RAWSON, 24 de Agosto de 2007.-

------ VISTOS:

------ Estos autos caratulados: “B. J. S. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N°20.185-B-2.005).-

------ DE LOS QUE RESULTA:-

------ Que a fs.10 y vta. del Cuaderno de Prueba Demandada, ésta - PROVINCIA DEL CHUBUT – a través del letrado que representa al Sr. Fiscal de Estado, interpone Recurso de Reposición contra la resolución de esta Sala del Superior Tribunal de Justicia del día 7 de Agosto de 2.007 - contenida en el acta labrada en esa misma foja.

------ Que atento a las constancias de autos, a fs. 2 de este Cuaderno se fijó para el día 7 de Agosto de 2.007 a las 9,30 horas audiencia confesional, a los efectos de que el actor J. S. B. concurriera a absolver posiciones, bajo el apercibimiento contenido en el art. 417 del C.P.C.C.

------ Que sin dar fundamento ninguno, la demandada presentó para su diligenciamiento dos cédulas a los efectos de la notificación de dicha audiencia.-

///--- A fs. 4 (CPD) se agregó una cédula dirigida al actor y a sus letrados apoderados –Dres. H. y P.- al domicilio constituido que fue diligenciada el día 26 de Julio de 2.007 en la ciudad de Rawson.

------ Que a fs. 6/7vta. (CPD) obra otra cédula dirigida al actor, al domicilio real denunciado en la demanda a fs. 12 (Expte. principal): ....., Dpto.... de Trelew.- Según sello inserto a fs. 6, esta cédula fue la única que se controló en la Secretaría de este Cuerpo, el día 26 de Julio de 2.007, y se retiró “para diligenciar” el siguiente día 30.- Sin embargo, fue presentada por la ponente –demandada- en la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de Trelew -para su diligenciamiento- recién el día 2 de Agosto de 2.007.- El Oficial Notificador no pudo practicar la diligencia, informando –a fs. 7 vta.- “habiéndome constituido en S Nº ** constaté que existen varios departamentos bajo la misma numeración los cuales se identifican por letra y no por número.- Preguntado por el destinatario a vecinos del lugar me manifestaron desconocerlo.- Por lo señalado devuelvo la presente cédula sin diligenciar.- Trelew, 02 de Agosto de 2.007”.

------ Que atenta el Acta de fs. 10 en el día fijado para la audiencia de absolución de posiciones del actor, éste no se hace presente.- Sólo concurre el representante procesal de la accionada Provincia del Chubut quien manifiesta que encontrándose el actor debidamente notificado en el domicilio constituido y habiéndose cursado la cédula de notificación al domicilio real denunciado por la contraparte, sobre quien recaen todas las causas procesales a sus efectos –aduce- viene a solicitar en virtud de lo preceptuado por los arts. 409, 410, 417 y conc. ///del C.P.C.C. que en el estadio procesal oportuno se considere la confesión ficta del actor.

------ A ello el Tribunal resolvió en audiencia: “que en tanto la citación no cumple con los recaudos del art. 409 del C.P.C.C. (domicilio y plazo), a lo solicitado: NO HA LUGAR”.

------ Acto seguido la accionada planteó Reposición con los siguientes fundamentos: aduce que los recaudos del art. 409 del Código adjetivo, en especial el plazo de antelación, jamás hubieran podido ser observados dado que de la actuación de puño y letra del Oficial Notificador dimana que el domicilio es inexistente, por ende, una notificación cursada a un domicilio inexistente no hubiera completado las prevenciones de la citada norma así hubiera sido efectuada con diez, quince o veinte días de antelación.- Además argumenta que conforme las prescripciones sustantivas en materia de domicilio procesal, la inexistencia del mismo o su individualización incorrecta se originan pura y exclusivamente en la negligencia de la contraparte.- Y que su parte –la demandada- cumplió todas y cada una de las prescripciones a los efectos de la comparecencia de la contraria, cuyo derecho de defensa en ningún momento estuvo siquiera amenazado, y sobre quien recae exclusivamente denunciar, sostener o modificar su domicilio real a los efectos de la litis.- Por lo cual, reitera la solicitud de la declaración de confesión ficta.

------ CONSIDERANDO: ----------

///--- I.- Que, en principio, cabe prevenir que es jurisprudencia reiterada por este Cuerpo, concordante con la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tratándose el Superior Tribunal de la cúspide del Poder Judicial de la Provincia, y por ende de la instancia máxima en el orden jurisdiccional, no son sus decisiones susceptibles de ser impugnadas por vía de Reposición

o Revocatoria (CS Fallos 302:1319, 311:1728, 2422, entre otros-STCH SI N° 58/95, 59/SA/02, 31/SCA/04 y 58/SCA/07).

------ II.- Que, sin perjuicio de la regla general mencionada, ha de señalarse que el Alto Cuerpo también ha dicho que "...ello no obsta a que en ciertos casos se configure una excepción a ese criterio, en particular cuando resulta evidente y manifiesto que se ha incurrido en un error..." (Fallos: 322:2958, y CSJN - 27-05-04 - S. 516. XXXVI – "S. F. S.A..."– elDial.com AA226E; SI Nº 58/SCA/07).

------ Que a los efectos de analizar profundamente la situación planteada, y determinar la existencia o no del error que habilita la excepción aludida se pasaron los autos para resolver.

------ III.- Que la recurrente se agravia por la decisión de esta Sala de no hacer lugar a su solicitud de que en el estadio procesal oportuno se considerase la confesión ficta del actor, fundándolo en el incumplimiento del art. 409 del CPCC: domicilio y plazo.

------ Que las constancias de la causa –tenidas en cuenta al resolver- indican: la incomparencia del absolvente a la audiencia fijada, la presencia de la ponente quien presentó el pliego de posiciones el 3 de Agosto de 2.007 (fs. 8/9), la circunstancia de que ésta –accionada- ///debía presentar la cédula de notificación para su diligenciamiento en la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de Trelew con tres días de anticipación –no habiendo sido fijado un tiempo menor- y que actuando el actor mediante apoderados, el absolvente –se estimó- debía haber sido notificado al domicilio real denunciado en la demanda (art. 409 del CPCC, por contrario sentido).

------ Se constató asimismo que la ponente había presentado –como antes se glosó- una cédula de notificación dirigida al domicilio real del absolvente (agregada a fs. 6/7 vta.) -para su diligenciamiento ante la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de Trelew, según sello de fs. 7- con sólo dos días de antelación a la fecha de la audiencia confesional contando el 3 y 6 de Agosto

de 2.007, y descontando el día de diligenciamiento –el 2- y el de la fecha de celebración de la audiencia -el 7.- Siendo así, se interpretó que no se había cumplido con una de las formalidades exigidas para la notificación de la audiencia de absolución de posiciones: los tres días de anticipación previstos en el art. 209 del CPCC.

------ Que por haber librado dos cédulas según se describió, la recurrente al objetar la decisión pretende dar validez a la librada al domicilio constituido, que se había diligenciado antes que la dirigida al domicilio real el 26 de Julio de 2.007 (agregada a fs. 4 y vta.), (o sea, antes de que pudiera constatarse la inexistencia del domicilio real denunciado) y de este modo arguyó cumplido el recaudo de antelación de tres días previsto en el art. 409 del CPCC.- Al fundar la Reposición, dijo que nunca podría haber cumplido con el plazo de antelación del ///mismo art. 409 porque el domicilio real del actor es inexistente, acusando de negligente a este último por la individualización incorrecta del mismo, insistiendo en que había acatado “todas y cada una de las prescripciones a los efectos de obtener la comparecencia de la contraparte”.

------ IV.- Que, cabe recordar, DEVIS ECHANDIA advierte que la prueba, como todo acto procesal, debe estar revestida de ciertas formalidades de tiempo, modo y lugar, que lejos de ser limitación al derecho de probar, son una preciosa garantía para las partes y un requisito para que se hagan efectivos los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la igualdad de oportunidades, la imparcialidad del juez –entre otros.- Estas formalidades son de notorio interés público, porque representan requisitos procesales que son rituales de orden público y garantizan la obtención del fin de la prueba, que es igualmente de interés público (Compendio de la prueba judicial, T° I, pág. 166).

------ IV.1.-Que en este marco, la confesión ficta puede considerarse como elemento eficaz en la medida en que de acuerdo a las circunstancias del caso, se parta del presupuesto de que se encuentren cumplidos los recaudos formales que la habilitan y que corresponde al juzgador previamente verificar.

------ El maestro PALACIO enseña que el juez se halla facultado para tener por configurada la confesión tácita de cualquiera de las partes, que citada para absolver posiciones con el debido apercibimiento, dejare de concurrir a la audiencia sin justa causa de justificación.- Este es uno de los supuestos en que se aplica el instituto.- Y advierte que si ///bien, en principio, la oportunidad para apreciar la causa de la incomparecencia del absolvente es la del pronunciamiento de la sentencia definitiva, en determinadas condiciones puede resultar ventajoso para ambas partes que se lo haga antes, de modo que, de ser atendible la razón invocada, no quede el ponente privado de este medio de prueba (Derecho Procesal Civil -TºIV- pág. 536/537 y nota 158).

------ Que en el marco de la Revocatoria planteada sólo incumbe analizar los recaudos que el Código adjetivo exige en cuanto a la “forma de la citación” del absolvente a los efectos de habilitar la confesión ficta requerida.

------ Que el art. 409 del CPCC prevé "El que deba declarar será citado por cédula, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa será tenido por confeso en los términos del art. 417"..."La cédula deberá diligenciarse con tres días de anticipación por lo menos"; "la parte que actúa por derecho propio será notificada en el domicilio constituido".

------ Además ha de considerarse que cuando se regula la "confesión ficta" en el art. 417 del CPCC –en lo que interesa para el caso- se ha previsto que si el citado no compareciera a declarar dentro de la media hora fijada para la audiencia, el juez al sentenciar lo tendrá por confeso sobre los hechos personales -teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas.- En caso de incomparecencia del absolvente... se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ///ponente hubiere presentado el pliego de posiciones y el absolvente estuviere debidamente notificado.

------ Así es claro que, la debida notificación es, a más de los otros recaudos exigidos, condición ineludible para habilitar la aplicación de la confesión ficta; y para tenela por tal, han de haberse cumplido los recaudos formales requeridos, esto es, haberse efectuado con el plazo de antelación previsto y en el domicilio que corresponde.

------ La jurisprudencia ha interpretado que "al establecer el requisito de la debida notificación con antelación de por lo menos tres días (CPC art. 409) el Legislador ha querido, dada la trascendencia de la prueba confesional, rodearla de determinadas garantías y para evitar incomparecencias por tardías citaciones, fijó un plazo que sólo excepcionalmente puede abreviarse; pero ello así, sólo para evitar la citación intempestiva." (CNCom., Sala E, 28/02/1985, en "Distribuidora Jamar..." - Lexis Nexis Nº 11/429).- La cédula se deberá notificar con tres días de antelación, descontándose para ello el día fijado para la celebración de la audiencia y el día en que se cumple la notificación, sin perder de vista que en casos de urgencia debidamente justificada, ese plazo podrá ser reducido mediante resolución (fundada) que, en lo pertinente, se

deberá transcribir en aquélla, aunque en este supuesto la antelación no podrá ser nunca inferior a un día (art. 409 CPCCN) (Kielmanovich, Jorge L., CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN 2005, LexisNexis - Abeledo-Perrot - Lexis Nº 8007/008979).

///--- En cuanto al domicilio en el cual debe practicarse, por contrario sentido de la norma, surge la previsión para el supuesto en que el absolvente no actúa por derecho propio –tal el caso de autos.- Así se ha dicho: “el art. 409 CPr. establece que la parte que actúa por derecho propio será notificada en el domicilio constituido; por lo tanto, al representado por apoderado se le notificará en el domicilio real, de ahí que no sea válida la notificación practicada en otro que no sea el real del absolvente, cuando actúa mediante apoderado, y aun cuando ese domicilio real esté fuera de la jurisdicción del juzgado”(CNCiv., Sala C, 17/12/1991, en “Cassani...” - JA 1992-III, síntesis; conf. Lexis Nexis Nº 2/9284).

------ Atendiendo a este último recaudo, se ha considerado justificada la incomparecencia del absolvente que actúa por apoderado, cuando ha sido notificado en el domicilio constituido: “se verifica que el accionado actuó mediante apoderado, razón por la cual la mentada notificación debió dirigirse a su persona y no a su apoderado (arts.135, inc.3, 409.. del CPCCN; conf. ARAZI-ROJAS, "CÓDIGO...", ED. RUBINZAL-CULZONI, T. II, pág. 364-5); “...circunstancia que justifica la incomparecencia del reclamado por el erróneo emplazamiento” (C.Nac. Com.,sala B,13/10/2004-Alpenz S.A...” - Lexis Nexis Nº 11/39029).

------ Entonces, constatado un erróneo emplazamiento y pedida la confesión ficta del absolvente, se ha resuelto: “la audiencia de posiciones debe ser notificada al domicilio real del absolvente (art. 409 párr. 3 CPr., interpretación a contrario sensu), por lo que ///no habiendo asistido a la audiencia la parte mal notificada, no se la puede declarar como fictamente confesa (CNCom., Sala A, 07/10/1982, en “O. D....” - JA 1983-II-45; Lexis Nº 2/48312).- Y en el mismo sentido: “la parte que actúe por apoderado será notificada de la audiencia de absolución de posiciones en su domicilio real... las notificaciones al representante legal (de una S.A) ... en un domicilio que no es el real, carecen de efecto y la confesión ficta es improcedente si la audiencia no fue notificada en el domicilio real o en el que procesalmente corresponda (CN.Com.,Sala B,24/04/1985, en “T. SA...”, Lexis Nexis Nº 11/433).

------ En cuanto a notificaciones en general, DE SANTO entiende que si la citación debe hacerse en un domicilio real por medio de la entrega de la cédula de notificación, sólo debe diligenciarse la que corresponda al domicilio previamente individualizado.- No es admisible la denuncia de varios domicilios legales, ni el libramiento simultáneo de varias diligencias (“Notificaciones Procesales”, pág.100 y jurispr. En Nota 196: CNC La Plata, Sala I, 1/10/96, LL T°1997-C, p.953-N°39.489-S).---

------ Así, porque en el caso el ponente, al momento de instar la citación, debe necesariamente cumplir las reglas impuestas por el rito, ya que cabe presumir que desconocía la inexistencia del domicilio denunciado, que se expuso recién después de practicada la diligencia.

------ De este modo, la notificación debida a que refiere el art. 417 CPCC es la que debe cursarse al domicilio real del absolvente, con los tres días de anticipación que fija el art. 409 lo que no fue observado por la reponente.

////--- IV.2.- Que a más, la alegación que sigue el criterio –en la interpretación que efectúa del art. 409- de que la notificación al domicilio constituido es válida ante la inexistencia luego constatada del domicilio real, de tal modo que cumplidos o no los tres días igualmente ésta hubiera fracasado…y sería operante la primera, es inaceptable, no sólo por lo antes dicho sino porque tampoco se concilia con las reglas generales del domicilio contenidas en el Código de rito.

------ ACOSTA interpreta que el art. 409 impone al oferente de la prueba confesional “la carga” de diligenciar la cédula con tres días por lo menos de anticipación a la fecha fijada para la absolución de posiciones –plazo que puede reducirse en caso de urgencia debidamente justificada, pero no será menor de un día.- Para este autor queda claro entonces, que desde que la parte se notificó de la fecha de la audiencia, debe preocuparse en redactar la cédula y entregarla a Secretaría con tiempo suficiente para que pueda notificarse antes de vencidos los términos del art. 409.- El fracaso de la audiencia será imputable a la negligencia del ponente, tanto en el supuesto de total inactividad (sencillamente no redacta la cédula), como si esa actividad es errónea, por ejemplo notificando al absolvente en el domicilio constituido y no en el real, o si entrega la cédula en Secretaría con tal demora que no se logra diligenciarla en los plazos legales (Negligencia probatoria- pág. 98/99).

------ En particular para la audiencia confesional, DE SANTO (ob.cit.) dice que ante el desconocimiento del domicilio real del absolvente, cabe ///distinguir si la ignorancia es anterior o posterior a la iniciación de la causa.- Si es posterior, la notificación debe realizarse, como pauta, en el último domicilio real denunciado en el expediente, el cual subsiste “para los efectos legales hasta la terminación del juicio o su archivo, mientras no se constituyan o denuncien otros”.- Ello,

de conformidad con el art. 42 CPCC, que prevé para “cuando no existieren los edificios...o se alterare o suprimiere su numeración y no se hubiese constituido o denunciado un nuevo domicilio, con el informe del Oficial Notificador se observará lo dispuesto en la primera o segunda parte del artículo, según se trate, respectivamente, del domicilio legal o del real”.- Si para el caso, se remite al 2° párrafo del art. 41, que reza: “si la parte no denunciare su domicilio real o su cambio, las resoluciones que deban notificarse en dicho domicilio se cumplirán en el lugar en que se hubiese constituido, y en defecto de éste se observará lo dispuesto en el primer párrafo”, corresponde seguir estas reglas con la secuencia lógica que de ella deriva, y no otra.- Así lo dice CAMPS “... si la notificación debía efectuarse en el domicilio real y éste no fue hallado, se diligenciará nueva cédula al domicilio constituido y si ésta carga no fue cumplida o cumplida ocurre que tampoco es hallado, … se producirá la notificación ficta o ministerio legis…” (Cód. Proc. Civil y Comercial de la Pcia. De Bs.As. (Anotado…) - 2004- LexisNexis – Depalma, Lexis Nº 8009/002522).

------ En síntesis, conciliando el art. 409 CPCC con el art. 42 en su 2° párrafo concordante con el 2° párrafo del art. 41 del Código adjetivo, el ponente recién podría propiciar una “nueva cédula” al domicilio constituido, después de la constatación de la inexistencia del domicilio real, ya que éste fue denunciado en la demanda. -

///--- V.- Por otra parte, y desde el punto de vista de la buena fe procesal, desde que la fuerza probatoria de la absolución de posiciones está prevista para el caso que el absolvente “dejare de comparecer sin justa causa”, los apoderados del actor bien pudieron llegar a entender que quedaría justificada la incomparecencia del mismo a la audiencia confesional, ante el erróneo emplazamiento en el domicilio constituido, y cabe al Tribunal el poder deber de prevenir al respecto, así como de mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 34 inc. 5 ap. c) y d) CPCC).

------ VI.- Consecuentemente, no habiéndose instado el diligenciamiento de la notificación debida del absolvente con la anticipación exigida, ello determina el incumplimiento del art. 409 del CPCC, lo que impide hacer efectivo el apercibimiento dispuesto en el art. 417.- La notificación cursada al domicilio constituido del actor -que en la demanda había denunciado el real- antes de frustrada la que correspondió en éste- es ineficiente, y la peculiar situación en que se colocó la demandada al cursar dos notificaciones (la que se intentó al domicilio real se presentó para diligenciar habiendo vencido ya el plazo de tres días de antelación) no encuadra en las normas del Código de rito y el argumento que se esgrime para peticionar la revocatoria consistente en una “justificación” de su propio incumplimiento, no logra conmover lo ya decidido por esta Sala.

------ La conducta procesal asumida determina así la suerte de la prueba.- Por los fundamentos dados la reposición debe desestimarse, confirmando la decisión en idéntico sentido.

///--- Desde que el recurso fue resuelto sin sustanciación, no existe artículo entre las partes, y no cabe imposición de costas.- No obstante la manda del art. 47 del Dto. Ley 2200 (T.O. Nº Dto.

138/99), no corresponde regulación de honorarios a los representantes procesales de la Provincia del Chubut de conformidad con el art. 20 de la Ley 5.117.

------ Que por ello, esta Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia:

----------R E S U E L V E:----------

------ 1º) DESESTIMAR el Recurso de Reposición intentado a fs. 10 y vta. por la accionada PROVINCIA DEL CHUBUT.- En consecuencia, confirmar lo decidido en el Acta del 7 de Agosto de 2.007 (fs. 10).- Sin costas.

------ 2º) REGÍSTRESE y notifíquese.

Fdo. Dres. Daniel Luis CANEO, Fernando S. L. ROYER y José Luis PASUTTI.
Recibida y registrada por Secretaría el 27/08/07 bajo el Nº 69/SCA/07.- Rawson, de de 2007.

NOTA n° /07 S.I.J.