--- Trelew, de noviembre del año dos mil diez.----------

--- **VISTO**:----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 396, concedido que fuera a fs. 397, es fundado a fs. 398/400, corrido traslado del memorial de agravios a la contraria a fs. 401, es contestado a fs. 403/405vta..----------

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

--- I.- El juez de grado a fs. 393/395, rechaza la ejecución promovida por la parte actora, A. A. contra la Sra. M. M. H. K., ordena el levantamiento del embargo trabado sobre el inmueble identificado como Lote * de la Manzana *** de San Martín de los Andes, Provincia de Neuquén, deja sin efecto la subasta ordenada, dispone la devolución de la suma de $ 40.010.- a la Sra. H. K. e impone las costas por su orden.---------- ---------- Para así decidir tiene en cuenta que la Sra. M. M. H. K. no fue condenada en la sentencia que dispuso mandar llevar adelante la ejecución obrante a fs. 171 y vta. y su ampliatoria de fs. 174, y que en consecuencia carece de legitimación pasiva en la presente ejecución, lo que lleva al rechazo de la ejecución promovida en su contra.---------- ----------II.- Agravia al apelante la decisión del juez a quo, toda vez que, -sostiene- que la falta de legitimación para obrar consiste en la ausencia de la calidad invocada por el actor, o la atribuída al respecto del demandado pues la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada, es decir las partes de la relación jurídica sustancial. Puntualiza que la Sra H. K. conforme está probado en autos es persona obligada y parte de la relación jurídica sustancial , es idéntica la persona que se expresa en la demanda y la obligada en el contrato de locación ejecutado, en calidad de fiadora con referencia a la materia concreta sobre la que versa el contrato ejecutado y en tal calidad ha sido demandada. Aduce que la demandada compareció en el carácter de parte y como tal ha planteado defensas, ha solicitado audiencias y ha propuesto acuerdos respecto de las pretensiones del proceso.---------- ---------- Refiere el recurrente que la sentencia apelada modifica una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada violando el principio de irretractibilidad de la sentencia para el juez que la pronunció, dado que no pude dejarla sin efecto por un acto posterior ni alterar lo sustancial de la decisión. Añade que es deber de los jueces vigilar para que en los trámites de la causa se procure la mayor economía procesal cuando se dejar avanzar el trámite para en su última etapa dictar una resolución como la aquí impugnada, con los consiguientes perjuicios para las partes. ---------- ---------- Afirma el quejoso que la sentencia se dictó extra petita y que es incongruente, porque se pronuncia un fallo sobre una cuestión no planteada por las partes. Refiere que la congruencia es la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en un juicio. Expresa que la sentencia no puede ser atacada por incongruente en el examen de los considerandos por muy elaborada que se presente y por exhaustivo que sea el estudio de ellos, pero si en el fallo se deja

de decir alguna pretensión o defensa o se deciden otras distintas la sentencia es incongruente.----- Sostiene que el juez sólo debe considerar las alegaciones propuestas por las partes, le está vedada pronunciarse sobre pretensiones no deducidas, cosas no pedidas y hechos no afirmados. Añade que también está prohibido al juzgador expedirse sobre cuestiones abstractas, y que no puede ir contra sus propios actos anteriores cumplidos en el mismo proceso. Indica que ante la existencia de un proceso irregular el juez debe sanearlo antes de la sentencia, a ello tiende también la integración de la litis. Menciona que en caso de que el vicio se advierta tardíamente, el juez podrá según el caso declarar de oficio la nulidad o notificar al interesado a fin de que se subsane el acto. .------- Por último agravia al apelante el levantamiento del embargo trabado que se dispuso toda vez que es violatorio del art. 546 del código de rito, que expresa que si se anula el procedimiento ejecutivo o se declara la incompetencia el embargo trabado se mantendrá con carácter de preventivo durante 15 días desde que la resolución quedó firme.---------- III.- En la respuesta a los agravios del apelante la Sra. H. K., solicita se declare desierto el recurso toda vez que la expresión de agravios presentada por el ejecutante no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia. Afirma que no hay manifestación concreta en cuanto al agravio sino que se limita sólo a interponer el recurso, indicando una simple disconformidad con la resolución en base a referencias incorrectas, carentes de correlato en vez de agraviarse en forma concreta y razonada. Resalta -concordando con el pronunciamiento del juez de grado- que la Sra. H. K. no fue condenada en la sentencia que se ejecuta, y que el tribunal de primera instancia estaba obligado a analizar los presupuestos de admisibilidad. Expresa que ninguna de las presentaciones realizadas por la parte convalida la falta de inclusión en la sentencia definitiva dictada en autos, toda vez que en su presentación de fecha 15/03/10 el letrado apoderado se presentó “...siguiendo expresas directivas de su poderdante, sin reconocer hecho ni derecho alguno que pueda surgir de estas actuaciones...”, señalando que hasta ese momento no se había tenido intervención en el expediente. Añade que es evidente que comparece al proceso al enterarse de que se había dispuesto la subasta de su domicilio. Indica que el apelante pretende la aplicación del art. 166, inc. 2do. del código de rito a su gusto y conveniencia, ya que en virtud del mismo no puede ni debe ser modificada la sentencia de trance y remate, ya que la misma tiene autoridad de cosa juzgada. Refiere a decisiones adoptadas por la Sala “A” de esta Alzada en las que se señaló que se impone al magistrado el deber de controlar los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, antes de despachar la ejecución. Y ello comprende el deber de controlar de oficio la existencia de la legitimación tanto activa como pasiva, cuestión que no puede quedar diferida exclusivamente a las alegaciones que las partes hagan o no. Y concluye afirmando que la aplicación del art. 546 es absolutamente improcedente, toda vez que no se anuló el proceso ejecutivo ni es el caso de una incompetencia, pues

se trata del rechazo de la ejecución situación que no puede incluirse en el citado artículo, ya que no es viable el proceso de ejecución contra la Sra. H. K., porque no se ha dictado una sentencia condenatoria que habilite la vía ejecutiva.---------- IV.- La ejecución de sentencia es viable cuando existe una sentencia de condena consentida por manifestación expresa o tácita -si se dejaron transcurrir los plazos idóneos para el planteo del recurso- o ejecutoriada, porque se agotaron las vías recursivas, o devenida firme porque se declaró la deserción de los recursos concedidos contra ella. Requiere además que haya vencido el plazo fijado para su cumplimiento si ha sido fijado un plazo y la petición de la parte interesada en la ejecución.---------- Siendo que la sentencia es un título ejecutorio que nace de la ley, específicamente del art. 503 del código de rito, el título determina el alcance de la ejecución, que habrá de llevarse adelante con las garantías establecidas y el debido control judicial.---------- Y como lo adelantara el juez de grado el título ejecutorio en el que basa su ejecución el apelante no contiene condena contra la ejecutada, circunstancia que lo torna inhábil, pues carece de uno de los presupuestos básicos que habilitan la ejecución procesal forzada.---------- No empece a lo afirmado que haya sido demandada la Sra. H. K., toda vez que el título ejecutorio es independiente y autónomo del derecho juzgado, que quedó determinado en el fallo. En efecto, la legitimación procesal de las partes debe resultar, por un lado, de la coincidencia entre quien interpone la pretensión y quien figura en el título como acreedor, y por otro lado, de la coincidencia de la persona frente a quien se interpone la pretensión y quien figura, también en el título, como deudor. En este aspecto sólo corresponde atenerse a las determinaciones del título, con prescindencia de quiénes sean los verdaderos titulares de la relación jurídica documentada en él. Se trata de un efecto propio de la cosa juzgada. Queda claro entonces que la ejecución de sentencia procede cuando existiendo una sentencia de condena, la misma no es cumplida por el obligado, cuando ese cumplimiento es posible (Conf. Enrique M. Falcón, “Cód. Proc....”, Ed. Abeledo Perrot, Tomo III, pág. 498). ----------

--- En efecto, los jueces deben denegar la prosecución del trámite de ejecución de sentencia si comprueban que el título invocado por el ejecutante no es ejecutorio, o que es inhábil en razón de que el pronunciamiento no ha sido consentido o ejecutoriado... o se pretende ejecutar por quien carece de legitimación procesal activa contra quien no es el legitimado pasivo (Conf. Sala “A” SIC Nro. 003/02).----------

--- Desde otra óptica, cabe señalar que el título se encuentra formalizado en un instrumento público, que es el que materialmente constituye la base de la ejecución, y al ejecutante le basta con acreditar la existencia del mismo para poder llevar adelante la ejecución. En tal sentido, Palacio manifiesta que podrá definirse como proceso de ejecución a aquel cuyo objeto consiste en una pretensión tendiente a hacer efectiva –de acuerdo con la modalidad correspondiente al derecho que debe satisfacerse- la

sanción impuesta por una sentencia de condena (“Cód. Proc....”, Ed Abeledo Perrot, Tomo VII, págs. 210/211).----------

--- Y como se adelantara el apelante carece del título de ejecución. Aún cuando se distinga la acepción del vocablo “título” como calidad en cuanto se está habilitado jurídicamente para hacer una cosa ,o entendido en el sentido instrumental del vocablo, es decir, “se tiene título” cuando se tiene en la mano el documento que acredita esa calidad, lo normal es que ambos conceptos coincidan y que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que los justifica, entonces la ejecución se promueve en virtud del derecho y del documento (Conf. Couture, ”Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ed. B de F - 2005 -Julio César Faira - págs. 367/368).----------

--- En efecto, el art. 548 del código de rito, expresamente lo establece al calificar de irrenunciable el dictado de sentencia, de lo que se sigue que necesariamente debe existir una sentencia que condene a la ejecutada.----------

--- La Corte Suprema ha dicho que la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa, significa que el litigante deba ser oído y encontrarse en condiciones de ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes comunes (Fallos T 119 - pág. 156, T. 111 – págs. 285 y 299).----------

--- Es que las leyes de procedimiento en general son de orden público, y por lo mismo no pueden ser modificadas. Las formas se han introducido para servir a la justicia y a la verdad de los juicios, estableciendo y precisando un conjunto de reglas inviolables y de garantía social de las cuales no le es permitido a los jueces separarse sin incurrir en sanciones expresas. Si bien algunas normas procesales no son de observación obligatoria, otras revisten tal carácter y dentro de éstas está incluído el art. 548 del código de rito. Ello así porque cuando la ley fija un trámite especial a una categoría de actos, las partes no pueden dentro del proceso modificarlo sino en simples detalles y en grado muy mínimo La intangibilidad del derecho procesal lleva a concluir que las excepciones deben nacer de su mismo texto y no de interpretaciones analógicas susceptibles de autorizar la desaparición de formalidades establecidas en el trámite del juicio. (Pecach, Roberto “Invalidez a la renuncia de los trámites del juicio ejecutivo-Requisitos para la procedencia de ciertas excepciones”, JA 63-489).----------

--- Por ello, habiéndose iniciado un proceso ejecutorio sin la existencia de la respectiva sentencia de condena contra la ejecutada, los actos procesales llevados adelantes a tal fin adolecen de un vicio grave e insubsanable que obligan a declarar la nulidad de tales actuaciones. En efecto, si bien parte de la doctrina sostiene que las nulidades procesales pueden declararse de oficio siempre que no hayan sido consentidas y que se cumplan la totalidad de los principios que las sustentan (de especificidad, de trascendencia, de existencia de vicio o ineficacia del acto), el motivo esencial para su procedencia está en todo acto que lesione la garantía constitucional del debido proceso. (art. 18 Const. Nacional y arts. 18, inc. 9no. y 44 de la Const. Provincial). Alsina sostiene que son las nulidades esenciales las que pueden declararse de oficio porque

ellas se fundan en la violación de una garantía constitucional (“Tratado…”, Tomo I, págs.. 655 y 658).----------

--- En este orden de ideas se sostiene que la procedencia de las nulidades de oficio se produce cuando se alteran las formas sustanciales del juicio, de modo que habrá nulidad sustancial, si se obtiene o pretende obtener el efecto de un acto o de un procedimiento de manera distinta a la impositivamente prevista por la ley, en protección del derecho de defensa o del orden público. (Palomares, “Nulidades procesales civiles”, “Revista Jurídica”, jul. 1970 Nro., 21, pág. 178, con cita de Mendonga, “Nulidades procesales civiles”, “Revista del Colegio de Abogados de La Plata”, T. IX, p. 160 nro. 17, cit. por Alberto Luis Maurino, Ed. Astrea-2da. Edición, “Nulidades Procesales”, pág. 94, ap. 62).----------

--- Es que, aunque no medie petición de parte de que se declare la nulidad cabe declararla de oficio cuando la “alogicidad” del proceso impide, elaborar la solución del fondo del asunto. (CNCom., Sala D, 28/7/76, ED 73-189; CCivCom. Río Cuarto, 30/9/92, LLC, 1993-827).----------

--- Las nulidades que refieren a actos esenciales e irreproducibles del proceso, llamadas absolutas, puede ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. Para ello debe aparecer manifiesta y nítida su ilegitimidad, principio que rige ante flagrantes violaciones de cláusulas constitucionales que acarrean perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior (CFed. S Martín, 31/5/91, Rep.JA, 1992-687, nro. 3, autor y obra cit., pág. 95).----------

--- Se trata en el supuesto de una nulidad insubsanable en el curso ulterior del proceso, resulta manifiesta, patente, es perceptible a simple vista, sin necesidad de investigación alguna. Y es del caso, que ha de ser declarada de oficio, siguiendo el criterio sustentado por esta Sala, en cuanto señaló que la declaración de nulidad de oficio está admitida en el art. 1047 del Código Civil, y debe reunir dos requisitos para su procedencia, que el acto sea de nulidad absoluta porque afecta el interés general, y que la nulidad sea manifiesta, es decir debe surgir directamente del instrumento que comprueba el otorgamiento del acto, como ocurre cuando el acto no cumple con la forma exclusivamente ordenada por la ley (Conf. Belluscio, Augusto César “Declaración de oficio de la nulidad” ED 95-785 - SIL 053/10).----------

--- Por ello, ha de declararse la nulidad de las actuaciones de ejecución de sentencia iniciadas por el apelante a partir de fs. 201.----------

--- Por último, el decisorio de grado respeta el principio de congruencia, toda vez que advertido del error incurrido, a resultas del cual pudo provocarse un perjuicio irreparable a la ejecutada, corresponde disponer lo necesario a fin de evitar la prosecución de actuaciones viciadas de nulidad. Mal puede el apelante pretender ejecutar una sentencia inexistente, cuando ante la omisión del juez de grado en consignar a la ejecutada en el fallo no solicitó oportunamente la sentencia aclaratoria o interpuso los recursos que el rito prevé para tales casos.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA

--- En consecuencia, no han de prosperar los agravios del apelante, confirmándose el decisorio de primera instancia en todo cuanto fuera materia de agravio, a excepción del punto 3) por el cual se deja sin efecto la subasta decretada en atención a la nulidad de las actuaciones que se declara.----------

--- Conforme lo expuesto, las costas de Alzada se imponen al apelante perdidoso, regulándose los honorarios de los letrados en mérito a la calidad, extensión y resultado de las labores desarrolladas, en un 25% de los que le fueron regulados en la anterior instancia al Dr. V. C. y un 30% de la misma base económica, en conjunto a los Dres. S. E. P. y E. R. V..---------- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:**----------

--- I. Revocar parcialmente el decisorio de fs. 393/395, en cuanto deja sin efecto la subasta ordenada a fs. 345 confirmándolo en todo cuanto fue decidido en lo demás. -----

--- II. Declarar la nulidad de la ejecución iniciada por el Dr. A. A. contra la Sra. M. M. H. K., a partir de fs. 201 y de todos los actos posteriores dictados en su consecuencia.------

---------- III. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 544 Anexo “A”, ley XIII, Nro. 5).----------

---------- IV. Regular los honorarios de Alzada al Dr. Darío V. C. en el 25% de los que le fueron regulados en la anterior instancia y los de los Dres. S. E. P. y E. R. V., en conjunto, en el 30% de los que le fueron regulados en la anterior instancia. (Art. 14 Ley XIII, Nro 4). Con más el I.V.A. pertinente.----------

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

--- REGISTRADA BAJO EL Nº 38 DE 2010 – SIE.- CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA