---Trelew, de diciembre del año dos mil doce.----------

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

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 264 contra la sentencia dictada a fs. 255/260, concedido a fs. 268, es fundado a fs. 269 y vta.; corrido traslado a la contraria a fs. 270, es contestado a fs. 271 y vta.; y el planteo de nulidad efectuado a fs. 266, proveído a fs. 268.----------

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

--- I.- A fs. 255/260, el juez de grado resuelve modificar la partición efectuada por el perito partidor para asignar la hijuela número 1 a V. B. T., M. T., V. B. T., L. A. T. y M. C. T. y la hijuela número 2 al coheredero H. D. G.---------- Para así decidir, considera el argumento esgrimido por las coherederas referido a la necesidad de acceder a la vivienda de raigambre constitucional para que se les adjudique la hijuela número 1, y que el Sr. G. sin desconocer esa circunstancia no expone ningún motivo para no aceptar la hijuela número 2, antes bien confirma la igualdad de ambas particiones.----------

--- II.- A fs. 266 se presenta el perito partidor S. D. y promueve la nulidad de las actuaciones a partir de la audiencia celebrada con motivo de la oposición formulada a la partición que presentara.---------- Sostiene que nunca tuvo noticias de dicha audiencia, no habiendo sido notificado de su realización, viéndose por tal motivo impedido de concurrir.----------

Refiere que en dicha audiencia hubiese expresado las motivaciones de las adjudicaciones, luego de haber consultado a los coherederos y como consecuencia de su ausencia se lo perjudica al rechazarse sin mayores fundamentos las adjudicaciones efectuadas en la partición.----------

--- Refiere que no tuvo oportunidad de defender la cuenta particionaria y se lo perjudica al no aprobarse la misma.----------

--- A fs. 268 el juez de grado provee el planteo de nulidad señalando que toda vez que se desprendió del conocimiento de la causa y dado que conforme el art. 255 del CPCC el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia, la nulidad planteada por el perito partidor se halla comprendida en el recurso de apelación, por ello, le otorga al planteo el trámite del recurso de apelación y los fundamentos planteados en el incidente de nulidad son considerados fundamentos del recurso de apelación disponiéndose el traslado a la parte contraria por el término de ley.----------

--- III.- A fs. 269 funda su recurso de apelación el coheredero G., sostiene que el juez a quo considera que la cuenta particionaria resulta ajustada a derecho, que las partes no han planteado violación alguna a la igualdad de la partición realizada por el perito partidor, indicando todo que la cuenta particionaria deberá ser aprobada sin más trámite, pero es entonces cuando el juez descubre que existe un “conflicto trágico” y fundado en la opinión de algunos filósofos que nada tienen que ver con una simple cuenta particionaria practicada en un sucesorio, y resuelve rechazar la misma alterando

las adjudicaciones.----------
--- Sigue diciendo, que fundamenta el juez a quo su decisión en la manifestación de uno de los nietos de los causantes que en la audiencia ha manifestado que carecería de vivienda, sin preguntarse si los restantes coherederos adjudicatarios poseen vivienda o van a vivir todos juntos, y ahora que será desalojado de la vivienda que ocupa, se pregunta donde vivirá.----------
--- Aduce que en la audiencia fue escuchada una heredera que tiene derecho a la décima parte del haber sucesorio, en el sentido que carece de vivienda arguyendo la ocupación por terceros de los demás inmuebles adjudicados, sin prueba alguna, y que ello no puede ser motivo suficiente para rechazar el trabajo del perito partidor quien no fue citado a la audiencia, para que explicara los motivos de las adjudicaciones.----------
--- Añade que vive en la actualidad en el inmueble adjudicado a la hijuela número 1, lo cual está demostrado en las actuaciones, al punto que se le requirió el pago de un alquiler, y tiene necesidad de vivienda como cualquiera de los restantes herederos, que vive de un modesto empleo y que se diferencia de los restantes herederos por que hereda el cincuenta por ciento de dicho inmueble.----------
--- IV.- A fs. 271 y vta., es contestado el traslado del memorial de agravios por las coherederas T. Manifiestan que resulta llamativo y extraño que el apelante plantee hoy la ausencia del perito partidor en la audiencia celebrada oportunamente, cuando en ella nada manifestó, sino que sólo confirmó que la división de las hijuelas era correcta, aspecto que su parte no cuestionó.----------
Añaden que desde un principio la cuestión recayó sobre la adjudicación de las mismas pues el perito partidor no reflejó la verdad de los hechos cuando asignó la hijuela número 1 al coheredero H. G., ya que su parte nunca prestó conformidad con ello, sino que requirió dicha hijuela argumentado la necesidad habitacional particularmente de una de ellas.---------- Refieren que el apelante no efectuó consideración alguna sino que consintió y apoyó la partición que efectuó el perito designado, pese a ser consultado para que explique las razones de su posición. Añaden que lo solicitado no es la expresión de una coheredera sino del conjunto de ellas, y que resulta llamativo que el apelante manifieste interés por el inmueble cuando nunca manifestó ese extremo, aunque tuvo varias oportunidades como por ejemplo cuando se solicitó que abone un canon en concepto de indemnización por uso exclusivo que hacía del mismo pese a contar con otra vivienda, y tampoco vertió esa pretensión en la audiencia que hoy pretende ser tildada de nulidad.----- V.- Así planteada la cuestión, cabe principiar señalando que la Alzada posee la facultad revisora sobre la admisibilidad y efecto impreso al recurso de apelación sin estar obligada ni por la voluntad de las partes, ni por la concesión hecha por el Juez de primera instancia, por más que se halle consentida (S.I.C. 91/98, SIF 015/11 Sala “B”, entre otras). Ello así, pues el recurso de apelación está sujeto a un doble examen, el de admisibilidad y el de fundabilidad. El primero está destinado a verificar la concurrencia de los requisitos de

admisibilidad de la apelación. Queda claro, entonces, que el juicio de admisibilidad es previo al de fundabilidad y que la ausencia de cualesquiera de los recaudos de aquella naturaleza, exime al órgano de apelación de emitir opinión sobre el mérito del asunto. En otras palabras, la admisibilidad se antepone al fundamento, de ahí que si el tribunal declara la inadmisibilidad no debe considerarse el fundamento (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada, Poderes y deberes”; Librería Editora Platense, 1993, pág. 9). ---------- En tal sentido, partiendo del postulado de que las reglas que gobiernan las apelaciones son de orden público, el Tribunal de Alzada, como juez del recurso de apelación, puede rever el trámite seguido en primera instancia, poseyendo la potestad de examinar tanto la admisibilidad del recurso como las formas en que se lo ha concedido, examen que puede hacerlo de oficio (Conf. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Prov. de Bs. As. y de la Nación", Comentados y Anotados, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, Tomo III, arts. 271 y ssgts., pág. 395).---------- Bajo tales premisas serán analizados los recursos de apelación concedidos por el juez a quo a fs. 268.---------- En relación al recurso de apelación interpuesto a fs. 264 de autos cumple los recaudos legales de admisibilidad y fundabilidad indispensables para ser tratado por esta Alzada.---------- En cambio, la providencia que concede el recurso que se dice interpuesto en el escrito de fs. 266 es manifiestamente improcedente.---------- Ello así, toda vez que por el escrito de mención presentado por el perito partidor, Dr. S. D. no se interpone ningún recurso de apelación. Surge de su título “Nulidad” y del contenido de su texto *“Que vengo a promover la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia celebrada con motivo de la oposición formulada a la partición presentada por el suscripto”(sic),* que se interpuso un incidente de nulidad. Su fundamento radica en la falta de notificación de la audiencia a la que concurrieron los herederos con motivo a la oposición que formulara uno de ellos a fs. 248 respecto de la cuenta particionaria de los bienes del sucesorio que oportunamente presentara.---------- Es de señalar, que es claro y preciso el art. 247 del CPCC al establecer que “el recurso de apelación se interpondrá verbalmente o por escrito y en este último caso se hará constar por diligencia que el secretario o el prosecretario asentará en el expediente”. Y añade que “el apelante deberá limitarse a la mera interposición del recurso y si esta regla fuere infringida se mandará devolver el escrito, previa anotación que el secretario o prosecretario pondrá en el expediente, con indicación de la fecha de interposición del recurso y del domicilio que se hubiese constituído, en su caso”.---------- Ninguno de estos extremos se cumple en el escrito de fs. 266 respecto del cual se dispuso conceder el recurso de apelación, mal entonces pudo concederse un recurso que el partidor no interpuso, y menos aún considerar los fundamentos de un incidente de nulidad como el memorial de agravios de ese recurso

siguiendo el tenor del artículo citado.---------- En efecto,"La forma escrita se efectúa generalmente a través de una presentación que cumpla con los requisitos del art. 118 del CPCCN, la cual se agrega al expediente, firmado por el apelante y su representante", y el apelante "debe limitarse a la mera interposición del recurso (Cám. Fed. Seg. Soc., Sala 3ª, 28/8/96, Pérez, Andrea Liliana c/ A.N.S.e.S."), de manera directa y principal, esto es de manera incondicional. Asimismo "no es admisible que dicho escrito importe también memorial" (Conf. C.N.Civ., Sala D, 14/4/83, Bianchini, Italo E. Y otra c/ Municipalidad de la Capital, La Ley, 1984-A,295, cit. por Marcelo López Mesa, "Cód. Proc...", Ed. La Ley-2012, Tomo II, págs. 939/940) El escrito debe estar firmado por el apelante o su representante, debe ser interpuesto en forma expresa, de modo de quedar bien clara la intención de utilizarlo para impugnar (Adolfo Rivas, "Derecho procesal, Tratado de los recursos ordinarios", Ed. Ábaco, pág. 395).---------- Ello así, pues rige para el caso el principio de legalidad de las formas, toda vez que es la ley la que establece todo lo vinculado al recurso de apelación, sin que las partes ni el juez puedan crear recursos que la ley no ha creado o ha limitado su admisibilidad. Es que, las reglas que distribuyen la competencia en razón del grado y, específicamente en el sentido vertical, como todas las que se basan en motivos de interés general, son de orden público, y las normas respectivas tienen carácter imperativo en cuanto no pueden las partes, ni el juez apartarse de ellas ni dejarlas sin efecto.---------- En efecto, el Tribunal de Alzada atento el carácter de orden público que reviste la competencia dada por el grado, tiene facultades para analizar de oficio la procedencia de los recursos de apelación y de nulidad, más allá de lo que haya decidido el a quo al conceder el recurso, y por encima de la aquiescencia que las partes pudieran prestar en forma expresa o tácita a la apertura de la instancia de alzada (C.Civ. Com. Bell Ville, 7/12/92, RepLL, 1993-1420, nº 22, y LLC, 1993-929, obra y autor citado pág. 24).---------

--- En tal contexto, el juez de grado ha violado el principio de legalidad al conceder un recurso de apelación que ninguna de las partes interpuso, asumiendo una legitimación que no posee pretendiendo con ello habilitar el ejercicio de la jurisdicción por este Cuerpo.----------

--- Es que, como se señaló, por ser la competencia de Alzada de orden público, no se puede imponer al tribunal de apelaciones el conocimiento de un asunto que, por ser inadmisible, no debe conocer, y en este aspecto esta Alzada tiene amplias facultades para negar su intervención.----------

--- Asimismo se ha vulnerado el principio de iniciativa de parte, derivación del principio dispositivo según el cual toda persona tiene autonomía para disponer de sus derechos subjetivos o de fondo. Consiste, en la facultad que tiene toda persona de interponer un recurso o elegir la vía impugnativa que estime más conveniente, entonces, no puede hacerse sino a pedido de parte, pues a éstas les corresponde la carga de la

impugnación; porque los recursos funcionan por iniciativa de las partes y en consecuencia a ellas corresponde su deducción.----------

--- También se ha desconocido el principio de congruencia en virtud del cual debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto en la decisión jurisdiccional, es decir debe mediar conformidad, correspondencia, correlación entre el contenido de las resoluciones judiciales y lo que ha sido objeto de petición por la parte.----------

--- VI. Desde otra óptica, sabido es que en materia de nulidades procesales cabe distinguir: a) el incidente de nulidad, b) el recurso de nulidad, c) la excepción de nulidad y d) la acción de nulidad por cosa juzgada írrita.----------

--- En lo que aquí interesa habrá de distinguirse el recurso de nulidad del incidente de nulidad. En primer lugar, el recurso de nulidad se haya implícito en el recurso de apelación y **procede cuando la sentencia adolece de vicios o defectos de forma o construcción**, que la descalifican como acto jurisdiccional, es decir si se dictó sin sujeción a las reglas de tiempo, lugar y forma, prescriptas por la ley adjetiva. Los motivos pueden ser de diversa índole, tales como: a) lo atinente a la fecha del fallo, b) ausencia de la firma del magistrado, c) déficit en la constitución del tribunal, d) ausencia de motivación entre otros supuestos. Y para poder incoar este medio recursivo debe fundarse en el momento oportuno y han de cumplirse los demás requisitos de admisibilidad de la apelación (el resaltado nos pertenece)(Juan Carlos Hitters, “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Librería Editora Platense, 2da. Edición,, págs. 532 y sigs., en el mismo sentido, De Santo, “Tratado de los Recursos, Tomo I, Ed. Universidad, “Recursos Ordinarios”, pág. 454).----------

--- Procede el recurso de nulidad en el caso de que la sentencia presente vicios en su construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, en particular, cuando ha sido pronunciada sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, vale decir, de irregularidades que afectan a la sentencia “en sí misma” (conf. CN. Civ., Sala C, 5/2/89, JA, 1989-IV-82; entre otros). Se trata de vicios que afectan a la resolución misma, defectos nacidos en la construcción del decisorio y que vinculan la sentencia con la teoría de la nulidad (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 889) (esta Sala, voto del Dr. De Cunto, SDC Nro. 003/12).----------

--- En segundo lugar, el incidente de nulidad procede para reparar los vicios de procedimiento, para obtener tal declaración respecto de cualquier acto procesal realizado durante el curso de la instancia con anterioridad al dictado de la pertinente resolución (De Santo, “Tratado de los recursos “, Ed. Universidad, pág. 448).----------

--- Es decir, el recurso de nulidad se circunscribe a los errores de la propia sentencia, de modo que los vicios del procedimiento anterior al acto no constituyen motivos de recurso. Por el contrario, han debido haber sido impugnados por la vía incidental en la primera instancia (conf. CN. Civ., Sala C, 3/2/89, JA, 1989-IV-82; CN. Com., Sala E,

4/4/89, Rep.JA, 1989-912, nº 8; CNAT, Sala VIII, 27/7/87, Rep.JA, 1989-912, nº 10; entre otros). Es que el recurso de nulidad comprende los vicios u omisiones que contenga la resolución, mientras que el incidente de nulidad constituye el medio idóneo para denunciar las irregularidades procedimentales que precedieron a la sentencia (conf. CN. Civ., Sala A, 11/12/80, LL, 1981-D-599, 36.017-S; íd., Sala D, 13/12/79, LL, 1980-B-290; íd., Sala E, 31/3/78, ED, 78-289; entre otros, esta Sala SDC 03/12). ---------

--- Cabe advertir que los vicios que pudieron haber existido en el curso del procedimiento, debieron dar lugar -para ser solucionados- a la articulación de un incidente de nulidad en la misma instancia en que se produjeron. La omisión de esa vía conduce a concluir, inevitablemente, en que los eventuales vicios quedaron convalidados (arg. arts. 170 y 172 CPCCN.; conf. sala “A”, causas 8309 del 28/10/1980; 1120 del 15/12/1982; 5695 del 15/4/1988; 6736 del 30/6/1989; 8872/92 del 30/4/1993 y sus citas; 842/94 del 24/3/1995; 113 del 10/2/1998; etc.; C. Nac. Civ., sala G. LL-1988-A-161; Palacio, L. E., ob y loc. cits.; Fenochietto, C. E. y Arazi, R., ob. y loc. cits.)(Sala “A”, voto Dr. López Mesa, SDF 001/10).----------

--- Y ha quedado demostrado que en autos el perito partidor, plantea el incidente de nulidad dentro del plazo legal, por ello el juez de grado debió dar trámite al incidente de nulidad, y tener presente los recursos interpuestos para concederlos de corresponder una vez que se hubiese sustanciado y resuelto el incidente de nulidad.----------

--- Sin embargo, el juez a quo adujo equívocamente que se había desprendido del conocimiento de la causa en razón de la concesión del recurso de apelación interpuesta por algunos de los coherederos a fs. 264, y cuyo proveimiento quedó pendiente hasta que se notificaran todos los herederos y el perito partidor. Ello así, al presentar el escrito el perito partidor con cargo de fecha 10 de octubre del 2012, a las 7:35 horas, aún no estaban todas las partes notificadas, de modo tal que no existía obstáculo alguno para sustanciar el incidente de nulidad. Y posteriormente tener por notificados a los restantes herederos de la resolución de fs. 265/260 a raíz de la presentación de fs. 267 con cargo de fecha 10 de octubre del 2012 a las 8:27 horas, supeditando la concesión del recurso de apelación interpuesto a fs. 264, a las resultas del incidente de nulidad planteado, por que es deber de los magistrados mantener la igualdad de las partes en el proceso y vigilar para que en la causa se procure la mayor economía procesal.----------

--- La apertura de la segunda instancia con la interposición de un recurso, en principio, agota las atribuciones del juez de grado en lo relativo al recurso de apelación. Sin embargo, es prematuro el apartamiento del juzgador cuando se plantean otras cuestiones, como el incidente de nulidad interpuesto a fs. 266 que ante la eventualidad de ser admitido, conllevaría la nulidad del recurso de apelación interpuesto y con ello la apertura de la segunda instancia.----------

--- El modo en el que fue resuelta la petición del perito partidor, compromete el ejercicio de su derecho de defensa en juicio, dado que no le permite ser oído (art. 18

Const. Nac. y art. 44 primer párrafo Constitución Provincial), y es de recordar que el objetivo de las formas procesales es fundamentalmente asegurar la defensa en juicio de las personas y de los derechos, es decir, tienden a resguardar esa garantía constitucional. Por ello la interpretación de las mismas debe hacerse sin menoscabo de ese objetivo (López Mesa, Marcelo J., “El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia”, publicado en: LA LEY 12/06/2012).----------

--- En tal contexto, corresponde declarar la inadmisibilidad formal del recurso de apelación concedido a fs. 268, segundo párrafo y devolver las actuaciones a primera instancia a fin de que sustanciado el incidente de nulidad planteado a fs. 266, el mismo sea resuelto.----------

--- Por otra parte siendo que el recurso concedido en el primer párrafo de fs. 268, se halla vinculado a la decisión que se adopte en el incidente de nulidad, este Cuerpo habrá de expedirse, de corresponder, una vez que haya sido resuelto el incidente planteado por el perito partidor. Ello así, en ejercicio de los deberes asignados en el art. 34 inc. 5to. ap. a), b), c), y e) del CPCC.----------

--- En su mérito la Sala B de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**:----------

--- I.- Declarar la inadmisibilidad formal del recurso de apelación concedido a fs. 268, segundo párrafo.----------

--- II.- Devolver los autos a la instancia anterior a fin de que sustanciado el incidente de nulidad planteado a fs. 266, el mismo sea resuelto.----------

--- III.- Sin imponer costas, ni regular honorarios atento que la resolución apelada fue dictada de oficio.----------

---La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por hallarse con licencia el restante integrante de la Sala Dr. Aldo Luis De Cunto (Art. 7º ley V nº 17).----------

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

Raúl Adrián Vergara
Juez de Cámara

Sergio Rubén Lucero
Presidente

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº_____DE 2012 – SIE - CONSTE**.----------

Vilma Noemí Birri
Secretaria de Cámara