En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y de las señoras juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C. B., J. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ DESALOJO", expte. nro. 150/18**, venidos del Juzgado Letrado de Ejecución nro. 1 (expte. nro. 2281/17), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 87) y autos de fs. 89/91, correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 63/65vta. y su aclaratoria de fs. 68/vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia dictada en la instancia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 69, agravios fs. 76/79). Corrido el traslado, contestó la actora (fs. 81). I. Antecedentes:

En breve síntesis, diré que el actor Sr. J. C. B. promovió formal demanda por desalojo contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia respecto del inmueble sito en calle Belgrano 1053 de esta ciudad. Ofreció prueba. A su turno, contestó la acción impetrada en su contra la demandada. Se allanó a la pretensión de desalojo, más controvirtió los dichos de la parte actora vinculados a la intimación previa cursada a tal efecto. Solicitó la imposición de las costas por su orden y formuló reserva por nulidad de cláusulas abusivas del contrato de locación que uniera a las partes. Pidió el actor se declare la cuestión de puro derecho, a lo que el magistrado hizo lugar.

Disconforme con ello, interpuso el accionado recurso de reposición con apelación en subsidio. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado rechazó el recurso de reposición interpuesto por la demandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia y confirmó el auto de fs. 55 por el cual se declarara la cuestión de puro derecho. Rechazó la reserva de nulidad de cláusulas abusivas en el contrato de locación, opuesta por la demandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Hizo lugar al allanamiento respecto de la acción de desalojo formulado por la demandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Hizo lugar a la demanda en todas sus partes a la demanda promovida por el Sr. J. C. B. y condenó al demandado Municipalidad de Comodoro Rivadavia a desalojar y restituir el inmueble sito calle Belgrano N° 1053 de esta ciudad, en el término de DIEZ (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia, bajo apercibimiento de lanzamiento por la

fuerza (art. 686 inc. 1°) del C.Pr.). Impuso las costas a la demandada vencida (arts. 69 y 70 de la Ley XIII N° 5) no correspondiendo la regulación a los letrados de dicha parte en virtud a lo dispuesto por el art. 2° de la Ley XIII N° 4. Reguló los honorarios de los profesionales que representaran a la parte actora. Con posterioridad se dictó aclaratoria que dispuso corregir el segundo apellido del actor el que corresponde quede registrado como B.

II. Análisis de los agravios:

Contra la sentencia se alzó la parte demandada. Criticó el decisorio en tanto sostuvo que aquel vulneró el derecho de defensa derivado de la garantía del debido proceso como la de no arbitrariedad por violación del postulado lógico de no contradicción, ello desde que se acumuló la resolución sobre un incidente procesal con la resolución de la definitiva.

Así, y adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi estudio, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la

relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia*, los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED 28459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212-107).

En concreto, y en lo que aquí interesa, resulta que la accionada Municipalidad de Comodoro Rivadavia se presentó en tiempo oportuno a contestar la demanda de desalojo impetrada en su contra, en el que manifestó allanarse a la misma. Solicitó la imposición de costas por su orden.

Destaco aquí que el pretendido allanamiento se orientó exclusivamente a la restitución del inmueble objeto de desalojo, mas que asimismo cuestionó los dichos del actor, particularmente a lo que se vincula con la intimación previa que dijo este haber remitido requiriendo la desocupación y entrega de la cosa locada. Así, insistió la demandada en su postura respecto de las costas, las que afirmó no correspondía le fueran impuestas como fuera solicitado en el marco de la acción impetrada.

Aún con ello, entendiendo lógicamente que el objeto esencial de la acción era el desalojo, y frente al allanamiento formulado por la accionada, pidió el actor se resolviera la cuestión como de puro derecho.

De ese modo fue resuelto por el señor juez de grado quien dictó la providencia obrante a fs. 55, la que fue objeto de recurso de reposición con apelación en subsidio que interpuso la demandada. Motivó el mismo lo que párrafos arriba ya destacara, es decir, la mentada notificación que según la accionada no existió,

discusión no zanjada y que, según su parecer, resultaría relevante a la hora de definir la imposición de las costas. Evacuado el traslado pertinente, pidió la parte actora se dicte resolución. Entiendo que la solicitud se refería al recurso pendiente de resolución.

Sucede que en vez de resolver únicamente el recurso interpuesto contra la declaración de la cuestión de puro derecho, en un mismo auto rechazó el sentenciante el mismo y a la vez resolvió la cuestión de fondo objeto de la demanda, vale decir el desalojo. Es claro que, existiendo apelación en subsidio, se evidencia un yerro procedimental que afecta el derecho de defensa de la parte demandada. Es que, frente a aquel rechazo correspondía conceder –o no– la apelación subsidiaria, lo que hubiera provocado que los autos fueran remitidos a la alzada, en el primer caso, o bien hubiera habilitado la eventual queja del recurrente, en el segundo supuesto. Lo cierto es que, en cualquiera de los escenarios, la garantía del debido proceso no ha sido respetada.

Corresponde sin más entonces, y a consecuencia de lo expuesto, disponer la confirmación del inciso 1° y decretar la nulidad de los incisos 2° y subsiguientes del decisorio venido en apelación, como así también de los actos posteriores dictados en consecuencia, y ordenar pasen los autos al subrogante legal a efectos provea lo atinente a la apelación en subsidio. En esa inteligencia, no deviene procedente el pedido de sanciones efectuado por la parte actora.

Resta resolver lo relativo a las costas de esta alzada, atento a como se resuelve y tratándose de un error no correspondiente a las partes, serán impuestas en el orden causado (ar. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirmando el inciso 1° y decretando la nulidad de los incisos 2° y subsiguientes de la sentencia impugnada, como así también de los actos posteriores dictados en consecuencia, debiendo pasar los autos al subrogante legal a efectos provea la apelación subsidiaria de fs. 56.

2) Imponer las costas de la alzada en el orden causado, según considerando respectivo (art. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de honorarios los profesionales para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 29/2018 del Juzgado de Ejecución nro. 1 de la jurisdicción viene a revisión de esta alzada por apelación deducida por la parte demanda Municipalidad de Comodoro Rivadavia (fs. 63/65, fs. 69).

El municipio apelante a fs. 76/79 peticiona la nulidad parcial de la sentencia de grado porque acumuló en una sentencia definitiva la decisión del recurso de reposición con apelación en subsidio del planteo recursivo interpuesto por ese demandado del proveído de fs. 55 que declaró la cuestión de puro derecho.

He de referirme en principio para abordar este recurso de apelación sobre la pretensión de declarar la nulidad parcial de la sentencia definitiva, por lo cual he de seguir a la doctrinaria Dra. Elena Highton.

Por ello ha de destacarse que para la existencia del perjuicio sufrido e interés jurídico en la declaración de nulidad, como presupuesto de las nulidades procesales, es necesaria la mención de las defensas que el incidentista se vio privado de

oponer, no pudiendo la alegación ser abstracta y genérica, sino concreta y real.

Ocurre que no hay nulidad en el solo beneficio de la ley, desde que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismo. No son más que los instrumentos de que se vale el legislador para asegurar la defensa en juicio de las personas y de los derechos. De todos modos, es necesario aclarar que lo fundamental es puntualizar la existencia del vicio y el perjuicio sufrido del que derivará el interés que se persigue satisfacer con la declaración de nulidad.

Sin embargo, se ha sostenido acertadamente que esta exigencia no puede convertirse en una regla inflexible, pues en algunos casos podría configurar un rigorismo ritual excesivo. Podría admitirse su incumplimiento no solo cuando la irregularidad del trámite afecta el orden público, caso en que el agravio se encuentra implícito, lo que no ocurre en la especie.

Continua la autora diciendo: "… sino también cuando de la sola compulsa de las actuaciones no se evidencia perjuicio alguno que justifique la declaración no obstante dicho incumplimiento.

Así se entendió en un caso en que se había decretado la caducidad de la instancia sin haberse notificado el traslado del pertinente acuse. La nulidad fue desestimada a pesar de esa omisión, por considerar que el resultado del planteo no se habría modificado aun cuando el incidentista hubiera tenido oportunidad de contestar ese traslado, debido a la inactividad procesal prolongada que se verificaba en el expediente" (Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, T.3, págs. 642/645, ed. Hammurabi).

Plantea el recurrente que es nulo el punto 2 a 5 de la sentencia de grado, si bien es veraz que no se proveyó la admisibilidad formal del recurso de apelación en

subsidio planteada por el municipio demandado y se resolvió el recurso de reposición en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva o -como dice el recurrente- interlocutoria (aunque tiene efectos de definitividad).

Siguiendo los lineamientos doctrinarios expuestos precedentemente, no encuentro cuál ha sido la defensa que no pudo oponer el nulisdicente porque no lo dice –requisito fundamental para la procedencia- y que no sea revisable en este estadio

El incumplimiento procesal del juez *a quo* está, pero no surge del memorial de apelación en qué se ha afectado el municipio, requisito indispensable para la procedencia del incidente de nulidad –que no se da en este caso-, es decir qué defensa no a podido oponer. Lo que luce evidente es que no lo dice, pero además, hay una imposibilidad jurídica y fáctica, por cuanto el recurso de reposición interpuesto contra el proveído del juez *a quo*, se fundó en esa oportunidad procesal, por lo tanto de haberse proveído el rechazo de la reconsideración y haberse admitido o no la apelación en subsidio, y remitido a esta alzada o presentada la queja, nada podría agregar el demandado hoy apelante porque el memorial de agravios se presenta con el recurso de reposición.

Sabido es que no procede la nulidad por la nulidad misma, que como bien dijo la Dra. Highton no procede la nulidad por el mero beneficio de la ley.

Por lo cual no haré lugar a la nulidad propuesta, no obstante encontrar argumentos suficientes para abordar la apelación.

Para resolver el presente recurso de apelación, he de analizar lo actuado hasta el momento.

Señalo en primer término que la cuestión sobre costas en el allanamiento, que invoca en esta

oportunidad, como tema central, que no fue abordado por el juez *a quo* y es el agravio del municipio, en nada tiene que ver con la declaración de puro derecho que se vincula exclusivamente con la existencia de prueba o no en el proceso.

A fs. 25 el accionante declara que se valdrá de la prueba que detalla para exigir el desalojo, consistente en el contrato de locación, las actas de prórroga y una carta documento en la que se intimó el pago de canon locativo y entrega del inmueble por vencimiento de contrato.

Cuando contesta el municipio a fs. 48 reconoce el vencimiento del contrato de locación se allana a la demanda de restitución por vencimiento del plazo desalojo- seguidamente pide que no le sean impuestas las costas por el principio del art. 71 CP, que reconocen en la primera presentación que asiste razón al actor y se allanaron. No obstante desconocen otras circunstancias ventiladas por el actor en el escrito de demanda como el reclamo de cánones adeudados. Se opone expresamente el municipio demandado a la prueba informativa a Correo Argentino propuesta por el actor por tratarse de un juicio de desalojo.

Hay un reconocimiento en el allanamiento por parte del municipio de Comodoro Rivadavia, que se trata de un juicio de desalojo por vencimiento de plazo, por ello la única prueba a la que se opuso fue la informativa sobre la autenticidad y recepción de una CD de intimación de pago y desalojo por vencimiento de plazo, tema no ajeno a esta litis y que el propio accionante pidió prueba informativa en caso de desconocimiento (fs. 25).

Por último y en relación a la cuestión de la reposición con apelación en subsidio sobre la declaración de puro derecho, y sin perjuicio que resulta cuestionable el planteo de apelación cuando el demandado se allanó al

desalojo por vencimiento del plazo y reconoció que no se necesita ninguna prueba respecto del punto, y más allá de que el juez *a quo* debió haberse expedido (temas sobre los que ya me expedí) resulta oportuno recordar que la doctrina ha dicho respecto del deber del juez de abrir la causa a prueba, "presupuesto del deber apuntado es la existencia de hechos controvertidos, pues la apertura a prueba no es procedente por el mero capricho del justiciable. En tal sentido, la decisión de abrir la causa a prueba puede ser negada por el tribunal. Así CNCiv…, donde el juzgador ponderó la ausencia de hechos conducentes con relación a la causal de desalojo fundada en el vencimiento del contrato" (Fenochietto, Carlos Eduardo, "Cód.Proc.Civil y Comercial de la Nación…", Tomo 2, pág. 419, ed. Astrea-99).

En síntesis, el ente demandado se allanó al desalojo en tiempo oportuno, reconoció el vencimiento del contrato de locación, pero no la falta de pago invocada por el actor, no planteó incidente de nulidad, sino recurso de apelación contra la sentencia definitiva y bajo esta perspectiva he de expedirme, rechazando el planteo de nulidad por los argumentos expuestos.

Es decir, no prospera el pedido de nulidad, como reiteradamente se ha sostenido en doctrina y jurisprudencia, no corresponde declarar "la nulidad por la nulidad misma" siendo insuficiente la invocación genérica de violación de la defensa en juicio (autor y obra citada, pág.643).

En cuanto al recurso de apelación me lleva a revisar la decisión de grado, debe confirmarse el rechazo del planteo de la municipalidad local de reserva de nulidad de cláusulas contractuales abusivas, resulta contundente lo decidido por el juez *a quo* limitándose al marco del juicio de desalojo, deviene improcedente la reserva formulada. Puesto que en caso de asistir derecho este

debe ejercerse y no se requiere reserva previa alguna motivo por el cual confirmo la decisión de grado.

En cuanto al punto 4 del fallo venido en crisis, habiéndose allanado el demandado no existe crítica alguna por ello se confirma.

Varío el criterio respecto de la imposición de costas, punto 5 del decisorio.

Considero que fue claro y contundente el escrito de contestación de demanda y en particular a fs. 48 la Municipalidad de Comodoro Rivadavia se allanó a la restitución del inmueble por vencimiento de contrato, por ello consideró que debía eximírselo de las costas.

Para que proceda la exención de costas al allanado resulta necesaria que se realice en el plazo de contestar la demanda. Además, es necesario que el allanamiento sea real, incondicionado, oportuno en su tiempo, efectivo (cumplir y realizar) y que el demandado no haya estado en mora al tiempo de iniciarse la acción o no haya dado motivo para promover el juicio.

La mora por el no cumplimiento de la obligación de restituir el inmueble locado opera a partir de la intimación del locador al inquilino para que este proceda a entregarlo, pues a partir de ese momento nace el período de retención ilícita y la consiguiente obligación de pagar daños y perjuicios.

En este pleito el actor fue quien pidió se declarara la cuestión de puro derecho, quedando en consecuencia sin demostrar fehacientemente el momento en que intimó al inquilino, por ello, si el locador no intimó la restitución del inmueble, resulta oportuno el allanamiento efectuado por el inquilino en la primera presentación de la demanda de desalojo por vencimiento del contrato, cuyas costas deben ser soportadas por el accionante.

Como dije párrafos precedentes no fue acreditada tal circunstancia en autos, es decir la mora, y la intimación previa, por pedido del accionante. Recuerdo que la declaración de la cuestión de puro derecho fue peticionada al juez *a quo* por el actor, fs. 52.

En esta oportunidad efectúo remisión a la doctrina que detallo: "En los juicios fundados en las causales de falta de pago o por vencimiento del plazo, solo se admitirá la prueba documental, la de confesión y la pericial. La jurisprudencia elaborada en torno a todas las normas anteriores análogas que estaban incorporadas a las sucesivas leyes de locaciones urbanas, fije en algunos aspectos elástica, al establecer que la limitación probatoria solo era de aplicación en los desalojos por falta de pago cuando el demandado alegaba el pago como medio extintivo de la obligación de abonar los arriendos, no rigiendo si se invocaban otras defensas, tales como la mora del acreedor, la falta de legitimación para obrar o cualesquiera otras conducentes al debido esclarecimiento del pleito.

Esos principios mantienen vigencia, pues es indudable que la limitación probatoria debe circunscribirse solo a la hipótesis de aducir el pago por parte del demandado, pero no cuando alega otras defensas que *prima facie*, aparezcan como serias. Lo mismo sucede en los desalojos por vencimiento de contrato, debiendo aplicarse cuando se alega la subsistencia del contrato por haberse pactado una prórroga verbal o celebrado uno nuevo, pero no cuando deben ventilarse otras defensas. Tampoco rige esta restricción probatoria respecto de la parte actora; cuando, en razón de no establecer el contrato fecha de pago, o por corresponder que este se realice en el domicilio del locatario, aquella debe probar el requerimiento previo necesario para la constitución en mora. En algunas oportunidades,

el demandado plantea la inconstitucionalidad del artículo 685. La jurisprudencia tiene resuelto que dicha norma no importa conculcar el de defensa en juicio que pregona el art. 18 de la CN, sino que consagra una mera limitación de pruebas innecesarias e inidóneas para acreditar la que se contrapone por el demandado a la causal invocada por los actores para obtener su eventual desalojo del bien locado; o bien porque carecen de virtualidad para revertir la situación, si frente al desalojo por vencimiento de contrato, se alega que el mismo está vigente porque ha sido prorrogado verbalmente" (Elena Highton, obra citada, T.13, pág.181).

El accionante voluntariamente en el estrecho marco probatorio del juicio de desalojo, no peticionó la prueba de acreditar que había colocado en mora al inquilino y que no existía ninguna situación de prorroga tacita o en vías de gestión -y/o insuficiencia de pago de canon locativo- por lo que no puedo apartarme del obrar procesal de las partes al momento de imponer las costas.

Por lo expuesto hago lugar parcialmente a los agravios, modificando la sentencia de grado en cuanto a la imposición de las costas al accionante, según considerando respectivo.

Al contestar agravios el accionante peticiona sanciones pecuniarias por inconducta procesal. No he de hacer lugar, por cuanto no aprecio tal inconducta y considero que los planteos obedecieron al impedimento generado por el sentenciante de grado de omitir los presupuestos procesales, y que fueron tratados en esta instancia. Si bien la doctrina ha reconocido que existe en la práctica una reiteración de estos planteos de nulidades procesales por parte de los demandados en estos juicios con el objetivo de ganar tiempo, ello no implica que los jueces no los provean

oportunamente, aunque lo que ocurre habitualmente es el rechazo (ver Santiago Fassi, “Cód. Proc…”, t.4, página 623, editorial Astrea).

Las costas de la alzada las impongo por el orden causado, ateniéndome al éxito obtenido por las partes, la apelación del demandado permitió en esta instancia revisar los errores *in procedendo*, y modificar el decisorio en cuanto a la imposición de las costas (art. 69 segundo párrafo CPr).

Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

1) Rechazar el pedido de nulidad formulado por el municipio demandado.

2) Receptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Modificar parcialmente la sentencia de grado en el punto 5, imponiendo las costas a la parte actora según considerando respectivo.

3) Costas de la alzada por el orden causado.

4) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias (art. 282 CPr) al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Los antecedentes del caso y el contenido de las expresiones de agravios han sido reseñados por quienes me preceden en la votación, por ello a tales constancias me remito con el fin de evitar repeticiones estériles y haciendo uso de la facultad que me confiere el art. 274 del CPr.

La demandada recurrente interpuso recurso de apelación.

Expresó agravios relativos únicamente a la declaración de nulidad que pretende.

Se agravia la recurrente en tanto -a su entender- en virtud de una serie de errores *in procedendo* se hizo lugar a la demanda y se lo condenó en costas de modo extemporáneo por prematuro, en tanto se resolvió sobre el fondo de la cuestión causándole un perjuicio, y avasallando su derecho de defensa derivado de la garantía del debido proceso.

Entendió que la sentencia resulta parcialmente nula, por cuanto el juez se ha apartado del procedimiento del art. 493 infundadamente y acumuló en una sola sentencia la resolución interlocutoria sobre el recurso interpuesto contra la resolución que declara la cuestión de puro derecho, con el pronunciamiento definitivo. Por ello solicitó se declare la nulidad de los puntos dos a siete del fallo en crisis interponiendo recurso de apelación.

Realizaré en primer término algunas consideraciones respecto de la vía elegida para impugnar los vicios denunciados.

Tiene dicho la doctrina que, aun cuando se considere al recurso de nulidad comprendido en el recurso de apelación mantiene ciertas características que llevan a admitir que, al menos como un planteo específico, conserva cierta individualidad. Esto por cuanto no persiguen sendos recursos -nulidad y apelación- la misma finalidad, ni aparejan las mismas consecuencias.

Mientras que el recurso de apelación busca subsanar errores *in iudicando*, es decir de juicio, en una sentencia formalmente válida mediante su revocación; el recurso de nulidad pretende subsanar errores *in procedendo*, es decir en las formas que deben observarse para obtener un acto procesal válido, procurando su anulación o invalidación de la resolución viciada.

Tradicionalmente se sostuvo que el recurso para impugnar la sentencia por vicios de forma se

circunscribía a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, de tiempo o de forma que pudieran afectar a la resolución en si misma, quedando excluidas de su ámbito aquellas irregularidades que afectan a actos procesales que la precedieron, resultando éstos materia propia del incidente de nulidad.

Sin embargo, parte de la doctrina –minoritaria- realizando una interpretación amplia del art. 253 CPN, (255 CPCCh), entiende que el ámbito del recurso de nulidad también puede interponerse por los vicios atribuidos a los actos que precedieron al dictado de la sentencia, siempre que no hubieran sido convalidados con anterioridad, resultando optativo en todo caso la vía recursiva o por la incidental.

Así, para esta tesis que podría denominar amplia, la vía del recurso de nulidad resulta idónea para impugnar la sentencia y el procedimiento anterior viciado, cuando el acto cuyo vicio se denuncia ha llegado a conocimiento del recurrente con posterioridad al dictado de la sentencia susceptible de recurso, y siempre que a ella también la alcance la nulidad. Entre las causales de nulidad por vicios de procedimiento alcanzados por la vía recursiva se han señalado por ejemplo: la omisión de oír a una de la partes, el no haber abierto la causa a prueba habiendo hechos controvertidos, no haber recibido alguna prueba siendo ella procedente.

En la especie, los vicios denunciados por el recurrente fueron conocidos por la parte a través de la Sentencia Interlocutoria N° 29/2018, y sin perjuicio de que el interesado podría haberlos atacado por la vía del incidente de nulidad, optó por la vía recursiva.

En este marco, y en pos de hacer una interpretación favorable de los medios de defensa, conforme a la interpretación amplia del art. 255 CPCCh, consideraré

apta la vía intentada, en tanto se impugna la sentencia por vicios en el procedimiento inmediatamente anteriores a su dictado pero por la actitud del juez de acumular la decisión fueron conocidos en forma sorpresiva al conocer la sentencia.

En este sentido daré tratamiento al recurso incoado para lograr la nulidad de la resolución.

En el memorial, precisando los antecedentes del caso, dijo la recurrente que al contestar demanda, controvirtió el hecho de haber sido intimada en tiempo y forma a la restitución del inmueble, lo que tornaba improcedente toda condena en costas, y afirmó que se ofreció prueba para así corroborarlo. Afirmó que declarada la cuestión de puro derecho fs. 55, interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio fs. 56, y sustanciado, el juez llamó autos a resolver fs. 62.

El juez, al resolver a fs. 63/65 confirmó el auto de declaración de puro derecho, pero llamativamente no concedió la apelación en subsidio, sino que avanzó extemporánea y prematuramente sobre el fondo de la cuestión. Por ello, sostiene que la sentencia resulta parcialmente nula en tanto no reúne los presupuestos necesarios para tomarla como acto jurisdiccionalmente válido; e incurre en arbitrariedad desde que lo decidido viola el principio de congruencia.

Respecto a la pretensión de nulidad parcial de la sentencia, conforme es sabido, debe interpretarse restrictivamente y declararse únicamente cuando el hipotético vicio no pueda remediarse al considerar el recurso de apelación, a través del cual el tribunal de alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción.

Este criterio estricto para admitir la procedencia del recurso de nulidad aparece correcto toda vez que no existiendo un interés que justifique la declaración de

invalidez, no cabe la declaración de nulidad en el solo interés de la ley (Loutayf Ranea Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Tomo II, pág. 441/442).

Es que el interés es un requisito indispensable de toda actuación ante la justicia, a lo que aduno que no cabe duda alguna que también resulta de plena aplicación al recurso de nulidad el principio consagrado en el art. 174 CPCCh, que impone la exigencia a quien alega el vicio de indicar el perjuicio sufrido y el interés que se procura subsanar con la declaración de nulidad, además de mencionar en su caso las defensas que no ha podido oponer, lo que adelanto, no surge del memorial, ni se verifica en las constancias de autos.

De la compulsa del expediente surge que el actor, mediante apoderado, interpuso demanda de desalojo por la causal de vencimiento del plazo del contrato contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia (fs. 24/25), solicitando la imposición de costas a la demandada. Acompañó el contrato de locación suscripto y CD N° 805840803 en original, y acuse de recibo correspondiente. Ofreció informativa al Correo Argentino para que informe si la CD fue recibida en destino y caso negativo el motivo.

A fs. 47/49 la accionada, hoy recurrente, contestó demanda allanándose a la pretensión del actor, solicitó la imposición de costas por su orden, pero se opuso a la prueba ofrecida –informativa al correo- por ser improcedente en el proceso de desalojo.

A fs. 50 se corrió traslado del pedido de imposición de costas por su orden, el cual fue contestado por la parte actora a

fs. 52 manifestando su negativa y solicitando –inexplicablemente a mi entender- que se declare de puro derecho la cuestión.

A fs. 55 el juez de grado declaró la cuestión de puro derecho y contra tal resolución la Municipalidad demandada interpuso reposición con apelación en subsidio (fs. 56). En aquel entonces solo dijo que se agraviaba en tanto el juez erraba al considerar que no existen hechos controvertidos, ya que la parte expresamente había relatado que la actora no había requerido la restitución del inmueble previo a la notificación de la demanda; mientras que la actora había relatado que requirió la restitución mediante una misiva epistolar, disidencia que afectaría el régimen de costas.

Evacuado el traslado por la contraria el juez dictó resolución, hoy cuestionada por ser dictada a raíz de una serie de errores *in procedendo*.

Analizadas estas actuaciones conforme los agravios expuestos por el apelante advierto que, sin dudas, el juez omitió pronunciarse sobre la apelación interpuesta en subsidio.

Pero también es preciso señalar y contrariamente a lo sostenido por la recurrente a fs. 74, que no se privó a su parte de producir prueba alguna sobre hechos conducentes para resolver la cuestión en lo que respecta a costas del proceso.

Tal como surge del libelo de contestación de demanda no ofreció prueba alguna. Y no solo eso, sino que en el apartado VII de la misma pieza procesal (fs. 48 vta.) se opuso a la producción de la única prueba ofrecida por la contraria, en tanto se trata de un medio probatorio no autorizado por el art. 697 según sus dichos.

Atento a ello, si retomamos las premisas necesarias para que proceda el recurso de nulidad, no surge que haya existido defensa alguna que el demandado no hubiese podido articular, en razón de la declaración de puro derecho que atacara.

Queda acreditado así, que si por hipótesis -en una poco ortodoxa técnica-, la apelación en subsidio hubiera sido concedida, su suerte no variaría, pues ninguna argumentación posterior hubiera sido admitida por el propio régimen procesal de la apelación en subsidio de la reposición.

Tal incontrastable extremo, obsta a la procedencia de la nulidad que pretende, máxime teniendo en cuenta que se trata de la nulidad del acto que pone fin a un proceso y el necesario e inútil dispendio que ello acarrearía.

Aún habiendo revocado el juez, o el tribunal de alzada la decisión de declarar la cuestión como de puro derecho, no existía prueba alguna que producir, porque conforme arts. 691 y 490 del CPCCh debía ofrecer toda la prueba de que intentara valerse con la contestación de demanda y no ofreció prueba alguna y reitero, se opuso a la única prueba ofrecida por la contraria tendiente a acreditar la recepción de la CD obrante a fs. 22/23 de autos en original.

De lo expuesto, surge en forma manifiesta que no existe un perjuicio real al quejoso, por la omisión de otorgar la apelación subsidiaria interpuesta. Por ello, la pretensión que expone, en estos términos deviene carente de interés legítimo en la declaración de nulidad, pues lo sería solo en el mero interés de la ley.

Es que el resguardo real, la garantía constitucional de defensa en juicio, no implica que el juez deba abroquelarse en el ritualismo estéril, degenerando el formulismo, pues no rige el principio de que las formas deben ser observadas por si mismas, así como tampoco hay nulidad, por la nulidad misma, sino que, el juez debe encontrar un factor de equilibrio entre el cumplimiento de las formas, y que la exigencia de su observancia, no impida la obtención de una sentencia válida cuando –como

en el caso- no se visibiliza más que la invocación de un derecho vulnerado, pero no se demuestra el perjuicio causado.

"La posible invalidez de los actos procesales debe examinarse, en el caso, en función de la trascendencia que le pretenso vicio presentara respecto a la garantía de defensa en juicio. La nulidad de los actos procesales –atento el principio de instrumentalidad de las formas- requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia" (STJ Tucumán, el Dial BB11639),

De allí que aun cuando pueda tildarse al análisis efectuado, como oficioso, dadas las circunstancias del caso, en que los elementos de juicio surgen de las propias constancias del expediente resulta adecuado a mi modo de ver el rechazo de la nulidad impetrada, orden a acordar a la resolución un sustento que exceda lo meramente formal, entendiendo que la solución dada es coherente con una adecuada exteriorización del buen servicio de justicia, ajena a todo exceso ritual o rigorismo formal, pues admitir la postura asumida por la recurrente no altera el resultado del planteo.

La recurrente persiguió la invalidación parcial de la resolución, y para ello expresó además de los argumentos ya expuestos, que la nulidad tiene su fundamento normativo en el art. 255 en tanto la sentencia resuelve el fondo del conflicto de modo extemporáneo por prematuro, es decir, antes de que el proceso judicial haya entrado en la etapa procesal oportuna para su dictado.

A tenor de las pretensiones deducidas en la demanda, y su contestación, correspondía atenerse a lo normado

por el art. 310 CPCCh, que regula el modo anormal de terminación del proceso –allanamiento-.

La hoy recurrente a fs. 47 se allanó a las pretensiones del accionante, factor que no puede soslayarse en tanto esta circunstancia de manera inevitable debió conducir al dictado inmediato de la sentencia por parte del juez, admitiendo o rechazando el allanamiento efectuado, sin necesidad de abrir la causa a prueba, ni declararla de puro derecho como aconteció en autos en forma prematura.

Es que "producido el allanamiento, el demandado que lo formula renuncia a toda oposición y se somete a lo pretendido por el actor. En este sentido, extingue el estado de controversia" (Mario A. Fornaciari, "Modos Anormales de Terminación del Proceso", Volumen I, Abeledo Perrot, pág. 101), salvo que el allanamiento sea rechazado, y conforme el artículo 310 CPCCCh, careciendo el mismo de efectos, el proceso continúe según su estado.

Por esta razón, además de las expuestas, es que no se verifica perjuicio concreto para la recurrente; es que de haber tramitado el expediente por estos cauces, devenía improcedente la apertura a prueba en tanto el juez *a quo* acogió el allanamiento formulado en la Resolución N° 29/2018.

Tampoco se verifica la pertinencia en el antecedente de la Sala A que cita, pues en tal caso, aun no mediando allanamiento y oposición a la prueba aun cuando se concedió la apelación subsidiaria, se desestimó la apelación contra el auto que declaró la cuestión de puro derecho en un desalojo por vencimiento de contrato.

A todo evento, en lo relativo a la imposición de costas, no existe crítica concreta que demuestre el desacierto de la imposición a la demandada, quien allanada a la pretensión, aun cuando cuestionó la intimación previa y su constitución en mora, se opuso a la única prueba ofrecida en tal sentido y no ofreció otra tendiente a demostrar el extremo. A ello aduno la

notificación cursada al domicilio contractual constituido (cláusula 18° -fs. 10- y carta documento –fs. 22/23).

Vale poner de relieve que nuestro Superior Tribunal de Justicia se enrola en la tesis que sostiene que la carta documento es instrumento público. La carta documento "constituye un instrumento público (art. 979 inc. 2 CC y 289 inc 2 del CCyC) y por ende auténtico y fehaciente. Tanto el contenido como las fechas de emisión y recepción y el lugar o domicilio de despacho y entrega hacen plena fe por la certificación que a su respecto efectúa un ente estatal de carácter público cual es la Empresa Nacional de Correos y Telecomunicaciones..." (carácter público que resulta por la "reasunción" de los servicios que estuvieron privatizados) "... y estas circunstancias solo pueden ser desvirtuadas mediante redargución de falsedad (art. 993 y ss. CC)", SD 50/92, reafirmado en S.D. 54/92 y más recientemente en S.C.A. 4/2008).

De todo lo expuesto, no surge que exista el quebrantamiento a la garantía de no arbitrariedad por vulneración del principio de congruencia alegado por la recurrente como segundo agravio, pues contrariamente a lo que sostiene el juez *a quo* –sin perjuicio de haber acumulado en una resolución la decisión sobre el recurso de reposición y el allanamiento- se expidió a tenor de lo postulado en el libelo de demanda obrante a fs. 24/25 y el allanamiento por parte de la recurrente formulado a fs. 47/49.

Costas y honorarios:

En base a la decisión a la que arribo, las costas de esta instancia las impondré por el orden causado, teniendo en cuenta que ambas partes con sus procederes han contribuido al desajustado trámite dado y la inviabilidad de la nulidad conforme lo expuse.

Los honorarios de esta instancia serán regulados teniendo en cuenta los parámetros orientadores de la ley arancelaria (arts. 2, 5 a 9 y 13).

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de fs. 63/65vta. en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia por su orden.

3) Diferir la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. Las mayorías logradas:

Conforme resulta del contenido de los votos de quienes integran el tribunal de origen, se ha logrado la mayoría necesaria respecto al planteo de nulidad de la sentencia, ya que las Dras. García Blanco y Zanatta concuerdan en dicho punto que versa sobre la cuestión principal aunque no respecto de la condena en costas en primera instancia, único extremo que motiva mi participación como cuarta vocal.

En efecto, la segunda votante rechazó el planteo de nulidad del pronunciamiento de primera instancia pero impuso las costas a la parte actora por considerar que la demandada se allanó oportunamente y no fue probada su morosidad anterior al proceso. El primer votante consideró que la sentencia de primera instancia era nula ordenando la devolución a los fines que detalla. La magistrada que votó en tercer término adhirió al rechazo del planteo de nulidad, pero decidió confirmar la condena en costas a la demandada por no existir crítica concreta que demuestre el desacierto de la imposición. Consideró que cuestionada la intimación y constitución en mora previa al proceso, la demandada se opuso a la única prueba ofrecida en tal sentido y no ofreció otra

tendiente a demostrar el extremo. Tuvo en cuenta que la intimación de la restitución fue cursada al domicilio contractual constituido y el carácter de instrumento público de la misiva cursada a través del Correo Argentino.

2. La imposición de costas:

Sabido es que el allanamiento implica el sometimiento a las pretensiones de la contraparte, ahora bien esta conducta puede darse en un proceso sin que ello implique calificar como vencedor o vencido a los fines de la condena en costas, a quien se allane. La eximición de costas no es una consecuencia directa del allanamiento; insisto, el sometimiento a las pretensiones de la contraparte no decide sobre el carácter de vencido en materia de costas

Con base en estas consideraciones para resolver la imposición de costas en estos supuestos corresponde analizar la conducta de las partes para obtener allí la respuesta y el responsable de las costas procesales.

En el caso, analizadas las constancias de autos y la conducta procesal de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, resulta que no se han configurados todos y cada uno de los presupuestos que habilitan la eximición de costas por allanamiento, menos aún la imposición a la actora. En efecto, de la causa surge que la demandada dio motivo a la reclamación judicial y que se encontraba en mora antes de la promoción del juicio.

Es indudable, la existencia de mora en el cumplimiento de la obligación de restitución del inmueble; del contrato de locación resulta que el vencimiento del plazo operó el día 30 de noviembre de 2016, conforme consta en anexo- acta de modificación – fs. 5-. Las partes expresamente establecieron en la cláusula décimo séptima que la mora operaría en forma automática. Por lo demás, la intimación para la

restitución del inmueble fue cursada el 27 de abril de 2017, según carta documento agregada a fs. 13, en el domicilio contractual constituido y declarado como tal por la demandada. Luego, recién el 24 de agosto de 2017 se inició el juicio de desalojo.

Por lo demás es imposible soslayar la conducta remisa de la demandada en el proceso. Así, en orden a la demora en la restitución del inmueble aludió a tratativas e imputó el retardo a los trámites que debe seguir por su naturaleza de organismo público, incluso, al momento de la oposición a la documental mencionada, negó la existencia del domicilio por ella misma constituido en el contrato de locación. Y, fundamentalmente, al tiempo de la contestación del demandado de los agravios de la actora, aún no había sido restituido el inmueble en cuestión, extremo que demuestra una conducta remisa por parte de la demandada que se allana, pero no cumple con la obligación de entrega del bien locado.

Tempranamente, la doctrina ya enseñaba que el allanamiento "es efectivo cuando se realiza el pago simultáneo o cumplimiento de la obligación en la primera oportunidad jurídicamente posible" (Reimundín, Ricardo, "La condena en costas en el proceso civil", 2° edición, Zavalía, Bs. As. 1966, p. 121).

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Por las razones expuestas, considero que las costas de primera instancia deben ser impuestas a la demandada, Municipalidad de Comodoro Rivadavia; consecuentemente adhiero a la solución propuesta por la tercera votante.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencia señaladas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de fs. 63/65vta. en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia por su orden.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. I. A. V. en el veinticinco por ciento (25%) y a los Dres. D. O. H. y C. A. R., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA
Secretario de Cámara