Puerto Madryn, de abril de 2023

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados **"C. y M. Q. S.A.I.C.A. c/ Municipalidad de Puerto Madryn s/ Contencioso Administrativo" (Expte. N° 43 – Año 2015),** a los fines de revisar el trámite seguido para la integración del Dr. Guillermo WALTER**.**

I.- Que, conforme manifestó el Dr. Walter en su abocamiento al Tribunal, corresponde resolver la regularidad del trámite seguido en autos hasta su integración. Para ello debe hacerse un recuento de las actuaciones relevantes:

A fs. 12/31 se agrega la demanda contenciosa administrativa promovida por el Ab. S. L. F. en el carácter de gestor de C. y M. Q. S.A.I.C.A. y G. (en adelante C.) y con el patrocinio letrado del Ab. V. F., en los términos del art. 84 del Código Tributario de Puerto Madryn contra la Resolución 17/15 que determinó una supuesta deuda de $ 6.787.699,60 por los períodos fiscales 2009 a 2013.

Con fecha 21/05/2020 la Dra. de Villafañe y el Dr. Fiordelisi dictaron sentencia definitiva (Sentencia SDCA N° 03/2020) haciendo lugar a la misma decretando la nulidad de las resoluciones y disposiciones atacadas.

Así las cosas, la demandada interpuso recurso de apelación contra dicho resolutorio. Concedido el mismo, se elevaron las actuaciones al Superior Tribunal de Justicia quien, por medio de la sentencia definitiva 04/2021 C.A. admitió el recurso incoado ordenando expresamente reenviar la "…causa a la Excma. Cámara de Apelaciones de esa ciudad para que, por intermedio de los respectivos subrogantes legales, dicte sentencia según corresponda…".

Corresponde detenerse un instante en el relato de los presentes considerando para destacar que el voto del Dr. Vivas quien puntualmente

fundamenta el reenvío indicado en cuanto a que "… *habiendo circunscripto los Sentenciantes* (Dra. de Villafañe y Dr. Fiordelisi) *su pronunciamiento a la nulidad de los actos administrativos con fundamento en la delegación de competencias, hubo cuestiones esenciales que formaban parte de las pretensiones contenidas en la demanda y que merecieron contestación de la demandada, que fueron abordadas por ambos votantes pero que arribaron al pronunciamiento final sin ser resueltas. Razón por la cual, su solución se encuentra pendiente. Siendo ello así, habré de coincidir con la necesidad de devolver estos actuados a la instancia anterior para que, por medio de subrogantes legales, proporcionen finiquito a esas*…"**.**

Recibidos los presentes autos -en cumplimiento por lo ordenado por el Superior Tribunal- se abocaron los Dres. Raúl A. VERGARA y Aldo Luis DE CUNTO, a los fines de dictar un nuevo decisorio junto al Dr. Julián Emil JALIL.

Con fecha 09 de septiembre de 2021, los Dres. De Cunto y Jalil dictaron por mayoría un nuevo decisorio (Sentencia N° 01/2021 SDCA) por el que rechazan la demanda.

Apelada la misma por la parte actora, el Superior Tribunal de Justicia dicta una nueva sentencia definitiva haciendo lugar al planteo recursivo (Sentencia 13/2022 C.A. del 18/08/22).

Ahora bien, a diferencia de lo resuelto en la sentencia definitiva previamente dictada en autos por el Alto Tribunal Provincial, aquí se ordena nuevamente el reenvío pero para que el dictado del nuevo decisorio lo sea por el mismo Tribunal para que traten los temas no resueltos (es así que el Dr. Napolitani indica -en consonancia con el fundamento dado por el Dr. Vivas- que "… *es pertinente ordenar una vez más la remisión de estos obrados para que los señores Camaristas aborden y se pronuncien sobre los aspectos esenciales que fueron controvertidos por las partes y no han sido resueltos*…")

Recepcionado nuevamente la causa por este Cuerpo y, atento a que durante el transcurso del trámite de la presente causa el Dr. V. se acogió al beneficio jubilatorio, se procedió a abocar al conocimiento de la causa el Dr. Guillermo D. Hansen.

Ante el citado abocamiento la parte actora -fuera del plazo de ley- recusó sin causa al Dr. Guillermo D. Hansen.

No obstante la extemporaneidad de la presentación, el Dr. Hansen consideró que correspondía excusarse en los siguientes términos:

"*…Vista la presentación realizada mediante escrito ID 838236 mediante la cual se me recusa sin causa (art. 14 CPCC) y, no obstante que de las constancias de autos surge que al momento de dicha presentación ya se encontraba vencido el plazo para realizar la misma, considero que ante la expresa manifestación de voluntad de la parte me encuentro -ante la situación planteada- en la obligación de excusarme por razones de decoro y delicadeza (art. 30 CPCC). La circunstancia que la parte haya hecho pública su voluntad de recusarme ha puesto en duda mi capacidad para juzgar imparcialmente lo aquí traído a resolver. Por ende, aun cuando ello pueda resultar discutido, el proceder de la parte me limita subjetivamente, temiendo que lo expresado públicamente en estos actuados inadvertidamente afecte mi imparcialidad. Téngase presente que la excusación tiene por finalidad asegurar una recta administración de justicia y una conducta imparcial e independiente a los magistrados, quienes estamos obligados a actuar objetivamente y con neutralidad y hacer insospechables las decisiones. Es que la institución de la recusación como la de la excusación se vinculan esencialmente con la aptitud o capacidad personal del Juez para intervenir en un caso concreto, como una arista específica de su competencia y no de la jurisdicción. En el caso, por las razones expuestas se me impone ello como un deber…*".

Puestos los autos a resolver, se procedió a aceptar la excusación del Dr. Hansen mediante sentencia interlocutoria N° 63/22 SICA. Se debe destacar que dicho decisorio fue suscripto por los Dres. Jalil y Fiordelisi.

Posteriormente, se procedió a integrar el Tribunal con el Dr. Guillermo WALTER quien se abocó en los siguientes términos "… *Atento la intervención dada, AVÓCOME al conocimiento de los presentes autos. Notifíquese personal o digitalmente. Sin perjuicio de ello, solicito a Presidencia el llamamiento de los autos a resolver a los fines de poner a consideración del Tribunal el trámite seguido para mi integración*…".

Así las cosas, se encuentran los presentes autos a resolver.

II.- Siendo así las cosas, se observa de la reseña formulada que el tramite seguido hasta la integración del Dr. Walter ha sido irregular, toda vez que se lo convoca por la excusación aceptada al Dr. Hansen, suscripta por un Magistrado (el Dr. Fiordelisi) que no integraba el Tribunal por haber sido a apartado en virtud de la sentencia definitiva N° 04/SCA/2021 (fs. 410/447), y sin dar intervención ni participación al restante Magistrado que si integraba el Cuerpo, es decir, el Dr. De Cunto.

--- De modo que el pronunciamiento realizado por la SICA N° 63/2022 (fs. 549/550) y que derivó en la integración del Dr. Walter fue dictada por un Tribunal irregular, por lo que la mayoría que allí se señala no es tal, en tanto participó de la misma solo uno de los Jueces intervinientes en el expediente (Dr. Jalil), sin dársele intervención al restante que integraba el Tribunal en ese entonces (Dr. De Cunto), y con la actuación de otro Magistrado que había sido apartado de la causa (Dr. Fiordelisi).

--- En efecto, el Dr. Fiordelisi se encontraba impedido de suscribir dicha sentencia por no integrar el Tribunal en estas actuaciones, atento a que fue apartado por la sentencia definitiva N° 04/SCA/2021 del Superior Tribunal

de la Provincia (fs. 410/447), designándose en su reemplazo los subrogantes legales correspondientes.

No puede dejar de recordarse que, como ha dicho Superior Tribunal, la integración de subrogantes a un cuerpo colegiado no puede surgir sino de una saga o encadenamiento regular de actos procesales, mediante los cuales la separación de la causa de los vocales titulares sea indiscutible y formalmente ocurra de la manera correcta y en tiempo hábil, para luego integrar el Cuerpo con sus subrogantes legales (conf. STJCh, SI N° 17/SRO/2014).

--- Por eso la intervención del Tribunal o Jueces subrogantes implica desprenderse para el original del conocimiento del expediente, dejando de ser el/la juez/a del proceso, por lo cual es nula toda intervención ulterior. Al respecto se ha dicho que la aptitud jurisdiccional no renace por el cese sobreviniente de la causal de excusación planteada; siendo improcedente la reasunción de la jurisdicción, ni aún para cuestiones incidentales. Incluso, es improcedente admitir la reasunción de la jurisdicción pues dicha decisión no puede verse afectada ni modificada por el hecho de haber desaparecido las causas que le dieron origen. Ello, en tanto una solución contraria, además de afectar el principio del juez natural (art. 18 Constitución Nacional), atentaría el buen orden de las causas judiciales. Los jueces no pueden disponer discrecionalmente del orden de subrogancias, si bien actualmente fijadas por acordadas de nuestro Superior Tribunal, lo es en el marco de reglamentación de la Ley V Nro. 3 que establece un orden de subrogancias (ver art. 39), en aras de preservar los principios antes señalados. El orden de subrogancias establecidos por el legislador y reglamentado por el Superior Tribunal de Justicia, no es un "capricho", ha sido instituido para salvaguardar la garantía constitucional del Juez Natural (conf. CAT, Sala B,

SIC N° 112/2016, con cita a Marcelo J López Mesa, Código..., T° I, pág. 149, La Ley 2012).

--- No es una cuestión menor tampoco la debida integración del Tribunal que ha de dictar la sentencia definitiva en autos, en tanto ello se trata de un presupuesto procesal que no puede ser obviado. Estos presupuestos son los necesarios que deben concurrir en cada proceso -a través de su concurrencia en cada acto procesal- para que éste pueda terminar con una resolución que ponga fin al litigio de fondo; esto es, sin que, por alguna falta o defecto que se produzca o aparezca en el proceso en el procedimiento, como es natural, como "forma" que es del proceso- el/la juez/a deba detenerse a subsanarla y mientras ello no ocurra, no pueda entrar a examinar y resolver sobre el litigio de fondo. Los "presupuestos procesales", se refieren a la "admisibilidad" del proceso, fijándose, naturalmente, en la expresión de la misma a través de sus actos. En general, se considera que son presupuestos procesales, con respecto al juez o tribunal, que lo sea que tenga jurisdicción, que tenga competencia; y con respecto a las mismas actuaciones procesales que se produzcan según "la forma" que prevén las leyes" (conf. CAT, Sala A, SDL N° 23/2012, con cita a FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Teoría general del derecho procesal", Edic. de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1992, p. 339).

--- De modo que la constitución legítima del Juez y el Tribunal que integra atañe a su jurisdicción y es un presupuesto procesal, por lo que el incumplimiento de sus reglas supone la violación de uno de los elementos esenciales del procedimiento y por ende la tramitación es susceptible de extirpación; supuesto de nulidad que es absoluta e insanable, y que puede ser decretada de oficio por el propio Tribunal. Este vicio importa un acto irregular por inobservancia de preceptos de carácter imperativo, no solo por estar referidos a la competencia de los tribunales y afectar por ello el orden

público, sino porque su falta de cumplimiento desnaturaliza el sistema procesal establecido (conf. CAT, Sala A, SIC N° 02/2018).

--- En este marco, es preciso recordar también que el Superior Tribunal de la Provincia ha señalado que es doctrina consolidada la procedencia de la nulidad oficiosa no sólo en hipótesis de violación de las formalidades sustanciales de los pronunciamientos definitivos, o falta de adecuada fundamentación, sino aun de defectuosa integración del tribunal a quo y, en general, cuando ha mediado infracción de preceptos de carácter imperativo, referidos al ejercicio de la jurisdicción, o que desnaturalizan el sistema de enjuiciamiento establecido (conf. STJCh, SD N° 03/SER/2013; SD N° 15/SER/2012).

--- Consecuentemente, tampoco se puede entender que la SICA N° 63/2022 (fs. 549/550) ha quedado firme por no ser recurrida por las partes, ya que —amén de lo ya dicho— no se admite recurso alguno a las partes sobre aquella decisión, más allá del cuestionamiento que solo puede formular el juez subrogante en el incidente correspondiente (conf. art. 31 del CPCC; CAT, Sala B, SIE N° 76/2013 y SIE N° 10/2013).

--- Es así que, viéndose posiblemente afectada la garantía constitucional del juez natural (art. 18 CN) y, a los fines de evitar cualquier planteo futuro nulidificante, corresponde por una cuestión de economía procesal declarar de oficio la nulidad de la sentencia Interlocutoria N° 63/22 SICA de fecha 08 de noviembre de 2022 por medio de la cual se admitió la excusación del Sr. Juez de Cámara Dr. Guillermo D. Hansen.

--- Ello en tanto, como ha señalado el Superior Tribunal Provincia, corresponde esa sanción cuando son advertidos —como en el caso— vicios de entidad suficiente que merezcan esa sanción y, por supuesto, siempre que se tratare de nulidades de carácter absoluto que son las únicas que pueden declararse en cualquier estado y grado del proceso. Así, la nulidad de oficio

de una sentencia se impone en la medida en que se constate la trasgresión de formas indisponibles, instituidas en función del interés público general, que por lo tanto no pueden ser relegadas por el juzgador o las partes; una de ellas es precisamente la que instituye nuestro ordenamiento constitucional local para el dictado de las sentencias definitivas. Aquí las formas se alzan a la condición de instrumentos establecidos por la ley para tornar operativa la garantía constitucional de la defensa en juicio y la garantía del Juez natural, por lo que su omisión o trasgresión es severamente sancionada (conf. STJCh, SD N° 66/1987; SD N° 18/1991; SD N° 12/SP/2000; SD N° 04/SER/2009).

Disidencia del Dr. Julián E. JALIL

Del relato de los antecedentes previamente expuestos surge que el Superior Tribunal de Justicia no apartó al Sr. Juez de Cámara Heraldo FIORDELISI de la causa sino que, por el contrario, limitó su actuación en cuanto al dictado de una nueva sentencia definitiva. Esto quiere decir que toda providencia o resolución que no revista tal carácter puede ser suscripta por el referido Magistrado. Dentro de dicho marco se puede encuadrar la sentencia interlocutoria Nº 63/22 SICA por la que se acepta la excusación del Dr. Guillermo D. HANSEN.

Este solo argumento es suficiente para definir la validez del acto, sin embargo, agrego que para la doctrina procesalista argentina todas las nulidades son relativas y subsanables (PALACIO, Lino E., “Manual de derecho procesal civil, Parte General”, v. I, p. 341, nº 115; ALSINA, H., “Tratado Teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, 2da. ed., v. I, p. 644; Berizonce, Roberto O., "La nulidad en el proceso" Ed. Platense, La Plata, p. 36; entre otros). La nulidad se declara cuando por un vicio en alguno de sus elementos se priva al acto procesal de sus efectos normales. El acto nace, pero deviene ineficaz, por lo que puede sanearse. En cambio, la

inexistencia ocurre cuando al acto le falta un elemento constitutivo, como la sentencia suscripta por un tribunal al que le falta un miembro. No es un acto, no ha nacido, por lo que no puede ser confirmado ni convalidado. No hace a la validez del acto sino a su vigencia.

La inexistencia es el único supuesto que permite la declaración de oficio luego de vencido el plazo procesal previsto para atacar el acto, puede ser objeto de impugnación sin límite temporal alguno, incluso mediante el ejercicio de una simple acción declarativa de la inexistencia.

--- En esa dirección se ha dicho que la doctrina de las nulidades procesales como la de los actos procesales, no debe ser construida sobre la teoría civilista del negocio jurídico y sus requisitos, sino que debe partirse del derecho procesal positivo (que no se ocupa del concepto de acto procesal, ni de sus requisitos, ni de sus vicios). Lo contrario importa tanto como elaborar una doctrina carente de sustentación positiva, alejada de la realidad… Es necesario estructurar una doctrina de la nulidad procesal partiendo de las disposiciones de las leyes de procedimiento. Para ello, se debe empezar por averiguar cuáles son los actos procesales nulos y cuáles no lo son, dentro de cada ordenamiento positivo. En nuestro derecho, eliminada la nulidad absoluta , cabe distinguir entre actos irregulares, nulos e inexistentes (BERIZONCE, Roberto, "La nulidad en el proceso" Ed. Platense, La Plata, p. 37).

--- En ese sentido, la jurisprudencia referenciada por mis colegas preopinantes se refiere a la casación de sentencias definitivas por la defectuosa integración del tribunal (CAT, Sala A, SIC N° 02/2018) o cuando ha mediado infracción de preceptos de carácter imperativo, referidos al ejercicio de la jurisdicción (conf. STJCh, SD N° 03/SER/2013; SD N° 15/SER/2012), no a providencias interlocutorias como la presente. El acto procesal que aquí se pretende anular no es la sentencia dictada por un

tribunal irregularmente constituido, -la cual daría lugar a la casación- , sino que es un acto *previo* a la decisión.

Por último, los presupuestos de la nulidad procesal se enuncian a través de cinco principios o postulados, que constituyen otras tantas condiciones de admisibilidad. Si alguno de ellos no se está presente, la nulidad no procede. Son los principios de especificidad, convalidación, trascendencia, protección y conservación. (BERIZONCE, Roberto, "La nulidad en el proceso", Ed. Platense, La Plata, p. 38)

Así, la nulidad de los actos procesales es viable:

a) cuando la ley expresamente ha establecido esa sanción -principio de especificidad- (art. 169, párr. 1º, CPCC), que lo es sin perjuicio de las nulidades implícitas mentadas por el párr. 2º de la misma norma;

b) cuando el acto carece de los requisitos indispensables para obtener su finalidad, ya que si no obstante su irregularidad ha logrado la finalidad a la que estaba destinado, por el principio de conservación (art. 169, párr. 3º, CPCC), la nulidad no será viable, de allí que la nulidad sea de interpretación restringida;

c) cuando no haya sido consentido expresa o tácitamente -principio de convalidación o subsanación- (art. 170, CPCC);

d) debiendo pedirla quien no la haya provocado -principio de protección- (art. 171, CPCC, aplicación del *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*); y

e) quien promoviere un incidente de nulidad debe expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración de nulidad y mencionar, en su caso, las defensa que no ha podido oponer. Se refiere entonces a dos extremos: a) expresar el perjuicio sufrido del que derive el interés en la nulidad y b) mencionar, "en su caso", las

"defensas" que no se han podido oponer -en los supuestos en los que se puedan oponer defensas o planteos-, lo cual responde al principio de trascendencia (art. 172, párr. 2º, CPCC).

En el presente caso no se dan cuatro de los requisitos señalados. En primer lugar, el acto procesal se ha *convalidado*, por no haber sido impetrada la nulidad procesal en tiempo oportuno (*principio de convalidación*). La sentencia Nª 63/22 SICA fue debidamente notificada a las partes quienes no la han atacado por medio de recurso alguno. Es decir, la misma se encuentra *firme* y *consentida*.

Tampoco se cumple con el presupuesto de *especificidad*, ya que la ley 10.707 no prevé la sanción de nulidad para el incumplimiento ni alude a los jueces, solo se refiere a los funcionarios (art. 169 primer párrafo CPCC).

Además, el acto no perjudica a las partes (*principio de trascendencia*), ya que el acto logra la *finalidad* buscada por las partes y el tribunal (principio de conservación) que era apartar al Sr. Juez HANSEN de la causa y ordenar su integración con otro miembro.

No puede analizarse la cuestión planteada por mis distinguidos colegas preopinantes en este aspecto sin tomar en cuenta que la excusación del Sr. Magistrado Guillermo D. HANSEN en la presente causa tiene su origen en una expresa manifestación de la parte actora de recusarlo sin causa. El hecho que fuera extemporánea la presentación de la parte no obsta a que el Magistrado, –dentro de las facultades que el ordenamiento procesal le confiere-, se aparte a fin de garantizar la imparcialidad del tribunal.

En ese sentido, se ha dicho que "siendo el interés el fundamento de la protección jurídica, no hay razón para excluirlo en este caso, y de allí la regla según la cual no procede la declaración de una nulidad sino cuando se demuestra la existencia de un perjuicio para la defensa" (ALSINA, "Tratado

de derecho procesal", t. 1, 1941, Cía. Argentina de Editores, n. 15, p. 725). Como también "No hay nulidad en el sólo beneficio de la ley, desde que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismo, 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" (MORELLO, SOSA y BERIZONCE, "Código Procesal Comentado", t. 2, vol. C, 1986, Ed. Platense y Abeledo Perrot, p. 317).

Cabe agregar, que en materia de nulidades rige el principio de "*instrumentalidad de las formas*", según el cual no cualquier incumplimiento trae la nulidad del acto, sino que debe juzgarse en cada caso puntual su validez a la luz de la finalidad que estaba destinado a cumplir (PALACIO, Lino E., "Derecho procesal civil" - 4ª. ed. - LL - Bs. As. - 2017 - T. III - pág. 2446). De allí que si determinado acto, pese a no reunir los recaudos formales que la ley adjetiva le impone, logró el fin perseguido, no cabe decretar su nulidad, en tanto *esta no existe por la nulidad misma*, sino media un *interés* concreto que justifique tal sanción.

Nulificar una sentencia sin los recaudos señalados precedentemente implicaría decretar una nulidad por la nulidad misma y atentar contra el principio de economía procesal, al constituirse como una medida dilatoria del proceso.

Así lo ha entendido la CSJN al señalar que para que prospere la declaración de nulidades procesales, se requiere la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (doctrina de Fallos: 295:961; 298:312; 306:149; 310:1880; 311:1413; 330:4549). No procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración

de una nulidad por la nulidad misma (CSJN, Fallos: 303:554; 322:507; 324:1564).

Asimismo, ha precisado el cimero Tribunal que en materia de nulidades debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (CSJN, Fallos: 323:929; 325:1404; 331:994).

En suma, la garantía del juez natural en modo alguno se encuentra afectada por la resolución se pretende anular de oficio, cuando mantener el acto logra la finalidad perseguida por las partes la cual es obtener el apartamiento del Magistrado HANSEN e integrar el Tribunal.

Es por ello que, con absoluto respeto me permito disentir con lo decidido por mis distinguidos colegas de Cámara, los Sres. Jueces DE CUNTO y WALTER en cuanto deciden declarar la nulidad absoluta de oficio de la sentencia en análisis.

En razón de lo expuesto, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn por mayoría de los Sres. Jueces subrogantes Dres. De Cunto y Walter, y con la disidencia del Dr. Jalil.

RESUELVE:

1) **DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD ABSOLUTA** de la Sentencia Interlocutoria N° 63/22 SICA de fecha 08 de noviembre de 2022 por medio de la cual se admitió la excusación del Sr. Juez de Cámara Dr. Guillermo D. Hansen.

2) **REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y, FIRME** la presente vuelvan los autos a resolver la excusación del Dr. Guillermo D. Hansen.

REGISTRADA BAJO EL N° /23 SICA.