----Trelew, de setiembre del año dos mil trece. ----------

---- **VISTOS:** ----------

---- El recurso de apelación interpuesto a fs. 129 contra de la sentencia interlocutoria dictada a fs. 111/114vta., concedido a fs. 145 es fundado a fs. 148/151vta., corrido traslado a la contraria del memorial de agravios es contestado a fs. 154/155vta.----------

----El recurso de apelación interpuesto a fs. 117 contra la regulación de honorarios realizada en la sentencia dictada a fs. 111/114vta. ----------

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

--- I.- A fs. 111/114vta. la jueza de grado resuelve hacer lugar a la excepción de falsedad interpuesta por el Sr. E. A. B., rechazar la ejecución intentada contra la Sra. A. F. M. y manda llevar adelante la ejecución intentada por el B. M. S.A. contra J. C. C. y D. Al. B..---------- ---- Impone las costas de la excepción por el orden causado, y las costas de ejecución a la demandada vencida, y regula honorarios a la Dra. R.B. M. en un 2,87%, al Dr. S. D. en un 8,43%; a los Dres. S. I. G. y G. T. en un 1,50% en forma conjunta; y los de la perito calígrafa, M. P. R., en un 4% sobre el monto del proceso con más el IVA si correspondiere.---------- Para así decidir tiene por acreditada la falsedad de la firma atribuída al Sr. E. A. B., en razón del resultado de la pericia caligráfica realizada.---------- --- Asimismo rechaza la demanda contra A. F. M. toda vez que en su carácter de fiadora asumió un contrato de garantía circunscripto a las obligaciones que el demandado C. asumiera con la entidad bancaria, no así las obligaciones que el primero concertara con terceros ajenos a su relación con la entidad bancaria.---------- Respecto a los codemandados J. C. C. y D. A. B., manda a llevar adelante la ejecución todas vez que han sido notificados, intimados y requeridos de pago sin que hayan comparecido a estar a derecho ni opuesto excepciones legítimas.---------- --- II.- A fs. 117 los Dres. G. T. y S. I. G. apelan la regulación de honorarios a su favor por bajos.---------- ---------- III.- A fs. 128/129vta. el codemandado D. A. B. plantea nulidad de notificación y de todos los actos procesales, toda vez que jamás fue anoticiado para ejercer su derecho de defensa en juicio. Transcribe el art. 142 del CPCC y los principios generales que establece el art. 26 la ley 920 (legalidad, igual tutela, verdad material, imprescindible audiencia de parte, principio de valoración de la prueba), en su apoyo.------- Asimismo interpone recurso de apelación. En el apartado Derecho cita el Pacto de San José de Costa Rica que en su art. 8 señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tri9bunal competente.---------- ---------- Hace reserva del caso federal.---------- ---------- A fs. 138 la jueza a quo dispone correr traslado del incidente de nulidad y tiene presente el recurso de apelación interpuesto.---------- ---------- A fs. 139/140 la actora contesta el traslado conferido señalando que le causa asombro el planteo del codemandado B. toda vez que remite a

la ley de procedimiento administrativo 920 y refiere a notificaciones por cédula demostrando un preocupante desconocimiento del proceso ejecutivo, ignorando que la primera notificación debe realizarse a través del correspondiente mandamiento de intimación de pago al deudor.---------- ---------- Sostiene que la intimación de pago fue realizada en el domicilio fijado en el título ejecutivo, según surge del reverso del cheque, el que además es el mismo lugar en el que denunció como domicilio real al presentarse en autos. ---------- ---------- Resalta que es unánime la doctrina al sostener que el requerimiento de pago debe hacerse al deudor, y que no es necesario dejar el aviso como ordena el art. 339 CPCC para los juicios cognoscitivos y destaca que no obstante la trascendencia de la intimación de pago y citación de remate que debe llevar a cabo el oficial de justicia, tal diligencia puede realizarse aunque el deudor no esté presente de conformidad con el art. 531 CPCC. Solicita se aplique al caso la multa prevista por el art. 556 del CPCC.---- --- La jueza a quo resuelve rechazar el incidente de nulidad articulado y concede el recurso de apelación contra la sentencia obrante a fs. 111/114vta. considerando que además de la cita de normas inaplicables al caso, el planteo de nulidad no reúne los requisitos establecidos por el art. 550 CPCC, en cuanto a la ilegalidad de las actuaciones de intimación de pago o el incumplimiento de las normas correspondientes a la preparación de la vía ejecutiva, efectuando el depósito de las sumas incluídas en el mismo u oponiendo las excepciones pertinentes.---------- --- Asimismo no hace lugar a la aplicación de la multa prevista en el segundo párrafo del art. 556 CPCC solicitado por la actora, toda vez que deviene improcedente porque se dictó sentencia de trance y remate, momento en el cual era oportuna su imposición.----- --- A fs. 148/151vta. expresa agravios la apelante opone la excepción de falsedad de título solicitando se designe perito calígrafo a efectos de corroborar que la firma sobre el cheque presentado es falsa.---------- ---------- --- Previo alegar la falsedad de título y ofrecer prueba pericial caligráfica, agravia al apelante la decisión de la jueza a quo, por cuanto sostiene que ambas partes debieron tener idéntico derecho de defensa en el proceso y se debió velar por la vigencia real y efectiva del principio constitucional citado para arribar a una solución justa. Considera que la resolución dictada por el inferior es producto de la prueba parcializada del actuar sin fundamentos de la magistrada, al no poder contar el Sr. B. con la posibilidad de tomar conocimiento real y oportuno del proceso para ejercer su derecho de defensa en juicio.---------- ---- Niega la firma inserta en el documento e insiste en la necesidad de la prueba pericial caligráfica, toda vez que no habiendo sido notificado debidamente de la existencia del proceso no pudo ejercer ese derecho en forma oportuna.---------- ----Se agravia por la imposición de costas en su contra toda vez que sostiene que jamás existió el documento que se pretende hacer valer contra su mandante y pretende la jueza a quo con una base errónea hacer cargar al mismo con las costas y costos

totalmente fuera a derecho. Funda sus dichos en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional y en los arts. 8, 11, 21 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica.----------

--- Contesta agravios la actora sosteniendo que la expresión de agravios no constituye una crítica concreta y razonada de los fundamentos dados por la jueza a quo, no bastando una enumeración de los agravios sin una crítica precisa de la sentencia.--------

--- IV*.- Apelación codemandado B.:* En orden a la insuficiencia del memorial de agravios presentada por el apelante que alega la parte actora, sin perjuicio de la inclusión de peticiones inadmisibles en el marco de un recurso de apelación concedido en relación que más adelante serán objeto de tratamiento, entiende esta Alzada que si bien la pieza recursiva roza los límites de la deserción técnica, no obstante contiene una crítica suficiente para ser atendida por este Tribunal toda vez que al fundar el primer agravio refiere que *"ambas partes debieron tener idéntico derecho de defensa en el proceso y que el a quo debió velar por la vigencia real y efectiva de este fundamental principio constitucional...al no contar el Sr. B. con la posibilidad de tomar conocimiento real..."*(ver fs. 148vta. infine/149). ----------

----V. En primer lugar, cabe señalar que en la apelación concedida en relación el procedimiento ante la cámara de apelaciones es meramente decisorio y no instructorio en virtud de que al estar vedada la producción de pruebas y la alegación de hechos nuevos, las actuaciones se reciben en la Alzada para ser resueltas (S.I.C. N° 131/02, SIE 09/11Sala "B").----------

--- La posibilidad de replantear la producción de las probanzas en la oportunidad y modo que prescriben los incisos 2° y 5° b) del art. 263 del rito son normas aplicables a los recursos concedidos en forma libre, y la forma en que se ha de otorgar la apelación contra la sentencia que recaiga en un juicio ejecutivo es en relación (art. 245, 2° pár. CPCC).----------

--- De acuerdo a lo establecido por los arts. 262, 263 y 278 del CPCC el replanteo de pruebas sólo procede en los casos que el recurso se hubiese concedido respecto de sentencia definitiva, dictada en proceso ordinario o sumario, que no es el caso del recurso concedido en relación.----------

--- Es de destacar, asimismo, que aún tratándose de un proceso ordinario o sumario las probanzas a solicitar al amparo de los artículos citados requieren que hayan sido peticionadas en la instancia anterior, y que hayan sido denegadas o hubiese mediado declaración de negligencia. Es limitativo el replanteo de cuestiones no pudiendo ser objeto del mismo otras situaciones distintas de las regladas. Así no corresponde el replanteo de pruebas que no hubieren sido ofrecidas en primera instancia por el interesado.----------

--- Se advierte, además, que la prueba solicitada es a los fines de demostrar un hecho ingresado en esta instancia, no alegado en la primera instancia, apareciendo un segundo valladar a la petición del apelante, -también insuperable-, cual es el límite que fija a este Tribunal el art. 280 del CPCC según el cual no podrá fallar sobre capítulos no

propuestos al juez de grado.----------
--- Es sabido que en nuestro régimen procesal, el ejercicio de la función jurisdiccional se halla dividido en dos grados de competencia, la primera instancia con el ejercicio pleno de la jurisdicción sobre todo lo que constituye el objeto del litigio, y la segunda instancia limitada a aquello que las partes señalan cuando ejercen el recurso de apelación, de allí que no siendo competencia originaria la del tribunal de apelación no pueden plantearse cuestiones no sometidas al juicio del a quo, aún si mediare acuerdo de partes, pues se trata de una competencia por grado que es de orden público (C. Civ. Com. Rosario, Sala II, 19/12/63, RepLL, 1965-1259, nº 64, cit. por Roberto G. Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil” Tomo 1, Ed. Astrea, pág. 196).---------
---- Ello así se desestima el replanteo de prueba y el segundo agravio del escrito recursivo.----------
--- VI. Es exigencia legal que el memorial de agravios constituya una crítica concreta y razonada en el sentido que el apelante explique el yerro de la magistrada y las normas no aplicadas en su decisión (conf. arts. 268 y 269 CPCC).----------
--- En este aspecto, se observa que la apelante no fue precisa en su exposición indicando cómo la jueza de grado vulneró su derecho de defensa, ni deja en claro la falta de equidad evidenciada en el desarrollo del proceso. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que esta Alzada con motivo de la apelación interpuesta asume la plenitud de la jurisdicción, de modo tal que debe ceñirse, sí a los puntos objetados, pero dentro de ellos tiene amplias facultades iguales a las que sobre la materia tenía el a quo.----------
--- En este marco legal, analizada la fundamentación de la sentencia que manda llevar adelante la ejecución contra el apelante la jueza de grado afirma que el codemandado B. “*fue requerido de pago y citado de remate con las prevenciones de ley sin que haya comparecido a estar a derecho”* (tercer párrafo de fs. 113)----------
Sin embargo dicha aseveración no refleja la realidad que se desprende de las constancias del expediente, toda vez que del mandamiento glosado a fs. 65 y vta., surge claro y palmario que el Sr. B. nunca fue intimado ni citado de venta para oponer excepciones. En efecto, sólo surge de la diligencia que se dejó aviso que se volvería al día siguiente pero se volvió el mismo día y se notificó dejando copia en la puerta de acceso al domicilio, esto es, siguiéndose en parte las formalidades propias para la notificación del traslado de demanda en los procesos de conocimiento que por cierto difieren de las establecidas legalmente para el diligenciamiento de un mandamiento de intimación de pago y citación de remate.---------- Al respecto, es claro el art. 536 inc. 1ro. del CPCC en cuanto establece que “el oficial de justicia con el mandamiento requerirá de pago al deudor...” y el art. 547 del mismo código al enunciar que “la intimación de pago importará la citación para oponer excepciones...y constituir domicilio bajo apercibimiento del art. 41 del rito”. Es decir, dados los efectos jurídicos que derivan del mandamiento de intimación de pago y citación de remate, el legislador ha rodeado su diligenciamiento de ciertos recaudos tendientes a asegurar el derecho de

defensa en juicio.---------- En idéntica tesitura, el art. 548 del mismo código establece que la intimación de pago y la citación para oponer excepciones son trámites irrenunciables, los que quedó demostrado en autos no se cumplimentaron adecuadamente, conforme el código de rito que nos rige y también el que rige en la Provincia en la que se realizó la diligencia (arts. 510, 521 y 522 C .Proc. Pcia. Santa Cruz).----------

--- En efecto, es de tal trascendencia el trámite de intimación de pago que su cumplimiento es imprescindible, constituyendo un acto procesal irrenunciable, encontrándose comprometido el orden público, pues el derecho constitucional de defensa en juicio está en juego. ----------

----Si bien esta Sala ha sostenido reiteradamente que para la procedencia de nulidad se requiere la alegación concreta del perjuicio real ocasionado por el acto que se reputa irregularmente cumplido y que no se suple la carga impuesta por el art. 174, segundo párrafo del Código Procesal con la mera invocación genérica o imprecisa de haberse lesionado el derecho de defensa sino que debe alegarse y argumentarse al respecto, en el caso traído en apelación ello surge evidente ante la falta de intimación de pago al ejecutado, acto irrenunciable y asimilable en algunos de sus efectos a la notificación de la demanda (traba de la litis), y en otros efectos concretos que son propios del mandamiento de intimación de pago y citación a oponer excepciones y que afectan el derecho de defensa en juicio. ----------

--- Es que la intimación de pago produce efectos específicos, diferentes a los efectos procesales y sustanciales comunes que derivan de la notificación de la demanda en los procesos de conocimiento. Entre ellos, nace la carga para el ejecutado de comparecer para oponer excepciones, marcando el punto de partida del plazo que se le confiere para ello e importa el requerimiento para que el deudor, dentro del mismo plazo, constituya domicilio bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 41 del rito.----------

--- Ello así, ante la gravedad de las irregularidades procesales reseñadas, la jueza a quo debió declarar de oficio la nulidad del citado mandamiento y disponer una nueva diligencia, antes de continuar con el proceso (art. 36, inc. 5to. aps. b, c, y e del CPCC).--

--- Al respecto, cabe distinguir, que en el ámbito civil los actos afectados de nulidad absoluta no producen ningún efecto, ésta puede ser declarada de oficio y no admiten confirmación; y que en el Derecho Procesal, los actos viciados de nulidad producen sus efectos mientras la nulidad no sea declarada, y pueden ser confirmados expresa o tácitamente por la parte a quien afecta, si ésta no reclama en tiempo su reparación.------

--- No es correcto echar mano al art. 550 del CPCC para convalidar actos procesales que afectan gravemente garantías constitucionales.----------

--- Los vicios de los actos procesales de los que deriva la nulidad que aquí se declara exhiben características que exceden el ámbito procesal para introducirse en el ámbito de las nulidades regidas por el derecho sustancial. La nulidad que se declara procede en salvaguarda de la ley sustancial, toda vez que las irregularidades procesales

detectadas en el transcurso del proceso afectan derechos y garantías reconocidos en los arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y arts. 6 y 44 de la Constitución de la provincia del Chubut.----------

---- Por ello, es deber de esta Alzada declarar de oficio la nulidad dado que el vicio de los actos jurídicos que se anulan aparece manifiesto e insubsanable. Y manifiesto es lo patente, lo perceptible a simple vista, sin necesidad de recurrir a investigación alguna, y esto ocurre en los actos nulos (Zanonni, “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, 1986, p. 211), y resulta ser la interpretación más valiosa de la norma, porque permite respetar al juez como depositario del control de legalidad que atañe a los intereses generales que reconoce el art. 1047 del C. Civil. (Conf. Alberto J. Bueres – Elena I. Highton, “Cód. Civ...”, Ed. Hammurabi, Tomo 2-C, págs. 360/361). ----------

---- En efecto, nuestro sistema ha dejado al arbitrio prudente del juez el manejo de la clasificación de las nulidades, con la libertad consiguiente de apreciar cuándo un caso dado reviste nulidad absoluta o relativa, según el interés público o privado hayan sido vulnerados. La opción de política legislativa se ha inclinado por dar mayor libertad de movimiento al juez, haciendo perder algo de seguridad, con la contrapartida de que de esta forma se buscó ganar en efectiva justicia (conf. Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho civil, parte general”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, tomo II, pág. 611 y sigtes.).----------

---- En tal sentido, se admite en el derecho procesal la existencia de principios, reglas y garantías considerando a estas últimas como los derechos constitucionales o fundamentales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido, mientras que las reglas y principios son proyecciones que no pueden opacar a aquéllas, o dejarlas de lado, toda vez que sería nulo cualquier procedimiento que no aplicara a pie juntillas las garantías establecidas.----------

---- En el caso de nulidad se está ante un acto que tiene existencia pero cuya eficacia, por causas anteriores o coetáneas al propio acto, está afectada en el parámetro de su validez o invalidez como productor de los efectos propios a los que estaba destinado (Conf. Marcelo J. López Mesa, “Sistema de Jurisprudencia Civil,” Ed. Abeledo Perrot, Tomo II, págs. 1879/ 1880).----------

---- En tal contexto, la finalidad de la sanción de nulidad se encuentra en la idea de reparación, toda vez que se ha violado una norma jurídica, entonces, es necesario enmendar el menoscabo que ha sufrido la persona titular de los intereses comprometidos en el acto jurídico. El acto inválido no produce, entonces, los efectos que le son propios. ----------

---- Llevado a la práctica, la garantía de defensa en juicio y del debido proceso no pueden ser vulnerados y se afectan estos derechos cuando al apelante se le endilga su falta de presentación en el proceso y de la diligencia del mandamiento de intimación de pago y embargo no surge que el Oficial de justicia interviniente lo haya intimado de pago y le haya hecho saber el plazo para comparecer que tenía el apelante y las

defensas que podía oponer y se omitió arbitrariamente el cumplimiento de trámites irrenunciables, tales la intimación de pago y la citación para oponer excepciones.---------

----Dada la trascendencia del acto de intimación de pago y el peligro de una ligera valoración sobre su realización, que conllevaría a violentar las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, no puede aceptarse, que la conducta pasiva de quien representa al ejecutado haya convalidado la omisión de dicho requerimiento. Ello es así porque en el juicio ejecutivo, son irrenunciables la intimación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia (Cám. 1ra. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 3, 19-10-09, " Consorcio Edif.. Torre c/ Gianotti s/ Ejecución" JUBA B1408436). ----------

----En consecuencia se admite el primer agravio y se declara la nulidad del mandamiento de fs. 65 y vta. y de todas las actuaciones posteriores dictadas en su consecuencia. Atento la solución a la que se arriba deviene innecesario expedirse respecto de la imposición de costas que fuera objeto del tercer agravio del apelante.-----

--- Atento la nulidad de las actuaciones que se declara de oficio, no se imponen costas ni se regulan honorarios toda vez que la labor de los letrados resultó inoficiosa (Art. 3 Ley XIII, Nro. 4).----------

--- VII. *Apelación Dres. G. T. y S. I. G.*: La jueza a quo, en los considerandos de la sentencia de fs. 111/114vta. reguló honorarios por la labor desplegada por los citados profesionales por la excepción, en conjunto, en el 1.5% del monto del proceso.----------

---------- El art. 39 de la ley XIII Nro. 4, establece que los procesos de ejecución se consideran divididos en dos etapas, la primera comprende el escrito inicial hasta la sentencia, y las segunda las actuaciones posteriores hasta el cumplimiento de la sentencia definitiva, reduciéndose el honorario que resulte de la aplicación del art. 6 primera parte en un 10% si hubiere excepciones y en un 30% si no hubiere excepciones.----------

----Es decir, las excepciones en este proceso no constituyen un incidente con mérito suficiente para regular honorarios con independencia de la regulación por la actuación en el principal. Ello así, se evalúan las tareas llevadas a cabo por los letrados hasta la sentencia a fin de establecer sus honorarios los que de conformidad con la norma citada comprenden la primera etapa del proceso.----------

--- Del cotejo de las actuaciones surge que además de plantear la excepción de falsedad, el Dr. I. G. libró las cédulas de notificación de la providencia de traslado de la excepción de la providencia que dispuso la apertura a prueba, de designación y del depósito del anticipo de gastos a la perito calígrafa; como así también el escrito por el que pidió nueva audiencia. Por otra parte, ambos letrados presentaron escritos denunciando datos para producir prueba informativa y el depósito del anticipo de gastos para la perito calígrafa y solicitaron el dictado de la sentencia.---------- Ello así, teniendo en cuenta que el art. 6 primer párrafo establece que para el vencedor se regularán honorarios entre el 11% y 20% del monto del proceso; y que el proceso ejecutivo consta de dos etapas, corresponde regular por la primera etapa del proceso el

8,5% reducido en un 10% de lo que resulta el 7,65% del monto del proceso, este último conformado por el capital reclamado con más sus intereses conforme la tasa activa que cobra el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos desde que es debido hasta la fecha de la sentencia dictada a fs. 112/114vta. (arts. 5, 6, 9, 36, 39 y conc. de la ley XIII, Nro. 4) con más el IVA pertinente.----------

--- Por último no se imponen costas y no se regulan honorarios por la labor desarrollada en la Alzada toda vez que en materia de honorarios los memoriales y sus contestaciones en principio no devengan costas.----------

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

--- I.- Declarar la nulidad del mandamiento glosado a fs. 65 y vta. y de todas las actuaciones que se realizaron como consecuencia del mismo.----------

--- II.- Encomendar a la jueza a quo que una vez recibidos los autos ordene un nuevo mandamiento de intimación de pago y embargo contra el codemandado D. A. B..----------

---------- III.- Sin imponer costas ni regular honorarios toda vez que resultan inoficiosas las actuaciones desarrolladas por los letrados de las partes (Art. 3 Ley XIII, Nro. 4).---------- IV.- Revocar la regulación de honorarios efectuada a los Dres. S. I. G. y G. T. en la sentencia dictada a fs. 111/114vta.---------- V.- Regular honorarios a los Dres. S. I. G. y G. T., por su labor en primera instancia, en el 7,65% del monto del proceso a determinar conforme lo expresado en el considerando respectivo (arts. 5, 6, 9, 36, 39 y conc. de la ley XIII, Nro. 4), con más el IVA pertinente.---------- VI.- Sin imponer costas ni regular honorarios por la labor desarrollada en la Alzada toda vez que en materia de honorarios los memoriales y sus contestaciones en principio no devengan costas.----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Aldo Luis De Cunto (Art. 7º Ley V Nº 17).----------

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

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

----REGISTRADA BAJO EL NUMERO DEL 2013 SIE.- Conste.----------

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA