la cosa juzgada írrita según como ha sido clasificado por este y otros autores, todas ellas hacen referencia a la existencia de un vicio, lo cual coincide plenamente con la enseñanza de Llambías sobre la nulidad. Para que la misma proceda debe existir un vicio, y ese vicio debe ser concomitante al momento del dictado del fallo." (Ocantos, Jorge LA COSA JUZGADA ÍRRITA. NECESIDAD DE SU REGULACIÓN. Publicado en: LA LEY 12/02/2010, 4 • LA LEY 2010-A, 468. Cita Online: AR/DOC/392/2010).-

5.- Con la disculpa por la extensión de las citas de jurisprudencia nacional y provincial, y de doctrina; que he considerado útil introducir para una comprensión más cabal de la presente; las particularidades de la acción de nulidad por cosa juzgada írrita, llevan a no perder de vista que nos encontramos ante una acción que es de procedencia verdaderamente excepcional, y ante situaciones que por su extremidad ameritan por medio de dicha acción nulificar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Entiendo que un tema tan delicado como es el de pretender retrotraer la "cosa juzgada"; implica comprometer un abordaje con el mayor rigor analítico posible, puesto que sería inaceptable contemplarlo desde un criterio laxo que atentaría verdaderamente contra los valores de seguridad jurídica, debido proceso y propiedad; y atentatorio finalmente hacia el principio de "paz social"; puesto que no puede ignorarse que todo conflicto jurídico debe tener un momento de conclusión.-

De la atenta lectura del expediente en cuestión así como de los que se encuentran agregados por cuerda; no encuentro que se haya probado ni acreditado situación de gravedad alguna que merezca su saneamiento por intermedio de la nulidad de la sentencia arribada a fs. 186/190, en autos "RODRIGUEZ JOSE OSCAR Y O. C/ BAJOS FERNANDO HECTOR S/ ORDINARIO" (Expte. 40427-3-2010). (el subrayado intenta poner de resalto este aspecto que entiendo dirimente en el caso).-

Cabe preguntarse que ha cambiado para justificar el nuevo escenario propuesto en el fallo sujeto a la apelación. Entiendo que NADA. Simplemente que una magistrada que ha conocido posteriormente en el caso, considera injusto lo que había resuelto su antecesora y su Alzada.-

Es así que analizado los hechos y pasados los mismos por el tamiz de nuestro actual artículo 303 bis tal como ordena la doctrina judicial del cimero tribunal provincial -

STJRNCO: SE. <86/15> ?B. C., S. Y OTROS S/ ACCION AUTONOMA DE NULIDAD? (Expte. N° 27539/14 -STJ-), no encuentro que en autos se haya demostrado la configuración de alguna causal determinada en sus incisos para declarar procedente la acción autónoma de nulidad por revisión de cosa juzgada írrita.

Y es que a raíz del estudio profundo de la causa, así como de los institutos del derecho involucrados, no puedo concordar con el criterio desarrollado por la Sra. Magistrada, y es que considero luego de analizar los términos de su sentencia que ha realizado un nuevo debate de los hechos y el derecho, lo que ya se encuentra precluido, forzando una interpretación flexible y laxa de una posible causal de admisión de la acción.

6.- Que en función del "entuerto" al que hace referencia la magistrada en su fallo; vale referenciar que tomando como cierto un informe de parte agregado a fs. 250/254, es que concluye que haber dado cerramiento con ladrillo de vidrio cumplía con lo acordado, y protegía la privacidad de los acreedores -Sres. Rodriguez y Gariboldi-.

La Sentenciante hace referencia que el entuerto aparece recién en la etapa de ejecución de la sentencia ya que comprende que en esa instancia se ha tenido que desentrañar el significado/alcance de la obligación exigida al demandado, para comprender el cumplimiento/incumplimiento ante la expresión utilizada "similar".

Pero no dejo de observar que para arribar a dicha conclusión la Judicante ha vuelto a valorar los hechos traídos por las partes, haciendo nuevamente una valoración del acuerdo realizado, es así que se enfoca nuevamente en el debate de la implicancia del término "similar" lo que había sido tratado en la sentencia de primera instancia, siendo un detalle no menor su tratamiento posterior por un recurso ante la segunda instancia que confirmó lo decidido.

Como antes he dicho, esta Cámara en su momento se expidió sobre el tema, y en este punto vale traer a colación los dichos del estimado colega Dr. Gustavo A. Martínez, quien había señalado a fs. 219 y vta., en el voto ponente del fallo del 17 de junio de 2.013 que "... A contrario de lo que sostiene el recurrente, no sólo la ventana estaba cuando se realizó la actuación notarial, sino que subsistía en oportunidad del peritaje ofrecido como prueba y que, como digo, no mereció impugnación alguna. Si con posterioridad alteró el cuadro e hizo el cerramiento comprometido, será algo que deberá tratarse en la etapa de ejecución de sentencia pero no en esta instancia, toda vez que la juez se expidió en base a la información y elementos con los que contaba, siendo del caso remarcar que el recurrente no probó que hubiera eliminado la ventana por ladrillo o material similar. Y cerrar la abertura con un panel traslúcido fijo, no puede interpretarse

comprendido en ello. Menos aún cuando el peritaje no impugnado, indica que se mantiene la inseguridad y afectación de la intimidad de la actora..."-.

Acá quedó zanjado la problemática de interpretación del término ´similar´, siendo que se dijo que no podía tomarse como cumplido el compromiso asumido por el Sr. Bajos por intermedio de la realización de un cerramiento de un panel traslúcido fijo haciendo referencia al cerramiento por medio de ladrillos de vidrio.

Es así que tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda instancia se basan en la prueba pericial realizada en autos a fs. 143/145 la cual como bien se dejó en claro no fue objeto de impugnación por parte del Sr. Bajos.

Por lo cual no asiste razón a la sentenciante al mencionar que el ´entuerto´ se configura en la instancia de ejecución de sentencia, ya que era un hecho tratado tanto en la sentencia de primera y segunda instancia, con lo cual los remedios recursivos normales a la prosecución de un proceso eran los que debía activar el Sr. Bajos.

Dicho ello, podemos observar que el Sr. Bajos no interpuso recurso de casación -teniendo presente las constancias de fs. 222 a 228 -entre las que se suceden las actuaciones que permiten concluir en el consentimiento de la sentencia, puesto que a fs. 222 se observa la cédula de notificación del rechazo de su recurso de apelación, y a fs. 227/8, depósito del importe de \$ 28.000,00.- traducidos de la pesificación de los US\$ 5.000,00.- del segmento económico -obligación de dar suma de dinero- contenido en la condena cumpliendo parcialmente la misma y consintiendo por lo tanto con su accionar procesal lo resuelto por la Cámara; sin agotar entonces los recursos disponibles.-

Por otro lado, en cuanto al planteo de si del acuerdo firmado por el actor -Sr. Bajos- entendía que podía configurarse una situación de enriquecimiento sin causa, o abuso del derecho; planteos que en todo caso debiera haberlos canalizado en su oportunidad y por la vía apropiada; sin dejar de hacer notar que la consecuencia económica del incumplimiento ha sido morigerada e inclusive pesificada al día 20 de octubre del año 2.015 -fs. 377.-

7.- Para culminar estas consideraciones, dejo en claro que no advierto como es posible nulificar un fallo firme, si no se han dado en el caso circunstancias determinantes que hayan variado -ni pruebas que se hayan demostrado falsas y de su ponderación había surgido el sentido de la sentencia recurrida, por caso- solamente se puede sustentar en un criterio distinto al de su antecesora; pero más aún, contradictorio con el propio; por lo cual no cabe sino -al menos de ser compartida mi proposición- resolver el acogimiento del recurso de apelación planteado a fs. 103; revocando la sentencia del 17

de abril de 2.018 -fs- 93/102- y rechazando la acción de nulidad tratada; con costas al actor, en función del art. 68 del C.P.C. Y C. y el principio objetivo de la derrota; proponiendo también regular por las labores de segunda instancia, los honorarios del Dr. Fernando E. Detlefs, en el doble carácter por los codemandados y de las Dras. María Angélica San Vicente y Viviana Sánchez, como letradas copatrocinantes del actor; en el 30 % de los honorarios que le correspondan por las labores de primera instancia -regulación hasta aquí diferida -capítulo III del "FALLO" -fs. 102-, al primero; y en el 25 % en forma conjunta a las segundas -art. 6,7 y 15 L.A.). ASI VOTO.-

EL DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. VICTOR DARIO SOTO, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

LA DRA. GABRIELA GADANO, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art. 271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: 1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 103; revocando la sentencia del 17 de abril de 2.018 -fs- 93/102- y rechazando la acción de nulidad tratada; con costas al actor, en función del art. 68 del C.P.C. Y C. y el principio objetivo de la derrota; todo como resulta de los considerandos.- 2.- Regular por las labores de segunda instancia, los honorarios del Dr. Fernando E. Detlefs, en el doble carácter por los codemandados y de las Dras. María Angélica San Vicente y Viviana Sánchez, como letradas copatrocinantes del actor; en el 30 % de los honorarios que le correspondan por las labores de primera instancia -regulación hasta aquí diferida -capítulo III del "FALLO" -fs. 102-, al primero; y en el 25 % en forma conjunta a las segundas -art. 6,7 y 15 L.A.); todo como resulta de los considerandos precedentes.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

DINO DANIEL MAUGERI

JUEZ DE CÁMARA

GABRIELA GADANO
JUEZ DE CÁMARA
(En abstención)

Ante mí:
PAULA CHIESA
SECRETARIA

gem