

**EXPEDIENTE N° 160997 JUZGADO N° 8**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 07 días del mes de Junio de 2016, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "MARTIGNAGO MARCELO JOSE JUAN y otro/aC/ CRISTALDO MARIA y otros S/ DESALOJO (EXCEPTO POR FALTA DE PAGO)", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

**C U E S T I O N E S**

1ra.) ¿Es nula la sentencia?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I.- En la sentencia dictada de fs. 313/317 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de desalojo promovida por los Sres. Marcelo José Juan Martignago y Lucía Sofía Zaccardi contra los Sres. María Cristina Cristaldo, Juan Carlos Cuba, Luis Gonzalo Rodríguez y Vanesa Beatriz Troche e impuso las costas a la demandada vencida.

Para así decidirlo, desestimó las excepciones de inhabilidad de título, falta de legitimación activa y prescripción veintañal.

Remarcó el deficitario contexto probatorio de los demandados para sostener su posición.

Finalmente, rechazó la propuesta de mejoras o inversiones efectuadas en el inmueble por los demandados.

II.- Apeló el Dr. Romano, haciendo uso de la franquicia del art. 48 del C.P.C, en representación de los demandados.

II.1.- En líneas generales los agravios se encuentran orientados a que se anule la sentencia. Alega que hubo falta de recaudos procedimentales y vulneración del principio de congruencia.

Para sostener esta opinión, el apelante se detuvo en explicar que hubo una omisión de tratamiento del planteo de reconvención interpuesto por sus mandantes respecto a las mejoras introducidas en el terreno -la construcción de dos casas-.

Expuso que la pericia no fue llevada a cabo, lo que conllevó a un error procesal. Solicita la apertura a prueba.

II.2.- Los actores, en su respuesta de fs. 356/359 afirman que la expresión de agravios de la contraria carece de una crítica concreta y razonada.

Y para el hipotético caso que se ingrese a la cuestión de fondo, solicitan que se rechace la pretensión planteada. Manifiestan que no se afectaron derechos constitucionales; refutan que se haya omitido el análisis de reconvencción propuesta por los accionados, sosteniendo que aquella pretensión fue tratada y rechazada por el juez debido a la orfandad probatoria.

III.- No obstante que la fundamentación en estudio roza los limbos de la deserción en lo que a una crítica concreta y razonada concierne (art. 260 del C.P.C), adelanto que el recurso no ha de prosperar, pues la nulidad deviene irrelevante.

1.- De acuerdo a la compulsa de autos, surge que el demandado al contestar la demanda contrademandó al actor por mejoras realizadas en el terreno. Y si bien es cierto que el juez en principio no bilateralizó con la parte accionada el planteo, no lo es menos que aquél contestó espontáneamente y ello provocó un pronunciamiento por parte del juzgador en sus considerandos.

2.- En este sentido esta Sala ha pronunciado que las nulidades procesales constituyen un medio para preservar la garantía constitucional de defensa en juicio y no un instrumento cuya utilización traiga como sola consecuencia que deban sustanciarse nuevamente trámites procesales para concluir de igual manera en el mismo lugar en que nos encontrábamos antes de decretar la nulidad procesal (esta Sala, causa nro. 158.073 RSI 86 del 13/3/2015).

3.- Además la figura de la nulidad exige, según ha destacado la doctrina que para que se pueda interponer con éxito el recurso de nulidad, deberá impugnarse en tiempo y previamente el acto defectuoso mediante la revocatoria o el incidente respectivo. De lo contrario, la ineficacia del acto se habrá convalidado (Alberto Luis Maurino "Nulidades Procesales", pág. 221/222, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999), situación que no ha acontecido en autos.

4.- Bajo este esquema, entra en juego el añejo principio de la preclusión.

La doctrina autoral habla de forclusión (exclusión al foro) que se fundamenta en "el hecho de que las diversas etapas del proceso de desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos extinguidos y consumados (Eduardo J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, 1973, 3ª ed., n° 121, p. 124).

Chiovenda lo precisaba así: "La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluido a la parte el derecho de realizar otros actos determinados, o, en general actos procesales" (Principios de derecho procesal civil, Madrid, Ed. Reus, 1923, t. II, parág. 69, p. 396).

Calamandrei había analizado el problema a la luz del nuevo Código Procesal Italiano, enlazando los principios de preclusión, elasticidad y eventualidad (Instituciones de derecho procesal civil, Ejea, Buenos Aires, 1962, t. I, ps. 332 y 391).

La preclusión es la caducidad del derecho a cuestionar para cada parte, las diversas etapas del proceso. Realizado un acto o vencido para hacerlo, la parte pierde la facultad que tenía. Si un acto era inválido por inobservancia de las formas y dejado de pasar un plazo para impugnarlo, no podrá hacerlo en lo sucesivo, quedando consentida la nulidad (convalidada). El proceso consta de diversos tramos sucesivos, los que a medida que son cumplidos cierran impidiendo el retorno al punto de partida. La preclusión cierra el paso a la inseguridad en el desarrollo del proceso.

Tomás Jofré explicaba esta característica, al decir. "La palabra preclusión aunque no es castellana, la empleamos porque expresa claramente lo que queremos decir. Preclusión significa cerrar el paso, y viene de pre, antes, y de clauso, cerrado (citado por Luis A. Rodríguez Saiach "Teoría y práctica de las nulidades y de los recursos procesales", pág. 63 y 64, Editorial Gowa, Buenos Aires, 2004).

5.- La convalidación general que vengo describiendo se ve robustecida con el auto de llamamiento de sentencia de fs. 312, que no solo clausura todo debate ante el inminente dictado de la decisión, sino que advierte a las partes para que, antes de consentirlo, puedan deducir y formular las objeciones que consideren oportunas y pudieren obstar al dictado de un pronunciamiento válido (Cám. de Apel en lo Civil y Comercial San Isidro, Sala 1, causa 23.105 RSD 122 del 4/9/2014).

6.- Es por los argumentos expuestos, que entiendo que en el caso de autos la irregularidad apuntada por el recurrente, ha quedado purgada. El demandado no impugnó en tiempo ni interpuso revocatoria contra el auto que omitió dar traslado a la reconvenición, ni cuestionó el llamado de autos para sentencia, por lo que operado los efectos de la preclusión, no cabe más que rechazar esta parcela.

7.- Lo explicado, encuentra más fundamento si tenemos en cuenta que el demandado podrá canalizar su reclamo por mejoras por otra vía (esta Sala causa nro. 159.168 RSI 415 del 18/8/15) toda vez que en los procesos plenarios abreviados como el desalojo, la reconvenición resulta inadmisibles (argto. Esta Sala causa nro. 133.605 RSD 542 del 29/11/2005; Sala III, causa nro. 145.120 RSD 17 del 8/02/2010, entre otras).

8.- Por consiguiente, si mi postura es compartida, corresponde rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia.

9.- Colorario de lo anterior, el pedido de apertura a prueba respecto a la prueba pericial (v. fs. 347 segundo párrafo) no merece pronunciamiento por tratarse de "materia desplazada" en tanto a lo decidido al tratar el reclamo por mejoras. De esta manera se genera una innecesariedad de ingresar a su tratamiento (S.C.B.A., Ac. 79.230, Sent. del 19/2/2002; 82.062, Sent. del 24/9/2003; 83.054, Sent. del 24/3/2004; 82.765, Sent. del 30/3/2005; 90.613, Sent. del 29/11/2006 ; 95.035, Sent. del 7/5/2008; 99.437, Sent. del 2/9/2009; A. 69.302, Sent. del 26/10/2010; C.107.932, Sent. del 27/4/2011 entre tantas otras)

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Atendiendo a la votación precedente corresponde. I) Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada. II) Confirmar en consecuencia la sentencia apelada III) Propongo que las costas en esta instancia sean a cargo de la parte demandada vencida (art. 68 del C.P.C) y se difiera la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 del decreto/ley 8904/77.

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi 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 expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: I) Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada. II) Confirmar en consecuencia la sentencia apelada III) Imponer las costas en esta instancia a la parte demandada vencida (art. 68 del C.P.C) y se difiera la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 del decreto/ley 8904/77. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE (art. 135 del C.P.C.). DEVUÉLVASE.

**ROBERTO J. LOUSTAUNAU RICARDO D. MONTERISI**

**Alexis A. Ferrairone**

**Secretario**