--- Trelew, de Noviembre de 2.010.-

--- **Y VISTOS**: La resolución de fs. 83/87vta, el recurso de apelación de fs. 95, concedido en relación y con efectos suspensivo a fs. 100 se expresó agravios a fs. 101/108; y ----------

--- **CONSIDERANDO**: ----------

--- **I.-** Que por la resolución de fs. 83/87 se rechazó "in limine" la demanda incoada a fs. 19/40, con la que se persigue la declaración de inexistencia del mutuo con garantía hipotecaria instrumentado en escritura pública nº 153 de fecha 31/08/1999. ----------

--- Para decidir así el juez "a quo" analizó, de manera exhaustiva, el encuadre de la acción intentada desde tres puntos de vista: acción autónoma de nulidad, juicio ordinario posterior al ejecutivo y aplicación de la doctrina de los actos propios. Luego, en orden a lo expuesto, considera improponible objetivamente la acción y la rechaza "in limine" en los términos del art. 337 del C.P.C.C. (actual art. 340, ley XIII nº 5, D.J.P.). ---

--- El magistrado de grado consideró relevante que: a) los accionantes pretenden la nulidad de la sentencia de transe y remate dictada en autos "B. C. S.A. c/ T. S.A. s/ Ejecución" (Expte. nº 1904-2006), alegando la inexistencia del mutuo hipotecario instrumentado en la escritura pública nº 153; b) la demandada T. S.A. no opuso excepciones oportunas, tampoco lo hizo el Sr. C. como hipotecante no deudor, no obstante estar debidamente citados en juicio, y la Sra. P. carece de legitimación pues, como cónyuge de C. y socia de T. S.A., sólo prestó consentimiento en los términos del art. 1277 del Código Civil y no ejerce la representación societaria; c) no se invocan vicios procesales (circunstancias objetivas o subjetivas, dolosas o fortuitas, que permitan avizorar fraude o dolo en el proceso) que hagan írrita la sentencia, pues todos los cuestionamientos se dirigen a la hipotética inhabilidad del título base de la ejecución, lo que no fue planteado oportunamente; d) el juicio ordinario posterior sólo está previsto para atender aquellas defensas que la estructura del juicio ejecutivo antecedente resultaban improponibles, pero no suple los errores o negligencias de las partes; e) la sustancia de la deuda no es desconocida, el contrato de mutuo tuvo satisfacción parcial, la deudora no hizo objeciones oportunas y la actual pretensión importa ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y eficaces. ---------- A fs. 101/108 se presenta el memorial de agravios. En lo pertinente, el recurrente realiza una explicación preliminar del objeto de la litis y, en consideración primaria, aclara el objeto de la demanda (nº 1 y nº 2, de fs. 101/103vta). Formula cuatro agravios: que se considere la demanda como acción de revisión de cosa juzgada írrita o juicio ordinario posterior o coetáneo en los términos del art. 553 del C.P.C.C.; que se diga que es improponible la demanda por aplicación de los actos propios; y que se rechace la legitimación activa de la Sra. P.. ---------- Expresa, sucintamente, que: a) los planteos de la demanda no han sido considerados por el juez, no podía introducirse en el juicio ejecutivo pues atacan cuestiones de fondo y requieren amplitud probatoria; b)

no importa un juicio ordinario posterior porque se centra en un punto distante de las cuestiones ventiladas en el juicio ejecutivo; c) se veda el acceso a la justicia al encuadrar la acción sin responder a los petitorios; d) el rechazo "in limine" provoca perjuicio a la defensa en juicio a la propiedad; e) no denuncia vicio procesal que haga írrita la sentencia de ejecución hipotecaria, pero por justicia y honor a la verdad, expresa el recurrente, ella es nula pues valida la ejecución de un título inexistente; f) la sentencia es írrita porque declara admisible una acción ejecutiva por suma indeterminada sin acompañar el título ejecutivo pagaré; g) el juicio ordinario posterior no guarda relación con el objeto pretendido en la demanda, lo que fue aclarado a fs. 53 indica el recurrente; h) la petición de declaración de inexistencia de mutuo no encuadra en las excepciones admisibles en el proceso ejecutivo. Agravia también dice el recurrente que: i) sea atribuido comportamiento contradictorio con el desplegado en el juicio ejecutivo, cuando la limitación de las defensas en el proceso ejecutivo no permite este tipo de planteo; j) la legitimación de la Sra. P. surge frente al planteo de inexistencia, que legitima a cualquier interesado. Por último mantiene la "reserva" de acudir ante la Corte Suprema de Justicia. ---------- **II.-** Así planteada la cuestión, corresponde rechazar el recurso y confirmar la resolución de fs. 83/87 en lo que ha sido objeto de agravios. ---------- En efecto, en autos se pretende que se declare la inexistencia de un mutuo respecto de T. S.A. y la invalidez de las garantías hipotecarias otorgadas por T. S.A. y O. C. a favor de la entidad financiera en cuestión (fs. 19/vta.). Ello, en suma, y conforme ha sido considerado por esta Sala por la resolución de fs. 72/73, firme, implica una acción de nulidad de las actuaciones contenidas en el expediente caratulado "B. C. S.A. c/ T. S.A. s/ Ejecución hipotecaria" (expte. nº1904/2006), en particular, a partir de cuestionar el título base de la ejecución. Esta pretensión, que podría canalizarse a través del juicio de conocimiento coetáneo o posterior al ejecutivo, no es autónoma ni está vacía de reglamentación (doc. arts. 322 y 558 de la ley XIII nº 5), por más que se aleguen "cuestiones de fondo" (fs. 53), y por ello, a partir de una conexidad patente que deriva por interdependencia tanto de los sujetos involucrados, como del mencionado objeto y la causa de la petición, está sujeta al pertinente control de admisibilidad. ---------- A partir de esta base se advierte que el magistrado de grado consideró, precisamente, los tres aspectos mencionados, incluso desde distintos puntos de vista, para rechazar la demanda como lo hizo. Y ello por conducto del ejercicio de la facultad/deber que tiene para analizar, en concreto, los presupuestos de la vía intentada –tal como lo habilita la ley de procedimiento local–, para revisar si efectivamente el cuestionamiento que se dirige al título base de la ejecución (inexistencia e invalidez), es o puede ser admisible en el contexto de la relación jurídica conformada por los sujetos vinculados en autos. Y no más que eso, pues, por en la instancia en que esto se produce, no puede exigirse al juez "a quo" –ni debe emitir– opinión alguna sobre el fondo del asunto. ----------

--- En esta línea de razonamiento, la jurisprudencia comparada tiene dicho que "el rechazo in limine significa que el juez puede y debe asumir un concreto contralor de los presupuestos procesales, es decir, de los requisitos de procedibilidad de la pretensión. Así en cuanto a los sujetos (competencia del juez, legitimación ad processum de las partes), al objeto (si fuere idóneo con relación al tipo de proceso en que la pretensión se dedujo) y la causa" (SCBA, 18/12/2002, "Juárez, Agustín Eduardo c/ Cooperativa de trabajo Pirincho Limitada s/ Amparo", en JUBA, sumario B47538). ---------- La improponibilidad objetiva examinada por el juez de grado, esto es, en cuanto al elemento objetivo del proceso que se observa a partir de la acción intentada, puede decirse que el recurrente pretende la inhabilidad de la escritura nº 153, título base de la ejecución en cuestión, y niega la existencia de la deuda reclamada por los vicios que alega (fs. 21 y sig., doc. art. 333, incs. 3º y 4º, ley XIII nº 5). Esto, como expresamente lo indica el juez de instancia (fs. 84vta.), debió plantearse como excepción de inhabilidad de título en el marco del apremio (doc. arts. 549, inc. 4º, y 603 de la ley XIII nº 5). Por ello, en tanto que ni T. S.A. ni C. (hipotecante no deudor) opusieron excepciones, y se dictó sentencia de transe y remate, no puede admite ahora el replanteo tardío de cuestiones que debieron ser objeto de oportuna propuesta, sin violentar la letra del art. 558, párr. 3º, de la ley XIII nº 5 ni la consecuente doctrina de los actos propios. ---------- --- Debe considerarse que, al respecto, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que "los tribunales están obligados a tratar y resolver adecuadamente las defensas fundadas en la inexistencia de deuda que se plantean en los juicios de apremio" (CS, 16/03/1999, "A. de O. S. de T. c/ A. y E. E. S. del E. y/o el interventor nacional", Fallos 322:437), pues "la restricción cognoscitiva de los juicios ejecutivos entre vinculados inmediatos no puede traducirse en un menoscabo consciente de la verdad jurídica objetiva" (CS, 19/10/1995 , "Lloyds Bank (BLSA) Limited c/ Okecki, Juan José", Fallos 318:2060). Sin embargo, también tiene dicho que "el sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional, pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz" (del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto del Dr. Augusto César Belluscio) CS, 22/03/2005, "Arduino, Diego José y otro", Fallos 328:470). ---------- En ese orden cabe recordar que esta Sala tiene dicho, a través de un voto de su Presidente en la SDC. Nº 33 de 2009, dictada en la causa "P., P. E. c/ C., O. E. y otro s/ Demanda de Nulidad" (Expte. 102 - Año 2009), que la inadmisibilidad de ir contra los propios actos constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad derivada del principio de buena fe y particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico un comportamiento coherente (CNFed. Contadm., Sala V, 31/3/97, "Achtar, Estela y otros c. Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos", LL 1998-C-394; Cám. de

Apelaciones de Trelew, Sala A, 3/7/08, "M. F. c/ E. B. H. S.R.L. y otros s/ Dif. de ha. e indem. de ley cobro de pesos - laboral", SDL. Nº 44 de 2.008; en sentido similar, Cám. Apel. Concordia, Sala CC III, 8/4/99, "Alvarez, Carlos A. y otro c. Osengar, Jaime", LL Litoral, 2000-233; también en el extranjero con similar sentido, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Secc. 3ª, 16/9/92, ponente: Sra. Rigo Rosselló, La Ley Catalunya, t. 1993-1, p. 659). ---------- Esta doctrina de los actos propios tiene como fundamento una razón política jurídica, una limitación al ejercicio de un derecho para proteger la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer (LÓPEZ MESA, Marcelo - ROGEL VIDE, Carlos. "La doctrina de los actos propios", Edit. Reus, Madrid, 2005, pp. 101 y ss.; esta Sala, voto del Dr. López Mesa en sentencia del 20/8/08, in re "A. de R., A. c/ P., R. C. s/ Sumario", Expte. Nº 22.728 - año: 2008). ---------- En cuanto al efecto procesal de la aplicación de la doctrina de los actos propios, sostiene esta Sala –con cita de los profesores Morello y Stiglitz– que "una pretensión o una defensa formuladas dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto no puede prosperar, en tanto mediaría una ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la precedente, toda vez que ello infringiría el fundamental principio de la buena fe (...) Ya no se tratará de las razones que adunen la pretensión o la oposición a ella, sino de la lisa y llana improponibilidad de las mismas (tal el presente caso), bloqueadas por esta causa de inhabilidad intrínseca" (Cám. Apels. Civ. y Com. de Trelew, Sala A, 10/10/06. "Asesoría Civil de Familia N° 1 c/ Municipalidad de Trelew s/ acción de amparo", causa 21.702, registrada al SDC. Nº48 de 2006, con cita de MORELLO-STIGLITZ, "La doctrina del acto propio", L.L. 1984-A, 865, cap. XVIII). ---------- En este orden de razonamiento, y por estas razones, no puede soslayarse, entonces, que el presente proceso de conocimiento –ya sea coetáneo o posterior al juicio ejecutivo en cuestión– deviene improcedente por no haber opuesto el recurrente en el momento procesal oportuno, aquellas excepciones que habilitaba la ley; ello, consecuentemente, torna inadmisible la actual pretensión de discutir cuestiones sobre la invalidez o inexistencia del título ejecutado que debieron ser objeto de debate, precisamente, en la ejecución (doc. art. 558, ley XIII nº 5) (conf. HIGTHON, Elena I. – AREAN, Beatriz A., "Código procesal civil y comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, T. 10, ps. 720-721). Dicho de otra manera, el instituto de la cosa juzgada alcanza, pues de él se trata el caso, no sólo las cuestiones debatidas en un proceso sino que abarca, incluso, aquellas que pudieron haber sido propuestas y no lo fueron, esto es, queda cubierto lo aducido y lo aducible (conf. CNCiv., Sala E, 12/12/1979, "Piacentino, Sergio L. c/ Mazzolini, N.", ED. 87:613, sum. 108; esta Sala, en sentencia del 15/03/1999, en la causa "Morales c/ Lugo s/ Cobro de pesos", SDC. Nº 04 de 1999; también, BOURIMBORDE, Ana – GOZAINI, Osvaldo – OTEIZA, Eduardo, "La cosa juzgada en los procesos sumarios propiamente dichos", en Revista del Colegio de Abogados de La

Plata, nº 41, p. 132). ---------- En cuanto a lo antes dicho, cabe decir que tiempo hace ya que la clásica concepción de las tres identidades no campea absoluta en el tema de la determinación de la existencia o no de cosa juzgada (confr.: CONIL PAZ, A. "Pasatismo de las tres identidades para la cosa juzgada", L.L. 1.996-E-278). Por el contrario, la prédica doctrinaria que venía reclamando el examen integral de las contiendas para establecer si el asunto sobre el que versaban era el mismo o si por continencia, conexión, accesoriedad o subsidiaridad, la sentencia firme anterior había ya resuelto la materia de la pretensión deducida en un segundo pleito (confr.: COLOMBO, Juan C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...", Abeledo-Perrot 1.969, I-229), resultó finalmente recibida por la letra legal (art. 347 inc. 6° C.P.C.C.).---------- Si a ello añadimos que se asiste hoy al florecimiento de una corriente doctrinaria enderezada a repensar los alcances subjetivos y objetivos de la cosa juzgada (confr.: PEYRANO, Jorge W., "A propósito del redimensionamiento de los alcances de la cosa juzgada", L.L. 1.985-E-174), hemos de concluir que ha recibido el espaldarazo aquella construcción -tampoco flamante ni novedosa- que incluía en el contenido de la cosa juzgada las cuestiones implícitamente decididas en el fallo (confr.: GUASP, Jaime, "Derecho procesal civil", 3era. ed., I-562 n° 5; C.S.N., Rep. L.L. XXXI-434, sum. n° 6; S.C.B.A., Ac. y Sent. 1960-I-87 y 1960-V-325), incluso aquéllas que pudiendo haber sido planteadas no lo fueron (confr.: C.N. Civ., Sala "C", E.D. 86-277; ídem, Sala"E", E.D. 88-686; íd., Sala "F", L.L. 1980-A-556 y L.L. 1981-C-96; Cám. Apel. C. y C. San Isidro, Sala I, E.D. 93-515). Al referirse al instituto de la preclusión, ilustraba Chiovenda sobre el punto que "precluída no está solamente la facultad de renovar las cuestiones que fueron planteadas y decididas, sino que precluída está también la facultad de proponer cuestiones no planteadas y que habrían podido plantearse" ("Cosa juzgada y preclusión", en "Ensayos de derecho procesal civil", trad. de Sentís Melendo, EJEA 1949, III-229).---------- Por aplicación de tal doctrina es que no puede admitirse esta nueva demanda sobre cuestiones abarcadas por continencia, conexidad y accesoriedad en la anterior causa (confr.: C.N. Civ., Sala "C", L.L. 1.988-E-334 y sgts.; C.N. Com., Sala "B", L.L. 105-827; C.N. Cont. Adm. Fed., sala III, B.C.N. Fed. dic. 1980-170, n° 411). En la laudatoria nota que acompañara la publicación del primero de los recién indicados precedentes se señaló, precisamente, que "la solución es correcta y adecuada a los principios sintéticamente recordados en esta nota. Admitir lo contrario significaría desconocer el buen orden y la certeza emanada de los actos procesales, haciendo del proceso un juego reglado por la malicia del litigante ímprobo. Retomamos así la categoría de la preclusión destinada a asegurar aquellos valores, al poner vallas infranqueables para la realización tardía de actos o impedir su reproducción, aparejando la pérdida definitiva del derecho no ejercitado oportunamente, tal como ha ocurrido en el caso juzgado" (FENOCHIETTO, Carlos E., "Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada", L.L. 1.988-E-338).----------

---------- Por ello, cuando resulta manifiesto que los hechos en que se funda la pretensión, constitutivos de la causa "petendi", aun considerados en abstracto, no son apta para obtener una favorable decisión de mérito por consumación de la oportunidad procesal idónea, cabe rechazar de oficio la demanda para evitar así un dispendio inútil de la actividad jurisdiccional (doc. arts. 34, inc. 5º, apartados "d" y "e", y 340 de la ley XIII nº 5; conf. PALACIO, Lino E. – ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Código procesal civil y comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. 7, p. 277). ---------- En relación al elemento subjetivo del proceso, cabe considerar que el juez también tiene el deber de examinar de oficio y "ab initio" la legitimación para obrar de las partes, ello en cuanto a la admisibilidad del reclamo; y si advierte que existe una manifiesta falta de legitimación, debe repeler la demanda, pues torna innecesaria, dilatoria e inútil la tramitación del proceso en todas sus etapas (conf. HIGTHON–AREAN, "Código", cit., T. 6, p. 452). ---------- Ello, como indica el magistrado de grado, acontece en relación con la presentación de la Sra. P., pues, como cónyuge del Sr. C. (presidente de T. S.A. e hipotecante no deudor) y socia de T. S.A. (fs. 20vta. y 86vta./87), carece de legitimación para instar la presente acción. ---------- En efecto, si la Sra. P. no ha participado de los actos que pretenden declararse inválidos e inexistentes y tampoco es titular registral del bien en cuestión, no está legitimada para reclamar en autos. En su rol de socia de la sociedad anónima ejecutada tampoco tiene legitimación, por no revestir representación social. ---------- Como se afirma, respecto de lo primero, no debe caerse en el error de considerar que son ambos esposos quienes han realizado el acto de gravamen del inmueble, ya que por la ley de fondo quien puede gravar (y disponer) es el cónyuge que tiene la administración del bien ganancial, y el otro sólo presta "consentimiento" (art. 1276 y 1277, Código Civil; conf. LOPEZ MESA, Marcelo, "Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2008, T. II, p. 1092). Mientras dura la sociedad conyugal los esposos sólo tienen un derecho en expectativa al 50% ganancial de los bienes del otro, supeditado ello a que dicho bien exista en el patrimonio de la sociedad conyugal al momento de la liquidación, de lo que se colige que ningún derecho legitimante actual tiene uno sobre los bienes que son del dominio del otro, aunque a éste le hubiera pertenecido en calidad de ganancial (LOPEZ MESA, "Código" cit., T. II, p. 1096). ---------- En relación a la representación social, debe estarse a los términos de los presentantes: se atribuye al Sr. C. la presidencia del directorio de T. S.A. (fs. 20, punto 1.1) y la Sra. P. sólo el carácter de socia (fs. 20vta., punto 2). Consecuentemente, la ausencia de legitimación en cuestión deriva no sólo de las disposiciones del art. 39 del Código Civil, en tanto implica que las personas jurídicas son personas enteramente distintas de sus miembros y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer deudas de la corporación, si expresamente no

se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella (conf. LOPEZ MESA, "Código", cit., T. I, p. 71, nº 2), sino, también, del régimen de representación societario establecido por el art. 268 de la ley 19.550 (conf. RICHARD, Efraín H. – MUIÑO, Orlando M., "Derecho societario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 228). ---------- En suma, desde que los hechos en que se funda la demanda no son aptos para desarrollar todo el proceso en pos de la sentencia, por consumación de la oportunidad procesal idónea precedente, en consideración de los propios actos de los vinculados directos en autos, y la ausencia de legitimación particular respecto de uno de ellos, corresponde confirmar la sentencia de grado en lo que ha sido objeto de agravios para evitar así un dispendio inútil de la actividad jurisdiccional. ---------- **III.-** En función de la forma en que se resuelve el recurso, las costas se impondrán al recurrente perdidoso (art. 69, ley XIII nº 5). En consideración a la importancia y extensión de las labores desarrolladas en la Alzada, carácter con que se actúo, las etapas cumplidas y el resultado obtenido, se regulan los honorarios Dr. C. A. T. en el 0,43% del monto del proceso (arts. 5, 6, 8, 13, 32, ley XIII nº 4). ---------- Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ---------- Confirmar la resolución de fs. 83/87. ---------- Tener presente el caso federal mencionado. ---------- Imponer las costas al recurrente perdidoso. ---------- Regular los honorarios del Dr. C. A. T. en el 4,3% del monto del proceso. ---- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse en uso de licencia el restante integrante de la Sala (art. 7º ley V nº 17). ----------

Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº ___37___ DE 2010 – SIE. Conste.-

cg