RAWSON, 24 de Septiembre de 2010.-

------ **VISTOS:** ----------

------ Estos autos caratulados: "**M. D. Sociedad de Responsabilidad Limitada c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 21.770-M-2.009)**.--------

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

------ Que oportunamente –fs. 2 vta. del Cuaderno de Prueba Demandada- ésta ofreció la confesional del representante legal de la firma actora M. D. SRL.- En tanto resultaba de la documentación traída por ésta que la Socia gerente con capital mayoritario era la Sra. R. M. M., se ordenó a fs.4 su citación para comparecer a la audiencia prevista para el día 26 de Agosto de 2010 a las 11 hs. bajo el apercibimiento contenido en el art. 421° Ley XIII N° 5.----------
---

------ Que librada la Cédula a tal fin, a fs. 5 vta. obra constancia por la cual la Oficial Notificador expresa "*que habiéndome constituido en el domicilio señalado a fs. frente no fui atendida por persona alguna...*", añadiendo que el nombre correcto de la calle que se había consignado

///como “Irigoyen” es “Av. Hipólito Yrigoyen”, devolviéndola sin diligenciar.----------

------ Que según el Acta de fs. 9 en el día fijado para la audiencia de absolución de posiciones la representante legal de la actora no se hizo presente; sólo concurrieron el representante procesal de la accionada Provincia del Chubut, quien oportunamente había acompañado el Pliego respectivo (fs. 10) –que justificó en ese momento su personería- como así también el Apoderado de la Sociedad accionante.----------

------ Que a posteriori, fs. 19 y vta. del mismo Cuaderno, los Apoderados de M. D. S.R.L. se presentan a proponer en calidad de absolvente por la actora al Sr. A. P. B.. Manifiestan que siguiendo expresas instrucciones de su Poderdante, vienen a oponerse a la persona ofrecida en los términos del art. 410° Ley XIII N° 5.----------
---

------ Fundan el ofrecimiento, comentando que quien intervino en toda la sustanciación de la Licitación objeto de la causa fue el nombrado B., aclarando que la Gerente -Sra. M.- no tuvo participación en la misma. Detallan además que ambos son concubinos, que poseen tres hijos en común y que la persona ahora propuesta es *“apoderado legal de M. en su condición de Gerente de la Sociedad actora”* (fs. 19 CPD) conforme surge de la escritura pública que en copia se adjunta a fs. 11/18.----------

///--- Que, por su parte, a fs. 20, la Provincia del Chubut solicita se decrete la confesión ficta, atento el resultado de la audiencia confesional a la que no concurrió la representante legal que -según expresa- había sido impuesta de la realización de la misma en el domicilio real que la contraparte había denunciado en la pieza inicial. Funda su pedido en el art. 421° Ley XIII N° 5.----------

------ **CONSIDERANDO:** ----------

------ Que de manera preliminar y por una cuestión de orden, habrá de atenderse en primer lugar el requerimiento efectuado por la Provincia demandada, en tanto su resolución tiene efectos directos sobre la pertinencia del planteo traído por la Sociedad actora.----------

------ I. Que siguiendo a DEVIS ECHANDÍA esta Sala en Sentencia Interlocutoria N° 69/SCA/07 -precedente invocado por la accionada- advirtió 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° 1, pág. 606)".----------

------ En este marco, prevenía el fallo glosado, "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 a 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 -T° IV -pág. 536/537 y nota 158).----------

------ Que en tal contexto sólo incumbe analizar los recaudos que el Código adjetivo exige a los efectos de habilitar la confesión ficta requerida. Así, la Ley XIII N° 5 en su art. 413° (antes 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. 421. La cédula deberá

///diligenciarse, con TRES (3) días de anticipación por lo menos...". Entonces, 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***.--

------ Que también se advirtió en el precedente comentado que "...la debida notificación es, a más de los otros recaudos exigidos, condición ineludible para habilitar la aplicación de la confesión ficta; y para tenerla 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".----------

------ Que refiriéndose a la "*forma de citación*" para la audiencia confesional MORELLO-SOSA-BERIZONCE expresan "...dadas las graves consecuencias que para el absolvente (e incluso para el ponente) derivan del acto, que llega a darle efecto de confesión al contenido del pliego en los hechos que afirma, el Código estructura una regulación ritual detallista, con enunciación de cada una de las formalidades a cumplirse a lo largo de la producción de este medio de prueba e incluso de la forma de citación para que adquiera el grado de validez necesario (Cám. Nac. Esp. Civ. y Com. Sala V, 30.5.75, núm 7959) Por lo tanto, no cuadra dar por fictamente confesados los hechos que enuncia el pliego, si no se materializó debidamente la citación del absolvente (Cám. Nac. Civil, Sala B, 16.7.75, LL 1976 A-

///pág.68) (Conc.: Cód. Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación. -Comentados y Anotados - Tomo V-B - Artículos 402 a 483 - Ed. Platense-Abeledo Perrot - 1992- pág. 42/43).----------

------ En idéntico sentido, se pronuncia DE SANTO, razonando "quien ha de absolver posiciones, por lo tanto, debe ser personalmente citado por cédula y, en caso de actuar mediante apoderado, ella debe dirigirse a su domicilio real, no pudiendo la citación ser suplida por el conocimiento que de la fijación de la audiencia tuviera su representante, aunque éste hubiera sido expresamente notificado" (CNCiv., Sala B, 16.6.75, ED t. 65, p.276) (Conc. "Notificaciones Procesales" – Ed. Universidad-2002- pág. 227).----------

------ Que de los elementos de la causa primero relatados, surge claramente que la notificación dirigida a la representante legal de la Sociedad actora, pese a haberse constituido la diligenciadora en el domicilio, ***no fue practicada.-*** De ello deriva que no se encuentran reunidos los presupuestos procesales descriptos antes, necesarios para decretar la confesión ficta, y corresponde desestimar la solicitud que en tal sentido formula la accionada.----------

------ II.- Que ello no es impedimento para atender el planteo de los Apoderados de la Sociedad actora, a fin de establecer a quién corresponde citar en calidad de absolvente por M. D. S.R.L.,

///considerando que pidieron la sustitución de la Sra. M., por el Sr. A. P. B., quien -según exponen- *"es apoderado legal de la M. en su condición de Gerente de la Sociedad actora"* (fs. 19 CPD).- Así, pues aunque aquélla no estuvo notificada, es claro que el representante procesal de la empresa pudo conocer de la citación, lo que queda en evidencia con su comparendo a la audiencia.----------

------ Que cuando el Código de rito establece las personas que ***podrán ser citadas*** a absolver posiciones -art. 409° Ley XIII N° 5- prevé en el inciso 3° "*los* ***representantes legales*** *de las personas jurídicas, sociedades o entidades colectivas que tuvieren facultad para obligarlas".* La elección del absolvente, como principio general, corresponde al ponente. No obstante, la ley faculta a la persona jurídica a elegir la persona que absolverá posiciones, quien por tener conocimiento de los hechos se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, lo plantee dentro del plazo legal y cumpliendo los requisitos que el precepto establece (art. 410).----------

------ Se ha ocupado de esa problemática Ernesto MARTORELL, abordando la reforma acaecida en el Código Procesal de Nación, porque el precepto no arrojaba la claridad que presenta ahora, concordante con la norma local. Explica el autor que "Las grandes empresas...organizadas bajo la forma de sociedades anónimas -o a

///veces de responsabilidad limitada-, son gobernadas por directorios o gerencias, cuyos titulares difícilmente conocen en detalle la problemática que genera su operatoria comercial, puesto que la misma envergadura que adquieren estos entes, los obliga a delegar atribuciones en personas, que por el tratamiento más inmediato de los asuntos a su cargo, se encuentran en mejores condiciones para dar una respuesta adecuada a los interrogantes referidos a los mismos que vayan surgiendo...; en la prueba confesional... hay cuestiones ...a más de la envergadura de la sociedad... la falta de precisión que rodea al término "representante"... el legislador -a través de la ley 17.454...- intentó impedir ...que se citara por ejemplo al presidente de una sociedad anónima para que absuelva posiciones, sobre hechos relacionados con cuestiones que técnicamente están a cargo de otro director o funcionario de alta jerarquía. Para arbitrar un mecanismo apropiado... se introdujeron en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación los arts. 405 y 406..., así, pese a que la letra de la ley es clara, se sigue discutiendo doctrinaria y jurisprudencialmente...qué clase de "representante" es el que debe absolver posiciones por las sociedades, olvidando... que en todos los casos aquél debe ser la persona que puede obligarlas según los estatutos o el contrato, y no un simple mandatario... la "representación legal" se denomina de ese modo, porque se produce por ministerio de la ley y no por voluntad del representado (como en el caso del mandatario), y que la ley 19.550 ha encarado el tema de la representación social con un criterio autónomo e independiente: siendo la confesión judicial un acto fundamental que produce

///consecuencias graves, y atento la economía de la normativa vigente, no cabe otra posibilidad que sostener que repugna al espíritu de la ley, el hecho de que se permita absolver posiciones por un sujeto ideal a un individuo que no sea representante legal de éste... En esa inteligencia, sólo podrá admitir que absuelvan posiciones los "representantes legales", ya que si otro hubiera sido el criterio del legislador no hubiera completado la frase -al reformar el inc. 3° del art. 405- con la voz "legales", y se deberá entender por tales los que cuenten con facultades suficientes, de acuerdo con las cláusulas del contrato o del estatuto social, para comprometer a la persona jurídica de que se trate, hallándose autorizados para realizar actos de gestión y de disposición" (Conc.: "La absolución de posiciones por las sociedades comerciales (Problemática que plantea el artículo 406° del Código de Procedimientos) LL1985 – E, 829).----------

------ Que FENOCHIETTO y ARAZI interpretan "la Ley N° 22434 reemplazó en el inciso 3° del artículo que comentamos, la expresión "representantes" por "representantes legales". De esa forma se acentúa la exigencia de que las personas que absuelvan posiciones en nombre de las personas jurídicas, sociedades o entidades colectivas, cuenten con facultades suficientes, de acuerdo con las cláusulas del contrato o del estatuto social, para comprometer a aquéllas, hallándose autorizadas para realizar actos de gestión y de disposición"

///

///(Conc: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...” Tomo 2-Artículos 304° a 594° -Astrea -1993 -pág. 399).----------

------ Asimismo, Jorge KIELMANOVICH sostiene “...con respecto a este último inciso, se constata la misma contradicción destacada con vinculación al primero, ya que la citación aquí no es tampoco *facultativa* (“***Podrán***, asimismo, ser citados a absolver posiciones: ...Los representantes legales...”) para el ponente -cual si en lugar del representante “necesario” pudiese absolver posiciones - vgr. los accionistas y los administradores de la sociedad anónima- en vista de que las personas jurídicas sólo pueden actuar, precisamente, a través del órgano que exterioriza la voluntad del ente, en el caso, de quien inviste, por la ley y el estatuto o contrato, la representación de la persona frente a terceros. En otras palabras, el gerente de la sociedad de responsabilidad limitada..., no es que ***pueden*** sino que ***deben*** ser citados para absolver en nombre de las personas jurídicas en tanto se pretenda que la parte absuelva posiciones, ya que de otro modo, la declaración sería, en el mejor de los casos, *testimonial,* pero no *confesional,* dado que no emanaría del sujeto activo o pasivo de la pretensión procesal, sino de un tercero no admitido como parte” (Conc.: “Absolución de Posiciones: Citación y elección del absolvente” JA 1990-I, 912/915). Entonces, con lo dicho, sólo puede absolver posiciones por la Sociedad de Responsabilidad Limitada –tal la naturaleza de la actora- un ***representante legal*** suyo, es decir, un Socio Gerente.----------

///--- Que siguiendo estos criterios, la persona que se ofrece en sustitución del absolvente no puede ser cualquier persona, sino que debe ser un *representante legal* -en los términos del art. 409° Ley XIII N° 5 (antes 405° del CPCC)- no pudiendo recaer la elección sobre un representante convencional…" (Conf.: Elena HIGHTON- Beatriz AREÁN - "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..."Tomo 8 -Artículos 396/498 - Hammurabi - 2007, pág. 91/92).----------

----- Que el ofrecido en sustitución - Sr. A. B.- no asume este carácter.----------

------ Que a más, la Sociedad actora justifica su pedido de sustitución de la persona del absolvente, mencionando que el nombrado *"...posee conocimiento de los hechos acaecidos durante la tramitación administrativa de la Licitación aludida"* (fs. 19 CPD).----------

------ Sin embargo, el análisis de estos obrados, no se condice con esa afirmación. Porque está documentado que, en las diversas intervenciones que tuvo la Sociedad accionante en Sede Administrativa, y fueron incorporadas en copia simple en el Expediente principal, tales como: la impugnación del informe de la Comisión de Preadjudicación del 14 de Enero (fs. 37/40), la impugnación de la Nota N° 107/09 SSTyAP del 09 de marzo (fs. 55/60), el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Disposición N°

///068/09 SSTyAP del 20 de marzo (fs. 87), la solicitud de ampliación del plazo legal -31 de marzo- previsto en el art. 107°, 108° y concordantes del Decreto Ley N° 920 (fs.89) y finalmente la presentación del remedio administrativo referido el día 14 de abril (fs. 92/103 y vta.) como así también el Recurso de nulidad planteado contra la actividad administrativa desarrollada en ese Expediente, con posterioridad a la interposición del recurso jerárquico (fs. 104 y vta.) del 17 de abril -fechas del año 2009- fueron todas ellas, suscriptas por la Sra. R. M. M. en su calidad de Socio Gerente de M. D. S.R.L., tal como aclara el sello inserto conjuntamente con su rúbrica.----------
---

------ Que a más de ello, si bien en sus inicios, allá por Julio de 2002, la Sociedad actora estuvo integrada por la nombrada y quien ahora fue propuesto como absolvente, únicos dos socios de aquélla, recayendo la administración y representación de la persona jurídica en el Sr. B. (Cláusulas QUINTA y DECIMOCUARTA del Contrato Social -fs.114/117 Expte. principal), con posterioridad y de manera sucesiva acaecieron en la vida societaria, cesiones de las cuotas sociales con las respectivas modificaciones del contrato social (fs. 121/123 y 125/126). Hasta que, según copia del edicto publicado el 14 de Octubre de 2008 obrante a fs. 136 –todas del principal- M. D. S.R.L. quedó conformada por la Sra. R. M. y el Sr. G. E. T. G., indicándose además que, por renuncia del anterior, era designada Socia Gerente la nombrada en primer lugar. A mayor abundamiento, ///véase que el Sr. T. G. titular del 25% del Capital Societario, se

presentó a ratificar lo actuado (fs. 171/174) por la Sra. M. en Sede administrativa, indicando en dicho escrito que consideraba ello "*sobreabundante*", pues la calidad de Socia Gerente de la nombrada -estimó- es suficiente para obligar a la Sociedad *"por ser su representación legal inobjetable"*. (fs. 172, siempre del Expte. Principal).----------
---

------ Que, en mérito de lo expuesto, la persona que puede ser citada en los términos del precepto de la ley ritual ya comentado, como ***representante legal*** de M. D. S.R.L., es la Sra. R. M. M., quien además ha tenido una participación activa en los antecedentes de hecho que conforman el sustrato fáctico de la presente litis, debiendo rechazarse la petición de sustitución que se formula, y ordenar se practique nueva citación a la nombrada.-------

------ III.- Que, desde que las cuestiones planteadas por las partes fueron resueltas sin sustanciación, no cabe imposición de costas. A más, no obstante la manda del art. 46° de la Ley XIII N° 4 (antes art. 47° del Dto. Ley 2200- T.O. Nº Dto. 138/99), no corresponde regulación de honorarios a los Apoderados de la Sociedad actora por su inoficiosa presentación -conforme juego armónico de los arts. 3 y 5 de aquella primera ley (antes arts. 3 y 6 del segundo ordenamiento); ni tampoco procede regular honorarios al representante procesal de la

///Provincia del Chubut de conformidad con el art. 20° de la Ley V N° 96 (antes Ley Nº 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 pedido de confesión ficta deducido por la accionada PROVINCIA DEL CHUBUT. Sin costas.----------

------ 2º) **RECHAZAR** el pedido de M. D. S.R.L. de sustitución de absolvente, por las razones expuestas en los Considerandos que anteceden. Sin costas. ----------

----- 3º) Firme la presente, por Presidencia se ordenará practicar nueva citación a la Sra. R. M. M., indicando en la cédula que se lo hace en su carácter de Socia Gerente de M. D. SRL, al domicilio de la empresa que se identificará del modo que lo indica la Oficial Notificador a fs. 5 vta.----------

------ 4°) **REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

---- La presente se firma con dos Miembros de la Sala, por encontrarse el Sr. Ministro, Dr. Daniel Luis Caneo, en Comisión de Servicio.-------

Fdo. Dres. José Luis Pasutti- Fernando S.L. Royer

Recibida y Registrada en Secretaría el 28/09/10 Bajo el N° 42/SCA/10.

///