

REGISTRADA BAJO EL N° 247 (S) F° 1615/1618**EXPTE. N° 169049 Juzgado N° 6**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 13 días de Diciembre de 2019, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"ANGULO DE LA FUENTE EUGENIO C/ SALIVA HECTOR Y OTRA S/ ..EJECUCION DE ALQUILERES"** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 162/163?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia, resolviendo declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de intimación de pago diligenciado en autos, con costas a la parte actora.

II) Dicho pronunciamiento es subsidiariamente apelado con fecha 4/11/2019 por el Dr. Héctor Aguirrezábal, letrado apoderado de la parte actora, fundando su recurso en el mismo escrito.

III) Agravia a la accionante que se haya declarado la nulidad del procedimiento, cuando ésta sólo debe decretarse respecto del co-demandado Sr. Héctor Saliva, conservando firmeza las resoluciones dictadas respecto de la co-demandada Sra. Susana Rosa Corvino.

Señala que resulta contrario a derecho declarar la nulidad con la única finalidad de satisfacer un mero interés teórico, existiendo múltiples fallos que impiden decretar la "nulidad por la nulidad misma".

Cita jurisprudencia.

IV) Pasaré a analizar los agravios planteados.

Liminarmente cabe recordar que el ejercicio del derecho de defensa en juicio exige que produzca la muerte de una persona, sean llamados a juicio sus sucesores legales, deviniendo nulas las actuaciones cumplidas en defecto de dicho emplazamiento (arts. 18 de la Constitución Nacional y 9 de la Constitución Provincial; argto. doct. Morello - Sosa - Berizonce, *"Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Bs. As. y de la Nación"* - II-C, Lib. Edit. Platense, Cdad. de La Plata, 1986, pág. 335; jurisprud. esta Sala, causa N° 153258 RSD 8/13 del 19/2/2013; esta Cámara, Sala I, causa N° 126786 RSI 158/4 del 24/2/2004; Sala II, causa N° 139044 RSI 1009/7 del 4/10/2007; esta Sala, causa N° 155567 RSD 9/14 del 4/2/2014).

Frente a tal supuesto, se infiere necesariamente que el ejecutado no pudo defenderse ni ser demandado, en razón de haber dejado de ser persona susceptible de ejercer derechos, contraer obligaciones y responder acerca de pretensas deudas (arts. 30 y 103 del Cód. Civil, 93 del Código Civil y Comercial; argto. jurisprud. esta Sala, causa N° 153258 RSD 8/13 del 19/2/2013).

Es así que si el accionado falleció con anterioridad a que se iniciaran las actuaciones y el juicio tramitó sin intervención de sus sucesores, resulta evidente que existió total indefensión, no pudiendo convertirse el proceso en una mera ficción, de manera de convalidar actos que afecten gravemente el derecho de defensa consagrado por la Carta Magna (arts. 18 de la Constitución

Nacional y 9 de la Constitución Provincial; argto. doct. *ut supra* cit., pág. 344/345; argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. y Com., Pergamino, C. 1652 RSI 152/95 del 10/10/1995).

Téngase en cuenta que las citaciones exclusivamente dirigidas a nombre de la persona fallecida no alcanzan para tener por intimado de pago a sus sucesores, debiendo cumplirse las mismas en relación a cada uno de los herederos en su domicilio real o ante la autoridad encargada de recibir las herencias vacantes (argto. jurisprud. Cám. Nac. Apel. Civ., Sala G, *in re "Maffei, Ricardo Emilio c/ Danza, Oscar Enrique s/ ejecución de alquileres"*, causa G588053 del 12/10/2011, cit. por elDial.com - AE26E4).

Por ello, resulta procedente la declaración de nulidad frente a ejecuciones promovidas contra una persona fallecida en las que no se citó y emplazó a los sucesores del causante a los efectos de integrar la relación jurídica procesal mediante los medios autorizados, pues no es factible constituir la contra aquel que ha fallecido (argto. jurisprud. *ut supra* cit.).

En tales supuestos, resulta procedente la declaración de nulidad de oficio por el propio órgano jurisdiccional, aun cuando hubiere mediado conocimiento del vicio por parte de los herederos del ejecutado, toda vez que la nulidad sólo puede ser convalidada por la propia parte del proceso y - ante el fallecimiento del demandado con anterioridad al inicio del mismo- no la hubo desde su mismo inicio (art. 170 del C.P.C.; argto. jurisprud. esta Sala, causa N° 153258 RSI 8/13 del 19/2/2013).

Ello pues, si cuando se produce el fallecimiento del demandado durante el trámite del proceso sin proveérsele la pertinente representación, se impone de oficio decretar la nulidad del pronunciamiento que se dicte en su contra, en mayor medida lo será procedente dicha declaración ante la inexistencia de la persona en sí -muerte anterior a la promoción de la demanda-, desde que resulta elemental para ser parte, ser persona, y si no es tal, nunca podrá ser emplazado como legitimado pasivo de la relación procesal que no puede constituirse por tratarse de una persona inexistente no susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. y Com., Concordia - Entre Ríos, *in re "Municipalidad de Concordia/ Mansilla, Raimundo o Raymundo s/ apremio fiscal"*, sent. del 18/3/1998, cit. por elDial.com - AT1ED9; Cám. Apel. Civ. en documentos y locaciones, Tucumán, Sala II, *in re "Banco de Galicia y Bs. As. S.A. c/ Ferrazzana, Eugenio Abel y otro s/ ejecución prendaria"* sent. N° 370 del 1/10/2001, *in re "Consortio Edificio Central Muñecas 85 c/ García Araoz, Julio Alberto y otro s/ cobro ejecutivo"* sent. N° 638 del 19/12/2002, cit. por elDial.com - BB55F4).

En consecuencia, si de las actuaciones cumplidas surge que la acción fue promovida con posterioridad al fallecimiento del deudor y no fue reencauzada la misma contra sus herederos en violación al debido proceso y defensa en juicio de la parte deudora, corresponde decretar -aún de oficio- la nulidad de la sentencia dictada, supuesto que también se hace extensible cuando aquella se encuentre firme y pasada en autoridad de cosa juzgada (argto. jurisprud. Cám. Nac. Civ., Sala M, *in re "Paiva, Haydée c/ Gómez, Amado y otros s/ ejecución hipotecaria"*, causa M573587 del 22/3/2011, cit. por elDial.com - AE25B3).

Ello encuentra su fundamento en que, comprobada la circunstancia de entablar una acción contra una persona fallecida, trasciende el ámbito de la nulidad procesal susceptible de convalidación para asumir el rango de nulidad absoluta de acto jurídico (procesal), en tanto afecta la estructura fundacional del proceso al conformarlo con un sujeto de derecho inexistente, lo que justifica la declaración de nulidad de oficio con independencia del conocimiento que el actor haya tenido del fallecimiento de la contraria (arts. 944, 1040, 1047 y ccdtes. del Cód. Civil, 259, 387 y ccdtes. del Cód. Civil y Comercial; argto. jurisprud. Cám. Nac. Com, Sala D, *in re "Banco Itaú Buen Ayre S.A. c/ Amicone, Juan Carlos y otro s/ ejecutivo"* del 19/8/2004, *in re "Banco de la Pcia. de Bs. As. c/*

Slotoposky de Epelbaum, Sofía René s/ ejecutivo" del 20/10/2011; Sala B, *in re "BASF Argentina S.A. c/ Mule, Manuel s/ ejecutivo"*, del 31/5/2000; Cám. Apel. Civ. y Com., La Plata, Sala II, *in re "Alfa Construcciones S.R.L. c/ Mingrone, O. s/ cobro ejecutivo"* del 1/12/1994; Cám. Nac. Civ., Sala A, *in re "Uralde, Amílcar c/ Graiver, Bernardo s/ ejecución"* del 1/11/1999; Cám. Civ. I, Mendoza, *in re "Banco de la Nación Argentina c/ Lahoz, Juan Carlos y otro s/ ejecutivo"* del 7/11/2002, cit. por elDial.com - AG268C).

En razón de ello, la omisión de un elemento sustancial como es la debida constitución de la litis, hace peligrar la defensa en juicio, lo cual configura una nulidad que por estar comprometido el orden público, debe ser pronunciada incluso de oficio por los jueces, por encontrarse el proceso entablado contra una persona inexistente (fallecida), impidiendo la constitución de la relación jurídico procesal (argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. II, Mendoza, *in re "Municipalidad de San Rafael c/ Barari Constantino s/ vía de apremio"*, causa N° 96190436 del 20/12/1996, cit. por elDial.com - MC34C9).

En el caso de autos, la demanda de ejecución de alquileres iniciada por el Sr. Eugenio Gabriel Angulo De La Fuente fue promovida contra los Sres. Héctor Luis Saliva y Susana Rosa Corvino, como locador del inmueble sito en calle Pasteur N° 1446 de esta ciudad, por la suma de U\$S 1.050 (30/11/1994; v. fs. 10/11 vta.).

A los fines de la traba de la litis, se diligenció mandamiento de intimación de pago "bajo responsabilidad", requiriéndose en el domicilio denunciado la presencia de los referidos accionados, y ante la falta de respuesta a los llamados en dicho domicilio, se procedió a fijar el mandamiento en la puerta del mismo (29/8/1995; v. fs. 21/22).

A continuación y ante la falta de presentación de los ejecutados, se dictó sentencia de trance y remate en autos (29/9/1995; v. fs. 24).

Ahora bien, en la etapa de ejecución de sentencia, se dejó constancia que el co-ejecutado Sr. Héctor Luis Saliva falleció con fecha 12/2/1995, es decir, con anterioridad al diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago de fs. 21/22 (v. fs. 49).

En razón de ello, entiendo que al momento de iniciarse las presentes actuaciones el co-ejecutado de autos Sr. Héctor Luis Saliva se encontraba efectivamente fallecido, tal como lo sostuvo la primer juzgadora en la sentencia recurrida declarando la nulidad de los presentes a partir del mandamiento de intimación de pago (v. fs. 163).

No obstante ello, entiendo que dicha nulidad debe restringirse a la acción entablada contra el referido co-demandado, debiendo mantenerse lo resuelto respecto a la co-demandada Sra. Susana Rosa Corvino como lo pretende la accionante, en tanto no existe constancia alguna en autos que permita inferir una incorrecta traba de la litis en torno a la mentada co-accionada.

Por otra parte, no requiriéndose el consentimiento del demandado y habiéndose anulado la sentencia de trance y remate de fs. 24 respecto del co-demandado Sr. Héctor Luis Saliva, resulta procedente el desistimiento de la acción efectuado a fs. 149 (art. 305 y ccdtes. del C.P.C.).

En virtud de ello, corresponde revocar la sentencia recurrida, declarando la nulidad de todo lo actuado con respecto al Sr. Héctor Luis Saliva, teniendo a la parte actora por desistida de la acción con respecto al aludido co-demandado (arts. 170, 305 y ccdtes. del C.P.C.; arts. 18 de la Constitución Nacional y 9 de la Constitución Provincial; 30, 103, 944, 1040, 1047 y ccdtes. del Cód. Civil, 93, 259, 387 y ccdtes. del Cód. Civil y Comercial).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: I) Hacer lugar al recurso de apelación deducido con fecha 4/11/2019 y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 162/163 debiendo limitarse la declaración de nulidad de las actuaciones al co-demandado Sr. Héctor Luis Saliva. II) Imponer las costas en el orden causado, atento la ausencia de controversia (art. 68 2da. parte del C.P.C). III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se hace lugar al recurso de apelación deducido con fecha 4/11/2019 y, en consecuencia, se revoca la sentencia de fs. 162/163 debiendo limitarse la declaración de nulidad de las actuaciones al co-demandado Sr. Héctor Luis Saliva. II) Las costas se imponen en el orden causado, atento la ausencia de controversia (art. 68 2da. parte del C.P.C). III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI RUBEN D. GEREZ

Pablo D. Antonini Secretario