CApel.CC Necochea, 10/09/2009. - Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Giglio, Olga Esther y ot. s/cobro ejecutivo

En la ciudad de Necochea, a los 10 días del mes de septiembre de dos mil nueve, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Giglio, Olga Esther y ot. s/Cobro Ejecutivo” habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. l68 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Oscar Alfredo Capalbo, Humberto Armando Garate y Fabián Marcelo Loiza, habiéndose excusado el Dr. Capalbo a fs. 159.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

Cuestiones

1ª ¿Corresponde declarar nulo todo lo actuado por el Dr. Tomás Fuentes Benítez a partir de fs. 147 en nombre y representación de la Sra. María del Carmen Durand?

2ª ¿Corresponde considerar la aplicación del artículo 220 del CPC?

3ª ¿Corresponde levantar el embargo decretado a f. 70?

4ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A la primera cuestión planteada el señor juez doctor *Garate* dijo:

I) Conforme surge de las constancias de autos, a fs. 128/vta. se presenta la Sra. María del Carmen Durand, copropietaria del inmueble embargado, solicitando se deje constancia que en el caso de subastarse el 50% de los derechos sobre el referido inmueble, el adquirente deberá respetar el derecho al uso total del mismo hasta su muerte y en forma exclusiva y excluyente, adquiriendo consecuentemente y en su proporción, la nuda propiedad (v. pto. I, Objeto).

Expresa que existe embargo trabado sobre el citado inmueble, hallándose el restante 50% libre y en su cabeza. Que el inmueble fue adquirido con un préstamo hipotecario otorgado por el Banco Hipotecario Nacional, con fecha 12-05-76, con destino de vivienda única y de ocupación permanente, siendo al presente su única vivienda, la única que ha tenido y la que habita y ocupa permanentemente.

Añade que atento a que su derecho al uso y ocupación de su vivienda no se limita al 50% inscripto a su nombre –adquirido en su momento con su esposo–, sino al total del inmueble, ya que tal derecho es por su propia naturaleza indivisible, solicita se deje suficientemente aclarado, que en el caso de que en autos se avance rumbo a la subasta, en el edicto a publicarse conste que se encuentra en la ocupación del bien en su carácter de condómina del 50% y con derecho al uso total del mismo que detenta hasta su muerte en forma exclusiva y excluyente, subastándose consecuentemente la nuda propiedad del 50% indiviso.

Corrido el traslado de ley, a fs. 134/139 vta. el Banco ejecutante solicita se rechace la pretensión de la contraria.

A fs. 140/141 el Sr. Juez de grado resuelve desestimar la petición formulada, con costas.

Contra dicho pronunciamiento a fs. 144 la Sra. Durand interpone recurso de apelación.

A fs. 147/149 vta. el Dr. Fuentes Benítez, invocando la franquicia del artículo 48 del CPC, expresa agravios, siendo su escrito de fecha 3 de noviembre de 2008.

Ahora bien, como es sabido, quien se acoge a la franquicia de la norma citada, tiene la obligación de acompañar los documentos pertinentes dentro del plazo allí establecido y el incumplimiento de tal obligación acarrea la nulidad de lo actuado. Tal nulidad opera por el simple transcurso del plazo legal sin necesidad de declaración o informe por ser dicho plazo procesal perentorio.

Habiendo en el caso de autos vencido con exceso el término fijado por el art. 48 del ritual para la ratificación o acreditación del mandato invocado –vencimiento que operó el día 5 de marzo del corriente año en las cuatro primeras horas (art. 124, CPC, t.o. ley 13.708)–, corresponde proveer según lo establecido por la norma citada, y en consecuencia decretar la nulidad de lo actuado por el Dr. Fuentes Benítez en su carácter de gestor.

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión plan­teada voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor *Loiza* votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor *Garate* dijo:

Resulta ser una regla establecida que la competencia de la alzada se abre en los límites de los recursos que introducen las partes por así derivarse de los principios procesales que conforman nuestro ordenamiento, siendo por lo demás, expresión derivada del texto legal (arts. 34, inc. 4, 155, 163, inc. 6, 272, CPC).

Así el aforismo “*tantum devolutum quantum apella­tum*” se erige como una barrera que, en principio, impide a la alzada abocarse al conocimiento tanto de cuestiones no propuestas al juez de la instancia como aquellas otras que no hubieran sido materia de agravio, so riesgo de agravio constitucional (v. fallos citados por Julia M. Clariá, Incongruencia y arbitrariedad en el proceso civil –Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–, J.A., 1997-II, pág. 807).

Citando a Calamandrei, señala la referida autora: “Igualmente en apelación el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provocan con su gravamen en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura” (Incongruencia y arbitrariedad en el proceso civil –Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–, J.A., 1997-II, pág. 798 y sig.).

Pareciera entonces que conforme tal tesitura, declarada la nulidad del memorial obrante a fs. 147/149 vta. y con dicha decisión, ha de considerarse cancelada la actuación de la presente instancia, en virtud del segundo de los supuestos arriba enunciados.

No obstante que tal respuesta resulte en general irreprochable, estimo que no es la que ha de otorgarse en el *sub lite*. Ello así porque dicha solución supone la aplicación del principio de preclusión: Lo que no ha merecido agravio de la parte fue por ella consentido y por ende, no puede ser revisado por la alzada.

Sin embargo, en el supuesto del artículo 220 del CPC y aún más específicamente en la aplicación del art. 35 de la ley 22.232 y 38 de la ley 14.394, como ha sido reiteradamente expuesto, no resulta aplicable el principio de preclusión por ser una cuestión de orden público.

Así sostiene De Lázzari que “el artículo 220 opera más allá de ataduras formales, pues su vigencia no se detiene ante el principio de preclusión en tanto el consentimiento de la resolución que dispone el embargo carece de toda trascendencia”; añadiendo luego que el levantamiento de la medida trabada sobre alguno de los bienes enumerados por el art. 219 del CPC es “una cuestión de orden público que los jueces han de cumplimentar como expreso deber” (Medidas Cautelares, T. 1, 2ª Ed., Librería Editora Platense S.R.L., pág. 444).

En sentido concordante se ha expresado que “Las valoraciones de solidaridad y cooperación que exhibe el CPCN, 219 y normas provinciales concordantes deben prevalecer sobre las de orden que prestan sustento al principio de preclusión. Ello, unido al carácter irrenunciable del beneficio que conceden las referidas disposiciones, configuran el fundamento de la norma analizada (Palacio, Alvarado Velloso, Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, T. 5º, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 240).

Para Morello, “la prohibición de la ley no sólo va dirigida al ejecutante, sino también al órgano judicial”, recordando que la Suprema Corte “ha excluido el juego de la preclusión respecto de un régimen que en razón del carácter de orden público y los propósitos de interés general y de fomento de la vivienda familiar, no puede otorgar fundamento a la tesis que sostiene su ejecutabilidad” (Morello-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales, II-C, ps. 838, 839, cit. por Fenochietto, Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, T. 1, Editorial Astrea, 2001, pág. 782).

Si las afirmaciones hasta aquí efectuadas resultan correctas, podemos razonar que la declaración de nulidad sustentada en la norma del artículo 48 del CPC, del único memorial que abriera esta instancia, no empece, o mejor aun no exime a este tribunal del deber de analizar la aplicabilidad del art. 220 del CPC, cuestión que fuera introducida por quien se presenta como beneficiario de tal derecho, aunque las vicisitudes procesales impidieran abordar su apelación.

Sin llegar a afirmarse que el decreto de embargo que se efectuara resulte fulminado de nulidad como sostiene Colombo (Código Procesal, 4ª ed., I, p. 364), sí ha de afirmarse que propuesto el tema por la parte y habiendo llegado a conocimiento de la alzada la eventual violación de la prohibición que establece el artículo 219 del CPC (“el juez no podrá”), resulta insoslayable su análisis, a fin de no erigir a esta instancia, según expresión del Superior Tribunal, en un convidado de piedra respecto de un supuesto de inembargabilidad en el que existe doctrina legal sentada (SCBA, Ac. 73811 S 13-9-2000, íd. 82873 S 22-10-2003, íd. Ac. 87131 S 27-10-2004, JUBA, sum. B22008).

Adviértase entonces que en el caso, el análisis de la cuestión se torna obligatorio ya que la parte requirió la protección de su vivienda, lo que aventa el riesgo del que alerta Alsina en cuanto a que el silencio del deudor sea prueba de que el bien no le resulte de uso indispensable (cit. por Fenochietto, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 1, págs. 771/772), y hace aplicable la manda constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (ver Kemelmajer de Carlucci, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, ed. Hammurabi, 1995, págs. 50/51).

Lo dicho, sin perjuicio de señalarse que este deber, como todo otro, no es absoluto sino que ha de ser ponderado en cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias y a los bienes objeto de la medida, en aplicación del principio de racionalidad que debe primar en toda decisión judicial.

A lo hasta aquí expuesto ha de añadirse que cuando el artículo 220 del ritual se refiere al levantamiento de oficio y ‘en todo tiempo’ debe de interpretarse que ello incluye todas las etapas e instancias previas a la subasta de los bienes y franquea, al menos en principio, las limitaciones de la alzada en cuanto a su competencia devolutiva.

Por lo demás, la solución aquí propiciada tiende a la humanización del proceso, característica esencial en un régimen republicano y democrático, protegiendo derechos inalienables de la persona y la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional; art. 36, inc. 7 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 16 y 25, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1984); art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969 aprobada por ley 23.054 de 1984); art. 11.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales ratificado por ley 23.313; art. 5, inc. e, iii, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial ratificado por ley 17.722).

Por las consideraciones expuestas a la cuestión planteada voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor *Loiza* votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la tercera cuestión planteada el señor juez doctor *Garate* dijo:

1. Sentado lo anterior, ha de tenerse presente que el régimen de inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional responde al mismo propósito que tiene el bien de familia: esto es, defender el núcleo familiar de los posibles avatares patrimoniales que pudieran sobrevenir, preservando el bien inmueble asiento de la familia (Zannoni, Eduardo A., “Derecho de Familia”, t. I, ps. 610/611, núm. 414; Esteban Mazzingui, “Apuntes sobre bien de familia”, en Doctrina Judicial, “L.L.”, 1990-I, p. 1).

La Suprema Corte de Justicia Provincial tiene dicho al respecto que “la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia adquiridos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional, se mantiene luego de cancelado el crédito del Banco criterio que se ajusta al objetivo social y carácter de orden público que tienen las normas legales que consagran aquéllas y concuerda con las funciones de fomento de la vivienda familiar atribuidas a la función del Banco y el espíritu de normas análogas como las que regulan el llamado ‘bien de familia’ y tienen sustento constitucional en el art. 14 nuevo de la ley suprema” (conf. SCBA, Ac. 73811 S 13-9-2000, íd. 82873 S 22-10-2003, íd. Ac. 87131 S 27-10-2004, JUBA, sum. B22008).

2. En tales términos y aplicando analógicamente las normas establecidas para el bien de familia, ha de señalarse que las cláusulas de inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda subsisten mientras habite allí uno de sus beneficiarios (arts. 41, ley 14.394 y 34, ley 22.232, t.o. 540/93); circunstancia que en el caso de autos quedó debidamente acreditada.

En efecto; surge del mandamiento de constatación obrante a fs. 113/vta. que el Sr. Oficial de Justicia fue atendido por una persona que dijo ser de la casa y llamarse Ana Daniela Costa, quien manifestó ocupar el inmueble junto a su cónyuge en carácter de inquilinos, agregando que “en el fondo del terreno allí existente hay un departamento ocupado por la Sra. Carmen Durand y su cónyuge Sr. Omar González, ambos ausentes en este acto, quienes serían los propietarios de todo el inmueble”.

Acreditado así tal presupuesto de admisibilidad, esto es que la copropietaria Sra. Durand continúa habitando la vivienda, el beneficio de inembargabilidad e inejecutabilidad subsiste y mantiene plenamente su vigencia, sin que a ello obste la locación parcial del inmueble.

En efecto; en un caso similar al de autos –si bien con relación al bien de familia–, la disuelta Cámara Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal Departamental, resolvió que “La locación de la planta baja de un inmueble por una persona ajena al grupo familiar no es causa suficiente para hacer caer el amparo legal de la ley 14394. La partícula disyuntiva “o” del art. 41 de la ley citada, prevé dos requisitos bien diferenciados: o que el propietario o su familia habiten el inmueble o que lo explote por cuenta propia; en el caso el grupo familiar no ha dejado de habitarlo, sin que la locación parcial acreditada implique el incumplimiento de la obligación de habitar el inmueble que es el requisito que se mantiene cumplido. El análisis de la desafectación de un inmueble donde continúa habitando el constituyente y su familia, ha de actuarse con extremada prudencia, ateniéndose primordialmente al espíritu que emana de la ley que rige el instituto del bien de familia, que privilegia, ante todo, el inmueble asiento de la misma” (expte. 4183, reg. int. 20 [S] del 29/03/01).

Se ha sostenido asimismo que “no tratándose de la locación total sino parcial del inmueble afectado a ‘bien de familia’, el supuesto debe entenderse aprehendido por el art. 41 de la ley 14.394, por cuanto quien lo constituyera habita en el mismo y trata de lograr una renta alquilando parte del inmueble, lo que no contradice el espíritu de la institución (Cám. Civ. 1, Sala I, MP 113248 RSD-314-00 S 12-9-2000, JUBA sum. B1352222; en el mismo sentido jurisprudencia citada por Aída Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., ps. 91/92).

En consecuencia y por las razones hasta aquí apuntadas, propicio se ordene el levantamiento del embargo decretado a fs. 70, sin que por lo demás, los argumentos expuestos por el sentenciante de grado sean obstáculo a la decisión propuesta.

Así, no siendo la recurrente parte demandada en este proceso ni habiendo intervenido en el incidente de inoponibilidad promovido por el Banco actor a que hace referencia el Sr. Juez de grado, ninguna de sus constancias pueden serle oponibles.

Amén de lo expuesto, no encuentro que la decisión adoptada viole el principio de congruencia porque en definitiva la pretensión de la recurrente consiste en conservar su derecho a habitar la vivienda, esto es, mantener incólume su derecho a la protección de la misma (arts. 36, inc. 7 de la Const. de la Pcia. y 14 bis de la Const. Nac.).

Por lo demás, estimo que la solución legal a la petición efectuada por la propietaria recurrente es ésta y no existe otra que pueda adecuarse a su requerimiento, en tanto no puede desmembrarse el dominio como pretende, con la creación de un usufructo por la mera decisión judicial (arts. 2502, 2506, 2807, 2818, Código Civil; Kiper, Código Civil comentado, T. II, ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 653, comentario al art. 2818).

Por las consideraciones hasta aquí expuestas, a la cuestión planteada voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor *Loiza* votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la cuarta cuestión planteada el señor juez doctor *Garate* dijo:

Corresponde I) Declarar nulo todo lo actuado por el Dr. Tomás Fuentes Benítez en nombre y representación de la Sra. María del Carmen Durand a partir de fs. 147 (arts. 46, 47, 48, 155, 169, CPC); II) Ordenar el levantamiento del embargo decretado a f. 70 (arts. 41, ley 14.394; 34, ley 22.232, 219, 220, CPC; 14 bis, Const. Nac.; 36, inc. 7 de la Const. de la Pcia.); III) Imponer las costas en el orden causado atento el modo como se resuelve la cuestión (art. 68, 2º párrafo, CPC).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor *Loiza* votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

Sentencia

*Vistos* y *Considerando*: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, I) Se declara nulo todo lo actuado por el Dr. Tomás Fuentes Benítez en nombre y representación de la Sra. María del Carmen Durand a partir de fs. 147 (arts. 46, 47, 48, 155, 169, CPC); II) Se ordena el levantamiento del embargo decretado a f. 70 (arts. 41, ley 14.394; 34, ley 22.232, 219, 220, CPC; 14 bis, Const. Nac.; 36, inc. 7 de la Const. de la Pcia.); III) Se imponen las costas en el orden causado atento el modo como se resuelve la cuestión (art. 68, 2º párrafo, CPC). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31, ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135, CPC). Devuélvase (arts. 47/8, ley 5827). – *Humberto A. Garate. – Fabián M. Loiza* (Sec.: Daniela Pierresteguy).