Comodoro Rivadavia, treinta de julio de 2009.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"S., T. c/ S., M. de la F. s/ ORDINARIO (Acción de Nulidad)", Expte. N° 219/2009,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1, Secretaría N° 2 (Expte. N° 543/2008).

Que llegan las presentes actuaciones a conocimiento y estudio de esta Sala por haber interpuesto la parte demandada a fs. 204/205, recurso de reposición con apelación en subsidio, contra la providencia de fs. 203, en cuanto rechaza por extemporánea la excepción de falta de legitimación activa. Rechazado el primero de los recursos, se concede el segundo a fs. 208.

I. Se agravia la recurrente a fs. 204/205, por cuanto la excepción de falta de legitimación fue opuesta conjuntamente con la contestación de demanda, en el mismo apartado (ver fs. 197/200vta., capítulo IV, puntos 1 y 2), y porque fueron formuladas para el caso en que la excepción de prescripción se rechace o se difiera su tratamiento.

Sostiene que ambas herramientas procesales fueron deducidas en forma simultánea, sin perjuicio de haberse planteado la excepción como de previo y especial pronunciamiento.

Manifiesta que el proveído de fs. 203 no se condice con el escrito de fs. 196/201vta., vedando arbitrariamente su derecho de defensa, generando inseguridad jurídica. Cita los arts. 349 y 360 del CPr. (Ley XIII, N° 5, del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

Considera que por ser la primera

presentación de la demandada, puede plantear excepciones y contestar la demanda, por lo que solicita se revoque el auto de fs. 203 y se ordene correr traslado a la excepción de falta de legitimación activa.

Incontestado el traslado de los agravios por la contraria, se elevan los presentes autos.

II. Del estudio de la causa se desprende que a fs. 102/111 la actora promueve acción de nulidad contra la sentencia definitiva N° 111/2005 dictada por el titular del Juzgado Civil y Comercial N° 1.

A fs. 196/201vta. la parte demandada opone excepción de prescripción y en subsidio plantea la excepción de falta de legitimación activa y contesta la demanda.

En su libelo la recurrente recalca que la excepción de falta de legitimación debe resolverse como de previo y especial pronunciamiento.

A fs. 203 el magistrado de grado rechaza por extemporánea la excepción de falta de legitimación activa.

A fs. 204/205 la demandada interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

A fs. 208 el juez a-quo rechazó el recurso de reposición por resultar extemporánea la excepción de falta de legitimación activa, al haber sido interpuesta como de previo y especial pronunciamiento, pero a su vez, en forma conjunta con la contestación de la demanda, y concede el recurso de apelación, corriendo traslado de la expresión de agravios a la contraria.

La parte actora no contesta el traslado conferido y se elevan los presentes autos a fin que se resuelva el recurso de apelación incoado.

III. Liminarmente corresponde señalar que: "Se define la legitimación procesal, como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa." (cfme. Lino E. Palacio, en “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1990, T. I, p. 406).

En el caso de marras, más allá del intento de la demandada dirigido a demostrar lo incorrecto de los fundamentos de la resolución impugnada, no se puede soslayar que la recurrente, en subsidio de la excepción de prescripción, opuso la falta de legitimación activa como de previo y especial pronunciamiento, resultando aplicable sobre este extremo la “teoría de los actos propios”.

Es que sin perjuicio que es facultativo para el demandado interponer la excepción como previa, o como defensa de fondo, habiendo optado por el primer camino debe ajustarse a lo prescripto por los arts. 349 y 350 del CPr. (Ley XIII, N° 5, del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut), empero no de la forma planteada por el recurrente, -en subsidio, como de previo y especial pronunciamiento y en forma conjunta con la contestación de la demanda- (fs. 179/201vta.).

Cabe destacar que el art. 349 del CPr. (Ley XIII, N° 5, del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut) es sumamente claro: «Las excepciones que se

mencionan en el artículo siguiente se opondrán únicamente como de previo y especial pronunciamiento en un solo escrito y dentro de los primeros diez (10) días del plazo para contestar la demanda…».

Asimismo, no es en vano recordar que el presente proceso tramita según las normas del proceso ordinario (cfme. art. 322 y fs. 113), por ende, el demandado tiene quince (15) días para contestar la demanda y si es voluntad del demandado –como en el caso de marras- oponer excepciones, puede hacerlo, sin que ello implique la suspensión del plazo para contestar la demanda (cfme. art. 349 in fine del CPr.), dado que cada instituto tiene diferentes plazos.

No se puede soslayar que en el sub júdice fue notificada la demanda el 03/04/2009 (fs. 114/vta.), mientras que la oposición de la excepción de falta de legitimación activa (que fuera presentada conjuntamente con la contestación de la demanda, en forma subsidiaria), fue presentada el 27/04/2009 (fs. 196/202), siendo su planteo extemporáneo, por haber vencido el término para efectuarlo, perdiendo el interesado en lo sucesivo la posibilidad de hacer valer dicha defensa por no haber sido ejercitada en tiempo oportuno.

Más aun, el demandado puede oponer la excepción de falta de legitimación que, en caso de ser manifiesta, se resolverá con carácter previo. Sin embargo, cabe aclarar que si la excepción no fuera opuesta, igualmente el juez tiene que examinar de oficio el tema, porque se trata de una típica cuestión de derecho (cfme. Víctor Fairen Guillen, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, p. 299; José Chiovenda, en "Institutos de Derecho Procesal Civil";

Gomez Orbaneja, T. I, Madrid, 1936, p. 82).

En el caso de no haber sido articulada como defensa, igualmente constituye una "quaestio iuris" que debe resolverse por aplicación del principio "iura curia novit". "Así dentro del régimen procesal, la falta de legitimación para obrar puede ser opuesta como defensa o bien declarada de oficio por los jueces, pues éstos no pueden dejar de aplicar el derecho". "Vale decir que el principio en nuestro régimen ritual es que la falta de legitimación procesal debe ser opuesta como defensa de fondo por las partes". (cfme. STJ de Tucumán en autos: "Ladetto, Juan Carlos y Otro vs. Provincia de Tucumán s/ Contencioso Administrativo", 06/12/1999, Sum.: 0009855-00).

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación planteado a fs. 204/205.

IV. En atención a cómo se resuelve, y no existiendo motivos que autoricen apartarse del criterio objetivo de la derrota, las costas de la alzada serán impuestas a la recurrente vencida (arts. 69 y 70 del CPr. - Ley XIII, N° 5, del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut-). Para la determinación de los honorarios del letrado interviniente se ponderará la naturaleza de la cuestión, el resultado obtenido, la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada y demás pautas previstas por el régimen arancelario (arts. 13 y 32 de la Ley XIII, N° 4, del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut.

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

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 204/205 contra el proveído de fs. 203.

2) Imponer las costas de la alzada a la recurrente demandada vencida. Regular los honorarios del Dr. A. E. G. en la suma de pesos doscientos ($ 200).

3) Regístrese, notifíquese, devuélvase. La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Dra. Nélida Susana Melero y haber concordado en la solución del caso (Ley V, N° 17 y art. 274 CCCCh.).-

REGISTRO BAJO EL N° 107 DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS