En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil quince, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M., C. A. s/ TERCERÍA DE DOMINIO en autos: O. y Cía. SRL. c/ A.M. e Hijos SRL s/Ejecución de Sentencia en autos: "O. y Cía. SRL c/ A. M. e Hijos SRL s/ Ejecut. (1763/11)" (110/12)" (Expte. N° 171 Año 2015)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. Nº 1529/2014), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia de fs. 62/64 vta.?; **SEGUNDA CUESTIÓN** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 84.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Para dar respuesta a la primera cuestión estimo pertinente reseñar que la sentencia de primera instancia dispuso admitir la tercería de dominio intentada por el Sr. C.A. M., disponiendo el levantamiento de embargo trabado sobre el inmueble individualizado como Lote ** Manzana ** ubicado en Sarmiento N°*** de esta ciudad. El embargo sobre el inmueble referenciado fue dispuesto a fs. 29 en los autos caratulados "O. y Cía. SRL. c/ A. M. e Hijos SRL s/Ejecución de Sentencia en autos: "O. y Cía. SRL c/ A. M. e Hijos SRL s/ Ejecut. (1763/11)" de trámite ante el mismo Juzgado y que tengo a la vista para este acto, obrando a fs. 212 vta. los asientos que dan

cuenta del embargo dispuesto (asiento 12) como la inscripción definitiva del embargo (asiento 13). A fs. 216, se ordenó la subasta del respectivo inmueble y a fs. 222 obra acta de constatación cumplida el día 27 de noviembre de 2014.

A fs. 232 se deja constancia de la suspensión del procedimiento por el inicio de la tercería por Expte. N° 1529/2014.

El Señor C. A. M. interpuso formal tercería de dominio y/o mejor derecho y/o acción de inoponibilidad de embargo contra la firma O. (sic) y Cía. alegando la propiedad sobre el inmueble embargado y solicitando el levantamiento del embargo y suspensión de los presentes autos (sic) y en especial de cualquier acto de subasta. Expuso los hechos y ofreció prueba.

A la presentación se le exigió -previo a todo trámite- el pago de la tasa de justicia, lo que cumplido dio lugar a la providencia de fs. 24 la que en lo pertinente resolvió *"De la tercería intentada, córrase traslado a las partes por el término de cinco días. Notifíquese personalmente o por cédula dentro del tercer día de dictada la presente (art.98 y ccdtes. y 177 y ccdtes. del C.P.C.C Ley XIII N°5)"*.

Luego y por tratarse de un demandado con domicilio en extraña jurisdicción, a pedido de la parte, se ordenó cédula Ley 22.172 (fs. 26) con constancia de libramiento (10/2/15) y retiro del letrado M. el 12/02/15.

A fs. 47 se presentó la firma embargante en el incidente de ejecución de sentencia-O. y Cía. SRL-, contestando demanda, solicitando el rechazo *in limine*, exponiendo sus argumentos de hecho y de derecho y oponiendo a la prueba ofrecida por el tercerista, que se resuelva como cuestión de puro derecho. A fs. 59 se tuvo por contestada la tercería, se sustanció la oposición a prueba, agregándose a fs. 60 la contestación del tercerista.

Finalmente a fs. 61 y luego de tener por contestado el traslado, el Sr. Juez dispuso que pasaran las actuaciones para dictar la sentencia, la que hoy apelada, obra a fs. 62/64 vta.

2.

En los términos en que se ha planteado la cuestión no parece necesario ingresar a los argumentos del juez de grado para fundamentar su fallo ni a los agravios del recurrente de fs. 70/72, pues es de toda evidencia que el procedimiento adolece de un vicio fundamental que paso a explicar.

La demanda de tercería debe interponerse frente a las partes del proceso principal (art. 101, CPCC), quienes de tal manera asumen, con respecto al tercerista, la posición de demandados.

Palacio señala que *"El actor y el demandado en el proceso principal integran, por lo tanto, en la tercería, un litisconsorcio pasivo, que además reviste, en principio, carácter necesario, no sólo porque la ley exige que la pretensión se interponga frente a ambos, sino también en virtud de la situación jurídica inescindible en que se encuentran con relación a la cosa embargada"* (Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 246, Ed. Abeledo Perrot, 2011).

"El litisconsorcio necesario, cualificado o especial no está dejado a la libre y espontánea voluntad o elección de las partes. El legislador no se limita a autorizar su conformación, sino que la exige y la impone de modo tal que si el proceso nace al influjo de una pretensión que no es propuesta por todos los sujetos o personas que necesariamente se deben nuclear en la posición de la parte actora o frente a todos los sujetos o personas que se han de agolpar en la posición de la parte demandada, el Juez de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes ordenará la concurrencia al proceso de todos aquellos que están legitimados para demandar o ser demandados en forma conjunta y excluyente, pero nunca separadamente." (SCBA, Ac 77960, sent. del 14-VI-2006, del voto del señor Juez doctor Roncoroni)

De modo tal que la falta de integración de la litis con todos los sujetos legitimados impide al magistrado emitir un pronunciamiento de mérito pues los alcances o efectos del mismo serían inoponibles a quienes no se acordó la oportunidad de intervenir en el proceso, estando debidamente

habilitados para ello.

De las constancias del proceso surge que no obstante el actor no demandó a la sociedad embargada, el juez al despachar la tercería ordenó correr traslado a las partes, sin que obre en autos notificación alguna a A. M.e Hijos SRL.

La actitud asumida por el tercerista de excluir de su demanda al sujeto embargado en el proceso principal y el incumplimiento de lo normado por el art. 90, párr. 2º del CPCC, que impone al juez el deber de ordenar, aun de oficio, las medidas necesarias a fin de integrar debidamente la litis, obsta al dictado de un pronunciamiento útil sobre el fondo del asunto.

Existe litisconsorcio necesario cuando la eficacia de la sentencia se halla subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta por varias personas, o frente a varias personas, o, simultáneamente, por y frente a varias personas (cfme.Fassi "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. 1, página 494). A veces, es la ley la que prevé expresamente la constitución de este tipo de litisconsorcio y otras, su necesidad se encuentra determinada por la misma naturaleza de la relación o situación jurídica controvertidas (cfme.Palacio, "Derecho Procesal", T. III, página 181).-

La noción del litisconsorcio de este tipo está presidida por la necesidad de integración de la litis con la totalidad de quienes poseen vocación de parte en la misma. Esto conduce a que, en tales supuestos, debe existir una única sentencia que se pronuncie sobre el objeto del pleito de manera válida para todas las partes intervinientes (C.N.Civil, Sala D, 13/12/83).

En lo que respecta al caso concreto, la acción incoada requería por disposición legal la constitución de un litisconsorcio necesario entre las partes del proceso ejecutivo principal, en consecuencia con estas breves pero -a mi criterio- dirimentes consideraciones, juzgo que corresponde revocar, sin más, la sentencia de grado dictada y consecuentemente con ello rechazar la demanda incoada por C. A. M. por falta de intervención del litisconsorte necesario A. M. e Hijos SRL, que impidió tener válidamente integrada la litis.

3.

Las costas de la primera instancia y en orden a la disposición del art. 282, deben adecuarse a lo que resulta de esta sentencia. Sin perjuicio de ello, la sentencia de primera instancia impuso las costas de la tercería admitida y por sus argumentos a la actora, por lo que solo corresponde modificar el fundamento legal que lo será en orden a su carácter de vencida en el proceso (art. 69 del CPCC). La base para regular los honorarios será la determinada en la sentencia de grado y propongo al Acuerdo se estipulen considerando el mérito y extensión a la actividad cumplida por letrados en la instancia de grado para el Ab. L. I. M. en el 15 % y para el Ab. B. M. en el 10%, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera. (arts.5,6,7,8, 33 y cctes de la ley arancelaria)

En cuanto a las costas en esta instancia, en tanto el modo en que se resuelve la cuestión, estimo deben correr en el orden causado (art. 69 2do párr. del CPCC), sin regular honorarios a los letrados por resultar inoficiosa la actividad profesional cumplida en esta sede.

Voto a la cuestión por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas

dijo:

1.

Que los antecedentes de la presente causa han sido debidamente consignados por mi colega de primer voto, razón por la cual, centraré mi análisis en las quejas traídas por la parte actora.

2.

2.1.

Se agravia O. y Cía. SRL por considerar el yerro del decisorio en cuanto asimiló la dación en pago con el boleto de compraventa, entendiendo que dicho instrumento es suficiente título para acreditar el derecho real de dominio sobre un inmueble, violentando inclusive la doctrina del Superior Tribunal provincial.

Asimismo, se agravia por considerar que el decisorio de autos confundió tercería de dominio con tercería de mejor derecho, admitiendo la demanda con base en un simple instrumento privado.

Se agravia también la recurrente por considerar que el pronunciamiento tuvo por acreditada la existencia de un crédito que daría sustento a la dación en pago, el pago derivado de ella y la posesión del actor, sin prueba que lo avale, omitiendo inclusive considerar lo dispuesto en la cláusula sexta del convenio del que se valió para hacer lugar a la tercería de dominio.

Agrega que omitió considerar el decisorio que A.M. e hijos SRL le reconoció al actor la suma de u$s 70.000, sin mayores consideraciones, cuando en verdad se trataba de un crédito ficticio para proteger los bienes de esa sociedad, de conformidad con lo que surge de la publicación del B.O. de fecha 03.08.2010.

También estima la apelante que el pronunciamiento de autos omitió el hecho que el supuesto crédito debió ser verificado en el concurso preventivo que pesaba sobre la firma mencionada, lo que le permite

concluir que la dación en pago era inexistente.

Añade que la sentencia de autos tuvo por pago el supuesto crédito con la dación en pago referida, sin que ella se hubiera encontrado perfeccionada, ya que para ello es necesaria la existencia de una escritura pública (titulo), la tradición de la cosa (modo) y la inscripción ante el registro respectivo.

Tampoco quedó acreditado en autos que M. estuviera viviendo en el inmueble, y por ende detentara su posesión, permitiendo ello presumir que era el titular de dominio quien detentaba la posesión.

Finalmente, sostiene en su queja que el decisorio ha omitido considerar los alcances de la cláusula sexta del convenio, en el sentido que si la firma A.M. e hijos SRL jamás instrumentó la transferencia del inmueble en cuestión, renació la obligación originaria de abonar la suma de u$s 70.000, razón por la cual no puede considerarse que haya existido transferencia de dominio y, en el peor de los casos, se estaría frente a un simple crédito dinerario entre el actor y la firma mencionada. De ser así, si es de causa anterior, debió verificarlo en el concurso preventivo y si es de causa posterior, al ser un simple crédito sin privilegio, no tenía preferencia en el cobro frente al acreedor embargante.

2.2.

Tal como lo sostiene la Sra. Vocal de voto anterior, previo a toda consideración respecto del fondo del asunto, aun cuando por una cuestión formal he hecho una referencia a los agravios de la apelante, es necesario poner la mira en que el actor no demandó a la sociedad embargada, y si bien

el juez confirió traslado a las partes, no obra en autos constancia de notificación alguna a M.e hijos SRL.

De allí que resulta indispensable analizar si la omisión de traer a juicio a la entidad demandada, atento la naturaleza de este proceso, se erige en un obstáculo dirimente para la tercería promovida.

El art. 102, del CPCC dispone que la demanda por tercería "*deberá"* deducirse contra las partes del proceso principal, quienes conforman un litisconsorcio pasivo necesario. Es decir, la norma no indica una facultad del actor, sino una exigencia a que demande a las partes del proceso

principal, atento su naturaleza.

Es decir que la tercería debe deducirse contra ambas partes del proceso principal (embargante y embargado) configurándose un litisconsorcio pasivo necesario, de modo que se impone la sustanciación del juicio con todos aquellos que son parte en la *litis* (Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Procesal Civil - Director Osvaldo Alfredo Gozaíni, Editorial LA LEY 2002, 95; Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A (CNCiv) (SalaA) - 1996/11/05 - F., J. L. c. L., J. L., Cita Online: AR/DOC/720/2007).

Por su parte, Palacio señala que el litisconsorcio necesario implica la existencia de una pretensión única cuya característica esencial reside en la circunstancia que sólo puede ser puesta por o frente a varios legitimados y no frente a alguno de ellos solamente por cuanto la legitimación activa o

pasiva corresponde en forma conjunta a un grupo de personas y no independientemente a cada una de ellas. Si una parte está compuesta por varios sujetos deben demandarse a todos. Sólo así se tiene la oportunidad de defensa y se obtiene un resultado con las debidas garantías del proceso.

Todo lo que puede ser afectado, debe ser llamado a juicio (Palacio, Lino E, "Derecho Procesal Civil", T° III, p. 210).

Así las cosas, a mi juicio debió conformarse un litisconsorcio pasivo necesario, de manera que no es posible dictar una sentencia con efecto sobre todos los participantes sin que previamente hayan sido convocados a juicio.

Esta última afirmación es conteste con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto sostiene la necesidad de la intervención en juicio de quien reviste el carácter de litisconsorte necesario (ver Fallos 256:198; 252:375; 257:90).

Por tal razón, por virtud de las garantías del debido proceso y los efectos de la cosa juzgada, deben ser llamados a juicio todas aquellas personas que tengan un interés en el proceso (cfr. Ordoqui Castilla, Gustavo, op. cit, p. 119), tal cual es el caso de A. M. e Hijos SRL, quien no ha sido oída en el presente pleito.

2.3.

Ha sostenido la doctrina que el caso en que medie litisconsorcio necesario y la pretensión no haya sido deducida por o frente a todos los sujetos legitimados, es mencionado como un supuesto de falta de legitimación (Areal-Fenochietto, "Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación" T° 2, pág. 178; Loreto, Luis, "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad", en Estudios de Derecho Procesal Civil, Caracas, 1956, pág. 85; Michelli, Gian Antonio, Curso de Derecho Procesal Civil, trad. Santiago Sentís Melendo, T. I, Ejea, Buenos Aires, 1970, pág. 24; Morello-Passi Lanza-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y

Anotados, T. IV, Platense y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 315). Sin embargo, en nuestro derecho positivo tal circunstancia está contemplada en forma diferente, ya que el juez, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, debe ordenar, antes de dictar la providencia de apertura a prueba, la integración de la litis, quedando en suspenso el desarrollo del proceso mientras se cita al litigante o litigantes omitidos (art. 89, del CPCCN, art. 95 de nuestra ley adjetiva provincial).

La omisión de un litisconsorte necesario no se subsana mediante la excepción de falta de legitimación para obrar; en este caso el demandado debe pedir la integración a la litis, si el juez no la ordenó oficiosamente, y ello puede hacerlo aun vencido el término para oponer excepciones siempre que no se haya dictado la providencia de apertura a prueba (cfr. esta Cámara, "Urquía", 33/12 SDC).

Sin embargo, opuesta la excepción se podrá obtener el mismo resultado ya que la calificación de la petición es privativa del juez y la oposición de la excepción de falta de legitimación hará las veces del requerimiento de integración de la litis, pero el magistrado podrá dictar la respectiva resolución sin sustanciar el pedido. (ARAZI, Roland, cfr. "La legitimación como elemento de la acción" en "La Legitimación" (Homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio), Morello, Augusto M. (coord.), Abeledo-Perrot 1996). 1001/10190).

No obstante, habiendo transcurrido la totalidad del proceso y llegado a estas alturas, donde se ha dictado sentencia de primera instancia, el tribunal de apelación, tras comprobar que el proceso no se integró debidamente, no corresponde declarar la nulidad del decisorio, sino desestimar la pretensión por defecto de legitimación (cfr. esta Cámara, "Urquía", 33/12 SDC, Palacio, Lino E, op. cit., p. 186, nota al pie).

Consecuentemente, me adelanto a señalar que habré de proponer al Acuerdo se desestime la demanda incoada por defecto de legitimación (arg. art. 95, del CPCC).

2.4.

En orden a las facultades que este Tribunal posee para desestimar de oficio la pretensión actora, atento el déficit en la legitimación pasiva, se ha señalado que la falta de legitimación sustancial puede ser declarada aun de oficio por el Tribunal, sin que se viole el principio de congruencia porque ninguna de las partes haya opuesto la excepción perentoria o defensa de fondo del caso, pues siendo la legitimación para obrar una de las condiciones de admisibilidad de la acción, es también presupuesto de una sentencia útil y ni siquiera la conformidad de las partes borra el defecto sustancial de la pretensión (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Cons. Prop. Virrey Liniers 51 c. Cons. Prop. Virrey Liniers 59/61, 04/05/2006, ED 221, 432, AR/JUR/2346/2006).

Es decir, que si bien el juez puede y debe ordenar de oficio la integración de la litis, porque expresamente lo establece el art. 95 del Cód. Procesal (Adla, XXVII-C, 2689), si la causa ya ha tramitado y llegado al estado de sentencia sin que el sentenciante ni las partes hubieran ejercido las facultades que les atribuye el artículo referido, el juez debe absolver al demandado o rechazar la pretensión actora, toda vez que en los casos de litisconsorcio necesario se está ante una acción única en que la legitimación para obrar o para oponerse corresponde a varias personas (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala III, " Bejarano, Angel c. Gallo, Juana C. y otra", 09/05/1978, LA LEY 1979-C 600, AR/JUR/893/1978).

Por las razones expuestas, en consecuencia, soy partidario de desestimar la acción impetrada, con costas a la parte actora (arg. 69, del CPCC).

3.

En atención al modo en que se resuelve, corresponde, en los términos del art. 282, del CPCC, la adecuación de las costas de la Instancia anterior sólo por sus argumentos legales, ya que habían sido impuestas a la parte actora (art. 69, CPCC), lo que en esta Instancia se sostiene.

Con la base determinada en la sentencia anterior, los honorarios de los profesionales intervinientes, deben ser readecuados y fijarlos del siguiente modo: para el Dr. L. I. M., en el 15% y para el Dr. B. M.en el 10%, con más IVA, si correspondiere (arts. 5, incs. a, c y d, 6,y 7, 8 y 33, de la ley arancelaria).

4.

Con respecto a las costas de la presente Instancia, atento el modo en que se resuelve, en orden a lo dispuesto por el art. 69, 2ª parte del CPCC, las mismas correrán por su orden, sin regulación de honorarios por tratarse de una decisión *ex officio*.

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza María Inés de Villafañe dijo,

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1. **REVOCAR** la sentencia de fs.62/64 y consecuentemente con ello **RECHAZAR** la demanda de tercería de dominio incoada por C. A. M.
2. **IMPONER** las costas de la primera instancia a la actora vencida (art. 69 del CPCC) y **REGULAR** los honorarios sobre la base dispuesta en la sentencia de grado para el Ab. L. I. M. en el 15 % y para el Ab. B. M. en el 10%, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 6, 7, 8, 33 y cctes. de la ley arancelaria)- (art. 282 del CPCC)
3. **IMPONER** las costas en la Alzada por su orden (art. 69 2do. párr. del CPCC), sin regular honorarios a los letrados por las actuaciones en esta sede por su inoficiosidad, atento a cómo se resuelve la cuestión.
4. **De forma**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:
Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.
Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2015.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:
S E N T E N C I A

1. **REVOCAR** la sentencia de fs.62/64 y consecuentemente con ello **RECHAZAR** la demanda de tercería de dominio incoada por C. A. M.

2. IMPONER las costas de la primera instancia a la actora vencida (art. 69 del CPCC) y **REGULAR** los honorarios sobre la base dispuesta en la sentencia de grado para el Ab. L. I. M. en el 15 % y para el Ab. B. M. en el 10%, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 6, 7, 8, 33 y cctes. de la ley arancelaria)- (art. 282 del CPCC)

3. IMPONER las costas en la Alzada por su orden (art. 69 2do. párr. del CPCC), sin regular honorarios a los letrados por las actuaciones en esta sede por su inoficiosidad, atento a cómo se resuelve la cuestión.

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDC. CONSTE.