Puerto Madryn, Noviembre de 2010.

**VISTOS Y CONSIDERANDO**:

Estos autos caratulados: **"E. Á. L. s/ Incidente de Nulidad en autos: "F. M. D. C. c/ E. Á L. s/ D.""**, Expte N° 164 Año 2010**,** venidos del Juzgado Ejecución.

I. Contra la resolución de fs. 15/16 en cuanto rechaza el planteo de nulidad de la notificación articulado a fs. 34 de los autos principales, se Alza la incidentista fundando sus agravios a fs. 24/26. Asimismo, se alza también la quejosa contra la regulación de honorarios de la Ab. V. I., por considerarlos altos y por derecho propio los Ab. V. F., G. L. y S. F. lo hacen respecto de sus honorarios por considerarlos bajos.

II. A fin de resolver la cuestión traída a consideración del Tribunal, cabe señalar que la interpretación de las cuestiones atinentes a las nulidades procesales debe efectuarse con criterio restrictivo, reservándose como última *ratio* frente a la existencia de una efectiva indefensión, lo cual resulta razonable toda vez que el derecho procesal está dominado por exigencias de firmeza y de efectividad en los actos superiores a las de otras ramas del Orden jurídico.

*"El art. 149 2da. Parte del Código Procesal -nulidad de la notificación, es una norma de interpretación restrictiva e inaplicable en caso de duda, sin que pueda considerarse ocurrida la convalidación cuando ella resultare de hechos o actos que simplemente pudieran hacerlo suponer, como única forma de evitar que el derecho de las partes pudieran resultar lesionados."* ("Bravo, Claudio c/ Obras Argentinas SA. s/ Reclamo s/ Inaplicabilidad de ley." Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. [elDial.com - AX645 ]).

Tales principios encuentran sólido respaldo legal en la normativa que rige la materia en cuanto establece principios fundamentales como los de convalidación y trascendencia (arts. 171, 172 y 173 del CPCC), debiendo destacarse que éste último está plasmado en aquel principio que señala que las nulidades no existen en el mero interés de la ley por lo que no hay nulidad sin perjuicio.

Desde esta perspectiva, pues, es necesario, para que prospere la nulidad del procedimiento que el vicio, defecto u omisión no haya sido convalidado expresa o tácitamente (conf. Podetti Derecho procesal Tratado de los actos procesales T II p. 490, Alsina Tratado T I p. 674 y doctrina en general).

Por regla general la irregularidad de un acto procesal es susceptible de convalidarse mediante el consentimiento de la parte a quien ella perjudica; ello como consecuencia del carácter relativo que revisten las nulidades procesales.- Así en principio, la convalidación se apoya en la necesidad de obtener actos firmes sobre los cuales pueda consolidarse el derecho.

III. Rebate el quejoso en su memorial las razones determinantes que ha tenido el A-quo para resolver la cuestión; esto es, que al ser consentido por la parte , su planteo es extemporáneo.

No ha cuestionado el incidentista ni el domicilio ni la forma de la notificación. Ha señalado que la misma se cursó en su domicilio real, en el transcurso de algunos días en que debió ausentarse de la ciudad y que a su regreso constató que la cerradura de la puerta se encontraba con “poxipol”.

Que en tales circunstancias hizo la pertinente denuncia, ingresando a la vivienda con la presencia de la autoridad policial. Reprocha a la actora que conocía de su ausencia en la ciudad y que lo actuado es un armado temerario para desalojarlo.

Liminarmente debe señalarse que de las constancias consignadas el Oficial Notificador, surge que se fijó la cédula de notificación en la puerta, luego de haber cumplido con la formalidad del aviso previsto en el art. 342 CPCC.

Frente a la decisión del juez, debe señalarse que incorpora en su agravio circunstancias no alegadas en la oportunidad como lo es el rol que cumplió M.. Si éste tomó o no conocimiento no tiene la trascendencia que se pretende dar por una u otra parte. Lo cierto es que al tiempo de la notificación, E. no estaba en su domicilio, conforme surge de la pieza notificatoria.

La primera cuestión en crisis, es determinar la fecha en que el demandado E. tomó conocimiento de la existencia del proceso de desalojo.

Señala el quejoso que incurre en error el Sr. Juez al imponerle la carga de la prueba del mismo, y en ello lleva razón al apelante.

El plazo previsto por el art. 172 segunda parte del CPCC constituye el término desde que por disposición legal se presume el consentimiento tácito. Así se ha fallado que *"No es procesalmente exigible que se acredite el momento en que el nulidicente tomó conocimiento del vicio, toda vez que ello no es recaudo de procedibilidad nulidificatoria (arts 169 y sgtes del CPNN). Es carga del contrario arrimar prueba tendiente a demostrar lo contrario: el consentimiento tácito que torne impertinente la invalidez pretendida"* (Guillén c/ Forciniti s/ Ejecutivo. CNAP Com Sala C 10-10-2006).

*"Habiendo el nulidicente indicado el tiempo y modo en que llegó a su conocimiento la existencia del proceso, con referencia al tiempo propio en que se dedujo el incidente de nulidad, corresponde a la parte que sostiene el consentimiento tácito acreditar que la contraria tuvo conocimiento en una fecha más alejada y que, por lo tanto, el vicio quedó subsanado"* (C Nac Civil Sala "D" Duarte c/ Expreso Río Paraná S.R.L" JA 1998-II).

De Santo en su obra al respecto expresa: "*La prueba del momento en que se produce el conocimiento del acto recae sobre el litigante que sostiene que se ha*

*operado la convalidación tácita*. (“Nulidades Procesales", Doctrina-Jurisprudencia-Modelos, de De Santo, segunda edición actualizada, Editorial Universidad, pág. 61).

La actora F. da cuenta de distintas circunstancias, algunas conjeturales, que M. debió saber que la cédula estaba desde el 14 de junio, que la fecha alegada de viaje no es cierta, que el “poxipol” en la puerta lo comunicó el 18 de julio, y otras objetivas como que la exposición policial la hizo el 26 de julio. Pero en modo alguno, con las constancias obrantes en el incidente se acreditó una fecha distinta a la señalada por el incidentista.

La falta de instancia probatoria, cuando ambas partes habían ofrecido prueba, obsta- considerando la trascendencia que importa la citación a proceso del Sr. E.-, a confirmar la sentencia en este sentido.

IV. Admitido que el planteo nulidificante ha sido formulado en tiempo oportuno, y dado que en el agravio alude a la trascendencia del traslado de la demanda, se abordará la cuestión.

En tal sentido la jurisprudencia y doctrina expresa que la esencial trascendencia de la notificación del traslado de la demanda motiva que la ley disponga, en principio, que se la practique en el domicilio real, bajo sanción de nulidad, y la rodee de formalidades específicas (conf. Maurino, Alberto L., Nulidades procesales, p.143, Nº 1 y sus citas).

La notificación del traslado de la demanda fue formalmente válida y ello en tanto “La ausencia momentánea del demandado de su domicilio real no obsta a que la notificación cumpla con su objetivo, pues una interpretación contraria llevaría a que bastase con ausentarse u ocultarse para impedir el cumplimiento de la notificación” (CANO SI N° 156/10)

Sin perjuicio de la importancia del anoticiamiento del proceso, era carga del incidentista demostrar la existencia de perjuicio que debe ser concreto y evidenciado, esto es, la parte que la peticiona debe indicar los medios de

defensa de que habría sido privada, sin que resulte suficiente una manifestación genérica o alegar perjuicios meramente hipotéticos, ni la simple invocación de haberse violado el derecho de defensa en juicio.

Si como afirma, en fecha 28 de julio conoció los términos de la demanda, la alegación que formula sin indicar o mencionar las defensas fácticas o jurídicas que no pudo exponer, máxime con las limitaciones propias de la acción de desalojo, obsta a la nulidad que procura.*"En materia de nulidad procesal es menester recordar el principio de trascendencia, por el cual se requiere que quien la invoca alegue y demuestre que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto; debe existir y demostrarse agravio concreto y de entidad, pues no hay nulidad en el sólo interés de la ley, ya que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, sino que son tan sólo los instrumentos de que se vale el legislador para asegurar la defensa en juicio de las personas y de los derechos."* (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I, Mercedes, Buenos Aires. 11/2008).

Por todo lo que se expone, aunque por argumentos distintos se confirmará la sentencia que rechaza el incidente de nulidad articulado.

En orden a lo establecido por el art. 163, última parte del CPCC , el Dr. Mario Luis Vivas, dijo: Si bien coincide con la resolución a la que se arriba, ha de formular – a modo de aclaración - que el incidentista reconoció expresamente haberse notificado de la demanda con fecha 28.07.10, *dies ad quem* a tenerse en cuenta para el cómputo de la contestación de la misma.

Ello, por cuanto surge claro que la pretensión anulatoria deducida en autos por la parte demandada se contrapone frontalmente con sus propias afirmaciones, en las que reconoce haber tomado conocimiento de la demanda, sin reservas. Tal circunstancia es objetivamente contradictoria – incompatible y mutuamente excluyente- con la pretensión anulatoria aquí motorizada.

V. Con relación a los honorarios apelados, no surge de la sentencia apelada la base regulatoria que ha tomado el a quo para la regulación de los

mismos. Si se tienen en cuenta los artículos citados en dicha oportunidad, debe inferirse que los ha calculado en relación a los honorarios mínimos que fija el art. 7 y el art.32 de la ley arancelaria.

Por lo que, conforme a ello y valoradas las gestiones profesionales de la letrada I., el mérito de la labor profesional apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo y la trascendencia jurídica y económica que ha tenido el fallo y demás pautas establecidas deberá fijarse los honorarios de la Dra. I. en $140 (Arts. 5,6 ,7 y 32 Ley XIII Nº 4).

En relación al recurso de apelación, por derecho propio, interpuesto por los letrados del incidentista y en base a los mismos fundamentos citados ut supra, corresponde confirmar los honorarios regulados en primera instancia.

V. Las costas de la Alzada se imponen a la demandada vencida, regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes de acuerdo a la etapa procesal cumplida, tareas desempeñadas, éxito obtenido y demás pautas de la ley XIII Nº 4.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn;

**RESUELVE:**

1) CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria de fs. 15/16, registrada bajo el Nº 843 del año 2010 .

2) CONFIRMAR los honorarios de los letrados V. A. F., G. L. y S. F. regulados en la Sentencia Interlocutoria de fs. 15/16.

3) MODIFICAR los honorarios fijados a la Ab. V. I. y regular los mismos en $140 (Arts. 5,6 ,7 y 32 Ley XIII Nº 4).

4) COSTAS de la Alzada a la incidentista vencida. Regular los honorarios de los Dres. V. F., G. L. y S. F., conjuntamente, en la suma de NOVENTA PESOS ($90).(art 5 y 13 Ley XIII N°4)

5) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La presente sentencia es firmada por dos Jueces de Cámara en virtud de encontrarse una vocalía vacante y concordar en la solución del caso (Art. 8 y 9 Ley V N° 17).

Registrada bajo Nº /10 SIC.