Comodoro Rivadavia, trece de agosto de 2008.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"V., A. E. en autos: "L., C. L. y otro c/ V. H. E. y otros s/ SUMARIO", Expte. 1285/05 s/ Incidente de Nulidad" Expte. N° 16.907/2008,** venidos del Juzgado Civil y Comercial Nro. 1, Sec. Nro. 1, (Expte. Nro. 427/2007), por haber interpuesto la actora a fs. 67, recurso de apelación contra la resolución de fs. 62/63 en cuanto rechaza el incidente de nulidad interpuesto por extemporáneo e improcedente.

I.- Se agravia la recurrente a fs. 69/79. Indica como primer agravio una grave violación al principio de debido proceso e inviolabilidad de defensa en juicio. Aduce que el demandado falleció en forma previa a la deducción de la demanda con lo cual, jamás integró la litis. De allí concluye que la demanda es un acto inexistente o de nulidad absoluta por carecer, la acción intentada contra H. V., del elemento esencial de la capacidad jurídica para ser parte en el proceso. Indica que la citación a comparecer de los sucesores resulta improcedente, pues carece de causa, que resultando carga y facultad de la actora la correcta individualización del demandado, la misma ha obrado de manera negligente, según las constancias de la causa, pues omitió realizar las gestiones necesarias tendientes a constatar el fallecimiento denunciado y dirigir la demanda contra los herederos declarados ante el juez competente. Critica la citación edictal por falta de causa fuente y presupuestos de procedencia. Postula asimismo que la sentencia recurrida ha sido dictada por un juzgado incompetente, en razón de la derogación de la competencia que provoca el litis

consorcio necesario de los sucesores, la acción debió interponerse ante los Juzgados de Ejecución. Subsidiariamente señala que por el principio de preclusión el a quo debió realizar la valoración sobre admisibilidad y temporaneidad de la presentación, resultando contradictorio haber dado trámite al mismo y luego rechazarlo por extemporáneo.

Precisa la violación al principio de no contradicción, como segundo agravio. Entiende que es contradictorio reconocer que el demandado falleció en forma previa a la interposición de la demanda y rechazar el incidente por extemporáneo e improcedente omitiendo expedirse sobre la capacidad del Sr. V. de la cual deriva una serie de actos viciados de nulidad. Critica la actitud del juez que omitió verificar la existencia de los presupuestos procesales necesarios para dictar una sentencia válida y admitió un acto viciado por error pese haber sido advertido por la codemandada V. V. .

En tercer lugar centra su queja en lo que a su entender configura violación a la sana crítica racional por haber prescindido el juez de prueba esencia y conducente para la correcta solución del presente como lo es considerar la inexistencia del demandado como persona susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Por último se agravia de la imposición de costas, sostiene que no se tuvo en cuenta el devenir prejudicial y judicial que derivó en la deducción de la acción y su sustanciación, resultando la actora, con su interposición deficiente de la acción, la que obligó a la recurrente a instar el presente trámite advirtiendo al tribunal las irregularidades ocurridas.

II.- En forma previa al análisis de la cuestión sometida a decisión, conviene hacer referencia lo hechos relevantes del presente incidente y de la causa principal, para la resolución del recurso traído.

El 11 de noviembre de 2005, los Sres. C. L. L. y N. A. dedujeron demanda contra H. E. V., V. E. V. y R. G. T. D. S. S.A., (Expte. Nro. 1285/05) a fin de obtener la terminación en forma adecuada de la vivienda adquirida o el pago de la misma con más los daños ocasionados por no haber podido utilizarla en el tiempo acordado.

El 14 de diciembre fue notificada del traslado de la demanda la Sra. V. E. V. (fs. 100) quien al contestar demanda, opone excepción de falta de legitimación pasiva e informa que el codemandado Sr. V., su padre, habría fallecido el 3 de diciembre de 2005 (ver fs. 106).

Con relación al citado codemandado, en oportunidad de diligenciar la cédula de traslado, el 12 de diciembre el oficial notificador informa que habiendo sido atendido por la Sra. A. E. V. le manifestó que el demandado, su padre, Sr. H. E. V. había fallecido hacía aproximadamente dos meses (fs. 101 vta.).

R. G. T. D. S.S.A. se presenta a través de apoderado (fs. 124/7 del expte. principal) el 7 de marzo de 2006, opone excepción y subsidiariamente contesta demanda.

Previo a resolver las excepciones opuestas, el a quo mandó cumplir con el traslado de la demandada al codemandado V. (fs. 139) diligenciándose la cédula bajo responsabilidad de parte actora pese haber sido informado el oficial notificador del

fallecimiento del destinatario de la misma (ver fs. 143 vta.). Se difiere el tratamiento de las excepciones opuestas (fs. 145).

Abierta a prueba la causa, el apoderado de la codemandada R. G. ... advierte al juez interviniente sobre el fallecimiento del codemandado y solicita la suspensión del procedimiento en los términos del art. 53 inc. 5 CPr. (fs. 215).

A fin de evitar futuras nulidades y en uso de las facultades conferidas por el 34 inc. 5 ap. b) del CPr, dispuso el a quo la suspensión del proceso hasta tanto las partes acrediten el fallecimiento, habida cuenta que ni la actora, ni quienes manifestaron ser hijas del fallecido lo habrían efectuado (fs. 216).

Acreditado el fallecimiento (fs. 222) y el vínculo con la codemandada (fs.348) se citó a los restantes herederos por edictos (fs. 350 y publicaciones de fs. 354/359) designándose ante su incomparecencia, defensora oficial que los represente (fs. 362) quien se presentó a tomar participación el 18 de octubre de 2007 (fs. 363).

Frente a ello, el 5 de octubre, A. E. V., por su propio derecho en su carácter de hija del codemandado fallecido (fs. 45/46), promueve el presente incidente de nulidad contra la citación que se le efectuara y de todo lo actuado en relación a H. E. V. y V. E. V. en su carácter de heredera. Subsidiariamente contesta demanda y ofrece prueba.

III.- Previo a ingresar al tratamiento de los agravios cabe advertir que la cuestión en tratamiento, guarda estrecha similitud con lo resuelto en el Expte. Nro. 16.906/2008, no obstante, el criterio del máximo Tribunal Provincial nos impide remitirnos a

lo allí dispuesto, razón por la que se procede al análisis de las cuestiones con idénticos fundamentos.

Sentado lo anterior, se advierte de los términos de la promoción del presente incidente, se advierte que el argumento central de la nulidicente, gira en torno a que careciendo H. V. de capacidad para ser parte e intervenir en los autos principales por haber fallecido en forma previa a la interposición de la demanda, no existen cargas procesales que cumplir para él, tampoco para la incidentista que el juzgado le pueda imponer, pues su participación estaba supeditada a que el causante hubiera sido parte procesal.

Cierto es que tal argumento no ha sido tratado por el a quo, y que el rechazo de la incidencia por ser extemporánea, puede ocasionar en el recurrente, un agravio que aconseje el tratamiento del mismo y solo a ese objeto.

A tal fin, cabe señalar que como primera conclusión respecto a la relación procesal trabada con un persona muerta, la regla es que la misma no se trabó válidamente, aún cuando al momento de la notificación la actora desconociera que el demandado había muerto, pues una persona que no existe no puede ser demandada, desde que la capacidad para ser parte constituye un presupuesto procesal del que depende la válida constitución de la relación jurídico procesal (Conf. Cam. 7CC Cordoba, 20/4/98 “O. c/ H., Semanario Jurídico de Cordoba, t. 80 1999-A-558) cit. por Aída Kemelmajer de Carlucci en “O. M., J. en J. Z., A. C. C/ O. M., J. y Ots. P/D y Perj. S/ inc. Cas.”, 13/5/2002 SC de Mendoza).

Tal es la regla y dentro de una postura extrema, ante la circunstancia de promover, sustanciar

y obtener sentencia en un proceso seguido contra una persona fallecida en forma previa a la interposición de la demanda. Extremo que, como se verá no es el caso de autos. En primer término no es posible soslayar que la acción fue iniciada el 11 de noviembre de 2005 y el fallecimiento ocurrió el 3 de noviembre de 2005 y en la ciudad de Buenos Aires.

No obstante ello, y que la carencia de una relación procesal válida da derecho al afectado a solicitar la nulidad procesal, la invalidez deber ser canalizada por la vía y en el tiempo correspondientes.

Asimismo, los principios procesales que hacen a la lealtad y la buena fe en el trámite de las causas, por cuya vigencia y correcto cumplimiento han de velar los magistrados, exigen ponderar la actitud de las partes en función de tales particularidades, sin caer en fundamentos aparentes que desvirtúen la finalidad del proceso jurisdiccional que atiende a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, no debiendo convertirse el proceso en una ficción, convalidando una actuación que afecta gravemente el derecho de defensa, o, en sentido contrario, nulificando una actuación sin que exista indefensión alguna (conf. CNCiv., sala A 11/2/03 DJ 2003-2-238).

A fin de comenzar el análisis, cabe señalar que con relación al segundo recaudo mencionado, es decir en lo que hace al tiempo de interposición de la nulidad, se comparte la conclusión del a quo en torno a la extemporaneidad del mismo y sin que resulten atendibles las argumentaciones efectuadas por la recurrente a fs. 74/75.

Asimismo, resulta improcedente el incidente articulado si se analiza desde el punto de

vista del primer recaudo señalado, el de la vía correspondiente obstante.

En tal sentido, reiteradamente ha sostenido esta Alzada que las nulidades procesales deben interpretarse restrictivamente, reservándoselas como última ratio frente a la existencia de una efectiva indefensión.

Que, quien alega la nulidad procesal debe mencionar expresamente las defensas que se ha visto privado de oponer, o que no ha podido ejercitar con la amplitud debida, pues toda sanción nulificatoria debe tener un fin práctico y no meramente teórico. No basta una invocación genérica, sino que el interesado debe indicar cuál es el agravio que le causa el acto irregularmente cumplido; es decir, debe acreditar la existencia de un perjuicio cierto e irreparable, debiendo asimismo el impugnante individualizar y probar cual es el interés jurídico que se pretende satisfacer con la invalidez que propugna.

En autos, existen circunstancias relevantes que tornan improcedente, la nulidad peticionada.

En efecto, frente a la acreditación del fallecimiento del demandado, el juez, en uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, citó a los herederos a fin de integrar debidamente la litis, nótese que en modo alguno fueron declarados rebeldes sino que se los cito a comparecer a juicio y estar a derecho.

Ello en un todo de acuerdo con lo prescripto en materia sucesoria, en cuanto el heredero que ha entrado en la posesión de la herencia continua la persona del difunto, es propietario, acreedor o

deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor (arts. 342, 3344, 3410, 3415,3417, 3418, 3420, notas a los arts. 3282, 3313, 3341 del C.C.).

Por ello, si se demanda a una persona fallecida, la acción debe entenderse dirigida contra sus sucesores universales (CS 22/4/82 LL 1982-D-461 y Cam. Civ.Com. Bahia Blanca, Sala I 5/12/91 LL 1992-D-80; CNCiv., Sala I, "E. c. H. D. L. M." LL 1993-B-315; CNCiv, Sala C, LL 1986-C-115; íd, íd, LL 1997-E-800).

En tal tesitura, y en ejercicio de la conducción del proceso, a los fines de integrar válidamente la litis, fue correcto el accionar del a quo, sin entrar en consideraciones acerca de la actitud asumida por las partes y el letrado patrocinante de la ahora nulidicente que resulta ser quien representa también a la demandada V. y patrocina a la restante heredera C. V. incompatible con el deber de probidad y lealtad impuesto por el ordenamiento adjetivo.

Sólo cabe señalar que en el particular, habiéndose acreditado el fallecimiento frente al emplazamiento del a quo, sin que esté abierta la sucesión del causante, puede presumirse la dificultad del actor para identificar a los herederos -que tampoco fueron denunciados por la heredera demandada en autos principales- y sus domicilios reales, resultando indiscutible la procedencia de la citación por edictos.

Y resultó acertada la decisión del a quo, pues si de la diligencia cumplida resulta que la demandada había fallecido, deviene procedente intimar a los posibles sucesores a probar el fallecimiento, pues ello constituye una medida de buen orden, al evitar posibles nulidades y tender a impedir la paralización

del proceso sine die (Conf. Morello, Sosa, Berizonce "Códigos Procesales...", Ed. Platense, La Plata, 1984, T II-A-796).

La única manera de integrar la litis a fin de continuar con la sustanciación del proceso y asegurar el debido proceso y el ejercicio pleno del derecho de defensa consistía en la citación efectuada. Tales razones tornan irrelevantes las argumentaciones del nulidicente y los hipotéticos perjuicios que sufriría en caso de dictarse sentencia condenatoria de los herederos a título personal, pues vienen al proceso en su rol de continuadores de la persona del causante y máxime teniendo en cuenta el beneficio de inventario con el que se presume aceptada toda herencia (art. 3373 C.C.).

Cabe recordar en este estado que en principio en el proceso no hay nulidades absolutas, pues en dicha materia constituye un principio suficientemente afianzado, el que todas la nulidades procesales son susceptibles de convalidarse por el consentimiento expreso o presunto, existiendo como limite a la saneabilidad el dado por la propia posibilidad material y jurídica de subsanar el déficit y confirmar el acto.

En tal línea de razonamiento, en el particular, no estando integrada la litis y sin que se haya resuelto ningún aspecto del pleito sin participación del demandado, existe la posibilidad jurídica y material de enmendar la constitución de la litis y por otro lado se halla ausente la finalidad práctica de la declaración de nulidad porque las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas y no

puede declararse la nulidad en el solo beneficio de la ley.

Además de no existir vicio en el procedimiento conforme se señalara, y constituir el emplazamiento efectuado el ejercicio de facultades instructorias y ordenatorias por parte del a quo, que tiende a saner el proceso y lograr que este cumpla su fin de llegar a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es claro que la incidentista ha incumplido con la carga procesal de acreditar el perjuicio, que le irroga el procedimiento cumplido, conforme el art. 172 del CPr., sino que tanto la pretensión inicial como la revisora contienen afirmaciones genéricas relativas a la vulneración de la garantía de defensa en juicio y debido proceso pero no una demostración de por qué esta queda configurada en el caso concreto.

Baste solamente estar a la propia conducta asumida, cuando al plantear el incidente de nulidad, en subsidio contesta demanda, ofrece prueba y se opone a prueba ofrecida por la actora. Tal actitud revela que la incidentista no experimenta perjuicio alguno desde que ejerce con toda plenitud su derecho de defensa en las diversas alternativas del proceso, quedando asegurado el legal contradictorio. Considerando a tal fin, oportuna la contestación de la demanda efectuada el 5 de octubre de 2007, teniendo en cuenta el plazo transcurrido entre emplazamiento efectuado por el a quo a fs. 362 del principal "a invocar y probar cuanto sea conveniente para los codemandados", la notificación de la Sra. Defensora y la presentación de la incidentista.

Es que "La nulidad de los actos procesales se vincula íntimamente con la idea de

defensa en juicio, de jerarquía constitucional, en consecuencia, cuando surge algún vicio, defecto u omisión, que hayan privado a quien los invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión se produce una indefensión que configura la nulidad" (Cam. 1era. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala I, 25/5/96 LLBA 1997-873).

No enerva la conclusión a la que se arriba, la circunstancia que en autos se haya abierto la causa a prueba, pues las producidas –confesional de la codemandada V., informativas al Correo Oficial -ofrecida por la actora- y a la IGJ de Buenos Aires y Defensa del Consumidor ofrecidas por las codemandadas- en nada afectan el derecho de la presentante a quien no se ha declarado rebelde ni cabe entender, atento el estado primigenio de la producción de las mismas, que la producción de las que ofrece, retrogradarían el procedimiento.

Por todo ello, es que no existe, ni se ha demostrado, perjuicio alguno al efectivo ejercicio del derecho de defensa de la nulidicente. No provocándose una concreta y efectiva indefensión, carece de interés jurídico tutelable a fin de la procedencia de la nulidad por ella impetrada.

En consecuencia, los agravios deben rechazarse y confirmar por los argumentos dados ahora y los brindados por el a quo la resolución recurrida.

La razones desarrolladas en la presente torna inaceptable el pretendido agravio respecto de la imposición de costas a la recurrente en la instancia de grado.

IV.- Las costas de la Alzada se imponen al apelante vencido, por el principio objetivo de la

derrota (art. 68 del CPr.). Se regularán los honorarios profesionales teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, etapas cumplidas, monto del mismo, éxito obtenido y demás pautas de la ley de aranceles (arts. 33, 40, 47 y ccdtes. ley 4335 t.o.).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1)Rechazar el recurso de apelación Interpuesto por la actora a fs. 67 y, confirmar la resolución de fs. 62 y vta., con más los argumentos dados en el presente.

2)Imponer las costas de la Alzada, a la apelante vencida. Regular los honorarios de los Dres. D. A. T. y C. I. M., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) de lo que le fueron regulados en la instancia de grado por el presente incidente.

3)Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fdo.:
Marta Susana Reynoso de Roberts, Presidente; Nélida Susana Melero, Juez de Cámara; Graciela Mercedes García Blanco, Juez de Cámara.

REGISTRADA BAJO EL N° 120 DEL AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS