----Trelew, de julio del año dos mil quince.----------

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

----El recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 384 contra la sentencia interlocutoria dictada a fs. 381/382 concedido a fs. 385, es fundado a fs. 395/396vta., corrido traslado del memorial de agravios a la contraria a fs. 397, es contestado a fs. 398/vta.; y el recurso de apelación interpuesto por el Dr. A. M. a fs. 384 por derecho propio concedido a fs. 401, es fundado a fs. 402/404vta., corrido traslado del memorial de agravios a fs. 405, no es contestado.---------- --- **Y CONSIDERANDO**: ---------- I.- A. fs. 381/382 el juez de grado resuelve reencauzar el procedimiento generado a partir de la presentación de fs. 339/341, el que continuará según las normas de la tercería de mejor derecho (arts. 98 del CPCC) y por el trámite de los incidentes. Tiene por producidas las pruebas ya incorporadas y por válidas las que se encuentran en curso de ejecución y autoriza a los incidentistas a que dentro del plazo de cinco (05) días de notificados de la decisión formulen las apreciaciones que consideren relativas a la tercería de mejor derecho, como asimismo ofrecer alguna prueba que estimen procedente y útil.----------

--- Para así decidir estima que corresponde asignarle a la incidencia planteada el carácter de tercería de mejor derecho, dado que tratándose el bien a subastar en autos, de un inmueble el art. 105 del CPCC exige el título de dominio para habilitar la vía del levantamiento de embargo sin deducir tercería elegida por el tercero. Cita jurisprudencia en su apoyo. ----------

----II.- Agravia a la parte actora la decisión del juez de grado al sostener que el incidentista, M. Z., solicitó el levantamiento de embargo sin deducir tercería, cuando no reunía los requisitos exigidos por el código de forma para su levantamiento, pues se requiere como condición sine qua non el acompañamiento del título de dominio o haber acreditado la posesión del mismo. Que no presentó el titulo de dominio, y no acreditó la posesión tal cual surge del acta de constatación efectuada por el oficial de justicia al constatar el estado de ocupación de las viviendas, respecto de las que aseveró que se encontraban alquiladas, aunque no exhibieron contrato de locación que lo probase.---------- Alega que el incidente de levantamiento de embargo sin tercería debió ser rechazado in límine al momento de su presentación.----------

Especialmente señala que le ocasiona agravio que el juez de grado pretenda sustituir la incorrecta presentación del peticionante en forma tardía, menoscabando el derecho de defensa y el principio de equidad procesal e igualdad de las partes, soslayando la expresa tutela constitucional, que establece la ley de contrato de trabajo a favor del trabajador, de ineludible observancia conforme el principio in dubio pro operario.----------

-- Resalta que se vulneraron expresos principios procesales, pues en primer lugar debió

desestimar in límine el levantamiento de embargo sin tercería, en segundo lugar no debió ordenar la apertura a prueba y menos de oficio.----------

--- Insiste que el juez de grado aplicando el principio iura novit curia tardíamente, transformó el planteo efectuado por la actora en una tercería de mejor derecho y ante el resultado negativo de la prueba ofrecida, decide reencauzar tardíamente el procedimiento para volver a tramitar una nueva tercería de mejor derecho cuando la prueba ya se ofreció y se produjo en forma negativa.----------
-- Aduce que el decisorio apelado vulnera el “thema decidemdum”, ya que es deber del juez emitir su pronunciamiento sobre lo que fue objeto de petición conforme las normas del código de procedimiento (arts. 34, inc. 4 y 163, inc. 6) que establecen el principio de congruencia, es decir la conformidad que debe existir entre la resolución judicial y el planteo litigioso. Cita doctrina en su apoyo. Refiere que el juez de grado no debió omitir, alterar o exceder el planteo litigioso, dado que al hacerlo su pronunciamiento carece de causa o razón que lo justifique y se manifiesta como una omisión o exceso de poder jurisdiccional en perjuicio del derecho de una de las partes. Concluye se revoque el proveído atacado con expresa imposición de costas a la actora peticionante rechazándose el levantamiento de embargo planteado ----------
-- III.- A fs. 398 y vta. contesta el incidentista el traslado que le fuera conferido del memorial de agravios.----------
-

--- Señala, reconociendo el carácter reiterativo de sus manifestaciones, que es propietario del inmueble por un convenio laboral, con intervención de la autoridad laboral que homologa la dación en pago de dicho inmueble para cancelar los créditos laborales adeudados por su ex empleadora T. P. S.A.---------- Refiere que es locador del inmueble en cuestión dado sus problemas de salud y que obvió considerar el apelante que la Municipalidad de Trelew y el Concejo Deliberante específicamente han reconocido en forma pública, pacífica y notoria el carácter invocado y dictó la ordenanza 10671/2008 de condonación de deuda respecto del inmueble de marras y su persona, reconociendo el título invocado.---------- IV.- La solución a la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada la aporta el último párrafo in fine del art. 105 del CPCC, en cuanto edicta que si se deniega el levantamiento de embargo sin tercería el interesado podrá deducir directamente la tercería respectiva cumpliendo los requisitos exigidos por el artículo 99 del rito.----------Este marco normativo no habilita al juez de grado a decidir “per se” que la cuestión traída a su conocimiento es una tercería y no un incidente de levantamiento de embargo sin tercería, pues cuando de este planteo se trata, previo a la eventual tercería que puede plantear o no merced que rige a su respecto el principio dispositivo (en particular en cuanto refiere a la regla que se identifica como demanda privada), correspondía que se expidiera sobre la procedencia del levantamiento de embargo sin tercería, y dejar librado al criterio o conveniencia del

tercero la eventual promoción de una tercería. Es un supuesto del principio dispositivo, expresamente reglado por el rito según el cual el proceso se inicia a petición de parte.----------Consecuentemente, tampoco fue respetado el principio de congruencia cuya observancia impone el art. 34, inc. 4to. del CPCC. De la interrelación de los principios dispositivo y de congruencia se establece una pauta clara, el Juez actúa únicamente a petición de parte interesada y por ello debe abstenerse de obrar de oficio determinados hechos, aunque no impliquen modificar la demanda (Chiovenda, Guiseppe, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Cárdenas, 1989, Tomo 3, p. 60, cit. por

Masciotra, Mario – Rosales Cuello, Ramiro, “El principio de congruencia”, Librería Editora Platense, 2009, pág. 48).---------- En tal contexto, el juez de grado ha fallado extra petita, esto es, fuera de lo solicitado, en cuanto al objeto del proceso (levantamiento de embargo sin tercería), como asimismo respecto de las personas, en tanto en la tercería es requisito integrar la litis con las partes del expediente principal conforme el art. 102 CPCC (actora, demandada y tercerista), mientras que el incidente de levantamiento de embargo sin tercería se integra con el embargante solamente. ---------- En efecto, la reconducción procesal es una operación por medio de la cual se reencauza de oficio una petición de parte a través del trámite o la vía procesal que resulta legalmente adecuado sustanciarla, evitando de ese modo la declaración de inadmisibilidad formal del planteo originario, con la finalidad de atenuar el rigor formal, evitar un dispendio jurisdiccional innecesario o que se produzca el decaimiento del derecho sustancial que estaba en juego.---------- Sin embargo, cabe precisar que así como es injusto para una parte que por un error excusable en la elección de la vía pierda la defensa de su derecho, también lo es para la otra que el juez salve cualquier tipo de deficiencias para evitar la derrota de aquella parte en el proceso.---------- A fin de mantener este delicado equilibrio y evitar la violación de los principios dispositivo, de congruencia, de imparcialidad judicial, de igualdad de las partes y el derecho de defensa, la reconducción del proceso está sujeta a determinadas limitaciones o presupuestos. Estos son: a. que el planteo inicial de la parte tenga un defecto de molde susceptible de ser subsanado, b. que dicho planteo cubra por sí las exigencias formales para darle curso a través de otra vía procesal, c. que esta nueva vía resulte equivalente a la primera, y d. que se infiera que la parte la hubiere utilizado.-----En consecuencia, como contrapartida cabe precisar que no procede ante cualquier defecto, no debe realizarse de cualquier modo, no debe alterar lo sustancial del planteo, no debe hacerse entre vías asimétricas y no permite al juez subrogarse en la estrategia procesal elegida por la parte para la defensa de su derecho (Cfr.: Berizonce, Roberto O. “Los principios procesales”, Librería Editora Platense, 2011, pág. 136 y sig.).---------- Al respecto, no cabe duda alguna a la luz

de las premisas señaladas que el reencauzamiento del proceso dispuesto por el juzgador es improcedente en tanto no cualquier defecto admite la reconducción del proceso. Ello así, no puede suplirse por esta vía la falta de fundamento del planteo, ni incurrirse en prejuzgamiento, ni mejorar los fundamentos o garantizar el resultado del pleito, menos aún suplir la negligencia del

litigante.----------

--- En relación al modo de reencauzar el proceso, debe disponerse al proveer la primera presentación, y ésta debe ser idónea para abrir el trámite paralelo al elegido por la parte, preservando su sustancia quedando descartada la posibilidad de modificar las condiciones iniciales del planteo.----------

-- A fs. 336 de autos el Sr. Z. solicita levantamiento del embargo sin tercería, transcribe el art. 104 del rito, y en la foja siguiente se refiere a la procedencia del levantamiento de embargo sin tercería con cita de Palacio.---------- Ello así, se dispone reencauzar el proceso alterando lo sustancial del planteo originario del Sr. Zárate, respecto del objeto y personas intervinientes en el mismo.--------- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el principio iura novit curia, por el que se concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que lo hacen erróneamente, no puede ser entendido…de forma tal que no sólo sustituya instrumentalmente la vía procesal elegida por el demandante mediante la calificación jurídica apropiada… sino que incluso altere la naturaleza y alcances de la pretensión que se promueve, supliendo una actuación que, en el ámbito del principio dispositivo…es personal de todo sujeto que peticiona ante el Poder Judicial (“Estado Nacional c/ Chaco, Provincia s/ interdicto de obra nueva”, s. 19/09/06, Fallos, 329:3879)..----------

--- En síntesis, el juez debe preservar y no alterar la estrategia procesal elegida por la parte, y debe respetar su voluntad petitoria en los términos que fue postulada.----------

-- A mayor abundamiento, la facultad de reencauzar el proceso con los límites ya señalados en los párrafos precedentes es admisible al proveer la primera presentación, de este modo permite dar previsibilidad a las partes sobre las reglas procesales que habrán de aplicarse, a los fines de que ajusten sus estrategia, evitando vulnerar el derecho de defensa en juicio al desconocer el litigante a qué trámite debe sujetarse.-----

-- En autos, la decisión se adoptó cuando ya estaba avanzado el trámite del incidente de levantamiento de embargo sin tercería, afectando las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, que por su gravedad autorizan la declaración de nulidad del resolutorio objeto de apelación.----------

-- En orden a la nulidad que se propugna, cabe señalar lo ya expuesto en la sentencia ejecutiva interlocutoria Nro. 020/11 en cuanto a que 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. 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 Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ediar S.A. Editores-1956, 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) (esta Sala SIL 053/10, SIC 041/11).----------

-- 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 (C. Fed. San Martín, 31/5/91, Rep. JA, 1992-687, nro. 3, autor y obra cit., pág. 95).---------- Y en el supuesto de autos, se trata de una nulidad insubsanable en el curso ulterior del proceso, resulta manifiesta, patente, es perceptible a simple vista, sin necesidad de investigación alguna.----------

---------- Atento la nulidad del decisorio de fs. 381/382 que se declara, habiendo emitido opinión el magistrado de grado respecto del incidente de levantamiento de embargo sin tercería, corresponde su apartamiento de la causa, debiendo continuar entendiendo en el trámite, su subrogante legal, Dr. Paulo König.----------IV.- Respecto al recurso de apelación interpuesto por propio derecho por el Dr. Alejandro Moya, no serán objeto de consideración los agravios formulados a fs. 402/404vta. toda vez que el citado profesional solamente está legitimado para plantear recurso de apelación respecto de la falta de regulación de honorarios en el decisorio impugnado en los términos del art. 48 de la Ley XIII Nro. 4.---------- Sin embargo, dado que se declara la nulidad del decisorio impugnado, el que fue dictado de oficio por el magistrado de

grado, no merece pronunciamiento respecto de la imposición de costas ni regulación de honorarios toda vez que no existe actuación oficiosa que merezca ser retribuída (art. 3 Ley XIII nro. 4).---------- Respecto a los restantes agravios, como ya se adelantó, carece de legitimación el profesional para impugnar por su propio derecho los fundamentos que llevaron al juez de grado a adoptar la decisión impugnada, toda vez que no se advierte el perjuicio que le ocasiona y del que derivaría el interés en apelar.---------- V.- Respectos a las costas y honorarios por la actuación de los profesionales intervinientes en esta Alzada, atento la naturaleza de la cuestión planteada, y que la sentencia apelada fue dictada de oficio, no se imponen costas y no se regulan

honorarios.----------

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

--- I. Declarar la nulidad del decisorio de fs. 381/382.---------- II. Disponer que continuará entendiendo en el conocimiento de este proceso el Sr. Juez Subrogante, Dr. Paulo König. ---------- III. Sin imponer costas y sin regular honorarios en ambas instancias por las razones expuestas en los considerandos respectivos.----------

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

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2015 – SIL.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA