**STJSL-S.J. – S.D. Nº 179/16.-**

---En la Ciudad de San Luis, **a diecinueve días del mes de octubre de dos mil dieciséis**,***Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*,** se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO- Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“BARREIRO MARIANI CRISTINA AMELIA y OTRA c/ OSVALDO RUBÉN MURACT y OTRO - ESCRITURACIÓN - RECURSO DE CASACIÓN”*** - IURIX EXP Nº 171954/9.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. OSCAR EDUARDO GATICA (quien emitiera su voto el día 29/07/2016), y ante su renuncia por haberse acogido al régimen jubilatorio a partir del 31/08/2016, toma el lugar de primer votante el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, continuando con el orden de votación los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto a fs. 443 y fundado a fs. 457/460 por el codemandado Miguel Ángel Martínez Petricca?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del CPC y C.?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

VI) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto a fs. 444 y fundado a fs. 464/468 por el codemandado Osvaldo Rubén Muract?

VII) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del CPC y C.?

VIII) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IX) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

X) ¿Cuál sobre las costas?

**CONSIDERACIONES COMUNES A AMBOS RECURSOS:** 1) Las actoras inician demanda de escrituración contra los Sres. Osvaldo Rubén Muract y Miguel Ángel Martínez Petricca, relatan que en fecha 7 de febrero del año 1995 celebraron un contrato de permuta con los mismos, por el que las actoras entregaban el inmueble, sito en calle Edison Nº 176 de la Ciudad de Villa Mercedes, recibiendo a cambio el departamento “B” del séptimo piso del Edificio de la Caja Social III, denominado Paseo de la Villa, ubicado en la intersección de las calles Edison y Suipacha de esa ciudad. Señalan que efectuaron la operación en representación de sus hijos menores Fernando Nicolás Zacheo y Sebastián Daniel Odetti, que eran los adjudicatarios del inmueble entregado en permuta; según surge de los autos: “BARREIRO, MIGUEL ÁNGEL - SUCESORIO”, en trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, habiendo obtenido la autorización judicial pertinente para la operación por Sentencia Interlocutoria Nº 55 de fecha 10/04/1996, dictada en dicha causa, la que corre por cuerda separada (fs. 114 y vta.). Sostienen que se convino en la cláusula cuarta del contrato de permuta, que la escritura de ambos inmuebles se haría simultáneamente; estando a cargo de los demandados todos los gastos y honorarios que se devengaren (cláusula 3º) y se estipuló el plazo hasta el 31 de marzo de 1996 (cláusula 4º in fine).

Que por Sentencia Definitiva Nº 139 de fecha 03/10/2003, dictada por el Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas Nº 1 de la Segunda Circunscripción (fs. 250/253 vta.), se resuelve rechazar la demanda con costas, por falta de legitimación sustancial de las actoras. Apelada la misma, por Sentencia Definitiva Nº 54 del 25/11/2008 dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 431/434 vta., se resuelve por el voto de la mayoría, revocar la sentencia de primera instancia Nº 139, en la medida que fueron acogidos los agravios de las actoras, hacer lugar a la apelación de fs. 256 y ordenar el cumplimiento de la cláusula 4ª del contrato de permuta de fs. 3/4 vta., celebrando las escrituras en la forma convenida, y rechazar la excepción de falta de legitimación activa, interpuesta por los codemandados.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Que a fs. 443, el Dr. Miguel Ángel Martínez Petricca articula Recurso de Casación en contra de la Sentencia Definitiva N° 54, dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, de fecha 25/11/2008, obrante a fs. 431/434 vta. El recurso es fundado a fs. 457/460 vta., en los dos supuestos previstos en el art. 287 del CPC y C.

Surge de las constancias de la causa, que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término, contra una sentencia definitiva de Cámara. Asimismo, el recurrente acompaña comprobante de depósito exigido por el art. 290 del CPC y C. a fs. 442 y la Tasa de Justicia (fs. 687/688).

Por lo expuesto, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** 1) Que a fs. 431/434 vta., obra Sentencia Definitiva Nº 54 dictada por la Excma. Cámara Civil Comercial Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que resuelve por mayoría de votos revocar la sentencia de primera instancia Nº 139, en la medida que fueron acogidos los agravios de las actoras, hacer lugar a la apelación de fs. 256 y ordenar el cumplimiento de la cláusula 4ª del contrato de permuta de fs. 3/ 4 vta., celebrando las escrituras en la forma convenida, y rechazar la excepción de falta de legitimación activa, interpuesta por los codemandados.

En el punto *IV. CAUSALES QUE SUSTENTAN LA CASACIÓN,* manifiesta que la violación al derecho vigente se materializa en varios aspectos de la sentencia, que justifican y fundan las causales de casación. Sostiene que se dejó de aplicar la ley que correspondía, ya que el contrato que motivó la litis es de permuta, que respecto al mismo, los arts. 1490 y 1491 del Cód. Civil expresan que no pueden permutar los que no pueden comprar y vender y a su vez, que no pueden permutarse las cosas que no pueden venderse. Que por otro lado el art. 1492 remite a las disposiciones de la compraventa, el art. 1329 C.C. establece que las cosas ajenas no pueden venderse, agregando que si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio. Agrega que el art. 1167 C.C. en cuanto al objeto del contrato, remite al objeto de los actos jurídicos (art. 953 del mismo Código).

Sostiene que respecto a su situación, las actoras sabían perfectamente que el mismo no era propietario, ni poseedor del bien, que Muract entregara en la permuta, revistiendo solamente el carácter de beneficiario del bien que por ese acto recibiera aquél. Que el contrato no se perfeccionó jamás a favor del recurrente, por cuanto nunca recibió la escritura como acto formal de dominio respecto al bien que entregaran los actores.

Manifiesta que resulta de toda imposibilidad jurídica, la circunstancia de demandar por cumplimiento de un acto escriturario, a quien no detenta la posibilidad jurídica de cumplir con tal acto, y que a juzgar por las constancias de autos, no es el co-contratante (en el caso permutante) referente al presentante.

Destaca, que tampoco se aplica el art. 59 del Cód. Civil ya que se pretende una demanda por parte de dos personas mayores capaces, que actúan por derecho propio, pero luego mutan ese derecho hacia quienes al momento de accionar eran menores, pero durante el desarrollo del juicio jamás tuvo intervención el Ministerio Pupilar conforme la norma citada.

Sostiene que por otro lado, se viola el art. 979 del C.C., en relación a las constancias judiciales del expediente: “*Barreiro, Miguel Ángel s/sucesorio*”, que tramitan por ante el mismo juzgado de origen y agregado por cuerda a esta causa, por cuanto allí surge la autorización judicial dictada para que las actoras en representación de los menores, suscribieran el contrato de permuta con la presencia previa de la tercera citada, Sra. Graciela Bonugli de Muract; por lo que el juez de la sucesión excluye al recurrente de la vinculación contractual, como así también la presentación del presentante a fs. 113, adjuntando documentación (fs. 110/112), que acredita la cesión de derechos a la Sra. Graciela Bonugli de Muract y consecuentemente, la sentencia posterior interlocutoria Nº 55 de fs. 114., que autoriza a la permuta.

Manifiesta, que se interpretó erróneamente la normativa legal, ya que en autos la cosa era propiedad, a partir de la cesión, que la Caja Social le hiciera respecto de los derechos del inmueble, que luego se permuta, de la Sra. María Yolanda Mariani de Barreiro y no de Muract, por lo que el contrato era inexistente y el juez no aplicó el art. 1329 del C.C.

Agrega que la nulidad del fallo por incongruencia es evidente, ya que la incongruencia del mismo deviene en su imposible cumplimiento, ya que no puede exigírsele que escriture el bien, que a su vez reconoce ante el titular del dominio (la Caja Social de la Prov. de San Luis), como titular de posesión, derecho y dominio a la Sra. María Yolanda Mariani de Barreiro.

2) Que corrido traslado a la parte actora por decreto de fecha 09/05/14 (fs. 650), una de las mismas contesta a fs. 651 y vta., solicitando se rechace el mismo con costas; con fundamento en que el recurso de casación pretende abrir una tercera instancia, circunstancia expresamente vedada por la ley y la interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

3) Que a fs. 679/681, dictamina el Sr. Procurador General, opinando sobre la procedencia del recurso de casación interpuesto, en virtud de las razones que expone, y que se dan por reproducidas en honor a la brevedad.

4) Que en primer lugar y con referencia al medio impugnaticio intentado, cabe señalar que la finalidad de carácter general, que reviste el Recurso de Casación, es conseguir la uniformidad de la jurisprudencia y la finalidad específica, es la de obtener la nulidad de una sentencia por errónea aplicación o interpretación de la norma legal sustantiva, en el caso concreto, fijado en sentencia definitiva por el Tribunal de mérito. Calamandrei, en su obra "Estudio sobre el Proceso Civil", Ed. Bibliográfica Argentina, B.A. 1961, afirma que: *"el recurso de casación es una acción de impugnación que se propone ante el órgano jurisdiccional supremo para obtener la anulación de una sentencia de un juez inferior que contenga un error de derecho en la decisión de mérito".-*

Así, demarcado el objeto casatorio, se advierte que el recurrente funda su pretensión en los dos supuestos contemplados en el artículo 287 del CPCy C., señalando que la Cámara no ha aplicado los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, vigente a la fecha de celebración del contrato de permuta (7 de febrero de 1995), como tampoco el art. 1492 (que remite al art. 1329 C.C.), el art. 1167, y el art. 59 de dicho Código, como asimismo sostiene la violación del art. 979 del mismo cuerpo legal.

5) Que analizadas las cuestiones propuestas, y de conformidad con el dictamen del Procurador General de fs. 679/681, considero que el recurso de casación, planteado por el codemandado Miguel A. Martínez Petricca, es procedente, en virtud de las consideraciones que a continuación expondré, a saber:

A fs. 3/4 vta., obra el contrato de permuta celebrado en fecha 7/02/1995 por Cristina Amelia Barreiro Mariani, en representación de su hijo menor Fernando Nicolás Zacheo, y por Margarita Yolanda Barreiro Mariani de Odetti, en representación de su hijo menor Sebastián Daniel Odetti, como parte vendedora permutante, y por la otra parte los Sres. Osvaldo Rubén Muract y Martínez Miguel Ángel. Permutan el bien inmueble que les corresponde a sus hijos menores y que fue objeto de cesión de derechos hereditarios, que le correspondían a la Sra. María Yolanda viuda de Barreiro, en el carácter de cónyuge supérstite del causante Miguel Ángel Barreiro, aprobada por Auto Interlocutorio Nº 113 de fecha 20/10/94 (cfr. fs. 81 del expte. sucesorio que corre por cuerda separada). A su vez, a fs. 44, obra Sentencia interlocutoria Nº 146 de fecha 19/10/93, que aprueba la cesión de derechos y acciones de Cristina Amelia Barreiro y Margarita Yolanda Barreiro, herederas de Miguel Ángel Barreiro, sobre el mismo inmueble, a favor de sus hijos Fernando Zacheo y Sebastián Odetti (cfr. fs. 34).

Que por Sentencia Interlocutoria Nº 55 de fecha **10 de abril de 1996,** obrante a fs. 114 y vta., la jueza del sucesorio autoriza a las actoras a celebrar el contrato de permuta del bien inmueble que les fuera adjudicado a los herederos, ubicado en calle Edison Nº 176 de Villa Mercedes, y las autoriza a su vez a suscribir la documentación respectiva del acto escriturario. La autorización fue otorgada con la intervención de la Defensora de Menores e incapaces, que no formuló objeción al respecto (cfr. fs. 104).

El Código Civil, vigente a la fecha de la interposición de la demanda de escrituración, en su art. 264 quater inc. 6º, requería el consentimiento de los dos padres y la autorización judicial, ambos requisitos para disponer de los bienes inmuebles y derechos o bienes muebles, registrables de los hijos.

El Código Civil actual (Ley N° 26.994) en su art. 26 establece el principio general: *“Ejercicios de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales*” (primer párrafo). El mismo criterio surge de otra norma, el art. 100 que establece como regla general que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes, los derechos que no pueden ejercer por sí. A su vez, el art. 692 establece que: *“se necesita autorización judicial para disponer de los bienes del hijo. Los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo”.*

Por lo que estimo, que el contrato de permuta celebrado entre las actoras *en representación de sus hijos menores de edad* y los codemandados, es válido; ya que cuenta con la autorización judicial (aunque de fecha posterior a la de celebración del contrato), y la intervención de la Defensora de Menores.

La jurisprudencia ha sostenido que: *“Para la venta de bienes inmuebles de un menor, es requisito esencial que la voluntad de su representante legal se integre con la autorización judicial, otorgada con intervención del Ministerio Pupilar (arts. 56, 57, 297, 494 C. Civil). Aún cuando las partes no hayan subordinado expresamente la suerte de la contratación a la obtención de la autorización requerida, la promesa de venta ha de entenderse sujeta a esa condición legal, sin cuyo cumplimiento el contrato ni siquiera llega a existir como tal. Esta \"Conditio iuris\" actúa como un condicionamiento del negocio a un hecho futuro e incierto, dependiendo así la validez y eficacia de la operación de la circunstancia de que el juez otorgue la autorización pertinente, condición impropia de carácter suspensivo que impide la formación del consentimiento, de manera tal que no acaecido el hecho condicionante, la obligación pactada debe ser tenida por no formada (art. 548 C.C.), sin que de ello derive -en principio- responsabilidad alguna para las partes. Las obligaciones restitutorias y la eventual responsabilidad de quien no llegó a obtener la autorización judicial por culpa o dolo, quedan en el ámbito de las relaciones precontractuales.”*   
(Espeleta vs. Signoretta s. Cumplimiento de contrato y fijación de plazo de escrituración Fecha: 27/04/1995 Tribunal: Bahía Blanca Buenos Aires Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I Fuente: Biblioteca del Colegio de Abogados de Bahía Blanca Cita: RC J 16560/09, en <http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=jurisprudencia&c=jurisprudencia>, acceso 06/06/16).

A su vez, respecto a la supuesta representación de los menores en juicio, surge de las constancias del expediente, que las actoras actuaron por derecho propio.

Así, la demanda de escrituración, obrante a fs. 62/68vta, fue interpuesta por las Sras. Cristina Amelia Barreiro y Margarita Yolanda Barreiro Mariani de Odetti por derecho propio, sin puntualizar que lo hacían en representación de sus hijos menores de edad, Fernando Zacheo y Sebastián Odetti; ello sin perjuicio de que el contrato de permuta objeto del proceso, fuera suscripto por las actoras en nombre y representación de sus hijos menores.

Como consecuencia de ello, en el presente proceso, no tuvo intervención el Ministerio Público Pupilar, a través de la Defensoría de Menores, siendo la misma de carácter obligatorio por imperio del art. 103 del Código Civil y Comercial, *“en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad…”* , como así también lo dispone el art. 84 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A fs. 177 y vta., se presentan Fernando Zacheo y Sebastián Odetti, solicitando la intervención en el proceso, por haber alcanzado la mayoría de edad. A fs. 181, por decreto de fecha 12/06/2001, la *a-quo* no les concede participación, en virtud de que *“encontrándose trabada la litis en el ejercicio de derecho propio de las actoras, tanto que no se dio participación a la Sra. Defensora de Menores, no procede conceder participación…”*

Dicho decreto es apelado a fs. 182 por las actoras, por *causarles gravamen irreparable*, y no por los presentantes de fs. 177 y vta., razón por la cual en fecha 4/12/2001, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, dicta el Auto Interlocutorio Nº 243 (fs.197/198 vta.), que resuelve rechazar la apelación en razón de que, en primer lugar, el *a-quo* dispuso tratar en la sentencia definitiva, la ausencia de calidad para obrar de las partes; por lo que no realiza el tratamiento de fondo de esa cuestión. Asimismo resuelve, rechazar la apelación de fs. 182 ya que *“son los poderdantes de fs. 177 Fernando Zacheo y Sebastián Odetti quienes debieron apelar conforme el art. 96 del CPC, y no consentir el acto como lo hicieron, pues conforme a la constancia de fs. 182 quienes recurren son las actoras de fs. 62/68 vta. y no los presentantes de fs. 177 a quienes en definitiva se les niega participación. Por eso la apelación de fs. 182 deviene claramente improcedente…”*

A fs. 202/205 vta., nuevamente las actoras, incurriendo en el mismo error por derecho propio, interponen recurso extraordinario de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria, contra el resolutorio Nº 243 de la Excma. Cámara, respecto del cual a fs. 237/238, por auto interlocutorio Nº 113 de fecha 22/05/03, se declara la caducidad de instancia recursiva. A fs. 282/285, las actoras presentan recurso de queja por ante el Superior Tribunal de Justicia, por derecho propio, y a fs. 416 por STJSL-S.J. Nº 157/08 el 19/03/2008, este Alto Cuerpo declara desierto el Recurso de Inconstitucionalidad concedido a fs. sub 31 y vta. (fs. 311 y vta.), **por lo tanto, el Auto Interlocutorio Nº 243 (fs. 197/198) quedó firme y consentido.**

Considero, que las actoras carecían de legitimación activa sustancial para interponer la demanda de escrituración por derecho propio, ya que jamás invocaron la representación de sus hijos menores, en virtud de ser las representantes legales y necesarias de los menores herederos del bien inmueble. Las mismas actúan en el proceso por derecho propio, sin perjuicio de que del contrato de permuta surge, que celebraron el mismo en nombre y representación de sus hijos menores, por lo que la falta de legitimación *ad causam* surge palmariamente. Como consecuencia de ello, el Ministerio Público no participó en ninguna de las dos instancias, ni convalidó lo actuado en el proceso.

La legitimación en la causa o legitimación sustancial, es la aptitud o capacidad que se requiere para intervenir como parte en un proceso determinado. No basta por tanto con la capacidad procesal y la capacidad para ser parte, en cuanto mediante ellas se cuestionan aptitudes concernientes a la titularidad y ejercicio de derechos en general y sin referencia a un juicio en particular (cf. Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, 3ª edición, tomo I, pág. 185). Cuando se cuestiona la legitimación, sea en su faz activa como pasiva, se procura excluir a alguno de los sujetos porque no se verifica respecto de él, el diferimiento legitimante a través de la relación jurídica sustancial que se trate, que es el modo *habitual como la legitimatio resulta asignada. Tiene decidido este Tribunal que: "hay falta de legitimación para obrar cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso"* (Cfr. Fenochietto y Arazi, "Código Procesal...", tomo II, pág.210, con cita de Palacio, "La excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar", Revista Argentina de Derecho Procesal, 1968, nº 1, pág.78; esta Sala, causa nº 47305, 11.05.04, "Pizarro..."). [Fernández, Miguel Ángel vs. Aiello, Roberto Nicolás s. Reparación de defectos de construcción /// Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala II, Azul, Buenos Aires; 07-jul-2008; Rubinzal Online; RC J 2452/09](http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=jurisprudencia&c=jurisprudencia&a=get&id=31611), en <http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php>, acceso 09/06/16.

En conclusión, considero que el fallo impugnado en el voto mayoritario, ha omitido aplicar el art. 59 del Cód. Civil vigente a la fecha de interposición de la demanda (23/02/2000, cfr. cargo de fs. 68 vta.), que se corresponde con los arts. 26 y 100 del Código Civil actual (Ley N° 26.994). Por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación, revocar la Sentencia Definitiva Nº 54 dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial (fs. 431/434 vta.), dejando firme el fallo de primera instancia Sentencia Definitiva Nº 139 de fecha 03/10/2003 (fs. 250/253 vta.)

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Que conforme se han votado la segunda y la tercera cuestiones, corresponde revocar la Sentencia recurrida, dejando firme la sentencia de primera instancia. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Atento como ha sido resueltas las cuestiones anteriores, y habiéndose revocado la Sentencia Definitiva Nº 54 de Excma. Cámara Civil Comercial Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, corresponde 1) Readecuar las costas de la segunda instancia, las que se imponen a la parte actora (art. 279 CPCC). 2) Costas de la instancia extraordinaria de casación a la actora vencida. (Art. 68 y 69 CPCC). ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

**A LA SEXTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Que a fs. 444, el Dr. Fernando Rodríguez, apoderado de Osvaldo Rubén Muract, interpone Recurso de Casación en contra de la Sentencia Definitiva N° 54, dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, de fecha 25/11/2008, obrante a fs. 431/434 vta. El recurso es fundado a fs. 464/468, en los dos supuestos previstos en el art. 287 del CPC y C.

Surge de las constancias de la causa, que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término, contra una sentencia definitiva de Cámara. Asimismo, el recurrente acompaña a fs. 442, 445 y 462. comprobantes de depósitos, exigido por el art. 290 del CPC y C.

Por lo expuesto, VOTO a esta SEXTA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **SEXTA CUESTIÓN.-**

**A LA SÉPTIMA y OCTAVA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** 1) Que a fs. 431/434 vta., obra Sentencia Definitiva Nº 54 dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que resuelve revocar la sentencia de primera instancia Nº 139, en la medida que fueron acogidos los agravios de las actoras; hacer lugar a la apelación de fs. 256 y ordenar el cumplimiento de la cláusula 4ª del contrato de permuta de fs. 3/4 vta., celebrando las escrituras en la forma convenida, y rechazar la excepción de falta de legitimación activa, interpuesta por los codemandados.

Luego de referirse al cumplimiento de los requisitos formales, manifiesta el recurrente, que la sentencia dictada en autos ha incurrido en gruesos errores, tanto desde la omisión de indicar quien es el beneficiario del fallo, hasta quien es el condenado a escriturar; pasando el voto de la mayoría, por una serie de contradicciones con su propia decisión dictada en la causa.

Sostiene que el presente proceso, lo inician por derecho propio las Sras. Cristina Amelia Barreiro de Mariani y Margarita Yolanda Barreiro Mariani de Odetti; que a fs. 84 se les concede la calidad de partes en el proceso, quedando trabada la litis, como actoras, las hermanas Barreiro. Destaca que no surgen dudas de que comparecieron por derecho propio, pues jamás invocaron representación alguna, incluso ante el Superior Tribunal de Justicia, expresamente dicen que lo hacen por derecho propio, tal como surge a fs. 229 y 282/285 de autos.

Manifiesta que a fs. 177 y vta., y en plena etapa probatoria, se presenta el Dr. Eduardo Mercau, acreditando ser apoderado de Fernando Enrique Zacheo y Sebastián Daniel Odetti, y solicita se le otorgue participación como representante de los mismos en la causa. Que la resolución de fs. 178, que no concede la participación a los menores Zacheo y Odetti, curiosamente es consentida por el apoderado de los mismos, quienes de haber tenido un legítimo derecho en autos, se verían agraviados, pero son las Sras. Cristina Amelia Barreiro de Mariani y Margarita Yolanda Barreiro Mariani de Odetti, quienes apelan la medida, y con un acertado criterio basado en derecho y a la luz de las constancias de la causa, la Excma. Cámara de Apelaciones mediante Auto Interlocutorio Nº 243, obrante a fs. 197/198, rechaza la apelación pues entiende que Zacheo y Odetti debían apelar, y no las actoras, para quienes no había agravio alguno.

Agrega, que sorpresivamente y en votación dividida, la Excma. Cámara de Apelaciones, revocó la sentencia de primera instancia generando más confusión y violaciones de derechos y deberes, que los que había antes de iniciarse el proceso: en la parte resolutiva, ha omitido indicar a nombre de quien se debe escriturar, si es a nombre de las actoras en autos o a nombre de sus hijos, extraños en este proceso, por decisión confirmada por la propia Cámara por Auto Nº 243 obrante s fs. 197/198; que asimismo ha omitido indicar, quien o quienes son los condenados a otorgar la escrituración, que lógicamente es el titular registral del inmueble, y de autos surge que el mismo es un organismo dependiente del Estado Provincial, que jamás fue llamado a comparecer en la causa, por lo que estaríamos frente a una sentencia de cumplimiento imposible.

Enfatiza que cuando el proceso se inició y se trabó la litis, Fernando Enrique Zacheo y Sebastián Daniel Odetti, eran menores de edad, y el art. 59 Cód. Civil establece la nulidad de todo acto y todo juicio, en el que no se le haya otorgado la representación promiscua al Ministerio de Menores. Que a su vez, alcanzada la mayoría de edad, cesa de puro derecho la representación de sus padres, por ende las actoras, a partir de ese momento, dejaron de ejercer la representación de sus hijos, por lo que no puede el voto de la mayoría, suplir la falta de legitimación activa sustancial de las actoras, con la sola mención del intercambio postal extrajudicial, que en el que jamás se indica que la escrituración debe formalizarse a favor de los hijos de las actoras.

Manifiesta, que las normas que se han dejado de aplicar, son los arts. 59, 264 quater inc. 5 y 6 y cc. del Cód. Civil, ya que al momento de celebración del contrato de permuta no existía autorización judicial, ni consentimiento expreso de ambos padres, para celebrar dicho acto. Que dicha autorización fue otorgada recién el día 10 de abril de 1996, por lo que claramente el contrato es nulo. Agrega que la jueza de la causa lo advierte a fs. 181.

Sostiene, que se violan las disposiciones respecto de las cesiones de derechos que establece el Cód. Civil, y se interpreta erróneamente el art. 1476, respecto de la responsabilidad del cedente de buena fe; ya que su mandante cedió y transfirió en pleno y absoluto dominio a favor de la Sra. María Yolanda Mariani de Barreiro, todos los derechos que tenía, o que en el futuro le podían corresponder sobre el departamento ubicado en el piso séptimo “B” del edificio Paseo de la Villa de esa ciudad, (fs. 18 de autos).

Concluye en que, quien tenía que reclamar la escrituración pretendida en autos, era la Sra. María Yolanda Mariani o sus sucesores, quienes pasaron a ser titulares de todos los derechos de la unidad habitacional, y el demandado debía ser la persona en condiciones de otorgar la escritura –la Caja Social de la Provincia de San Luis- quien a partir de la aceptación de la cesión, estaba obligado a otorgar la misma, a María Yolanda Mariani o sus sucesores.

2) Que a fs. 650, por decreto de fecha 9/05/14, se ordena correr traslado a la contraria de los fundamentos del recurso de casación, el que es contestado a fs. 651 y vta.

3) A fs. 694/696, dictamina el Sr. Procurador General quien se expide sobre la procedencia del recurso de casación, por los fundamentos que expone, dictamen al que remitimos *brevitatis causae.*

4) Advierto, de los fundamentos del recurso de casación en estudio, que los agravios esgrimidos por el codemandado Osvaldo Rubén Muract, son coincidentes con los agravios desarrollados y tratados en la segunda y tercera cuestión, por lo que propicio la misma solución, dada al recurso de casación interpuesto por el codemandado Miguel Ángel Martínez: el fallo impugnado en el voto mayoritario ha omitido aplicar el art. 59 del Cód. Civil vigente a la fecha de interposición de la demanda (23/02/2000, cfr. cargo de fs. 68 vta.), que se corresponde con los arts. 26 y 100 del Código Civil actual (Ley N° 26.994). Por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 444, y fundado a fs. 464/468 de autos, revocar la Sentencia Definitiva Nº 54 dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial (fs. 431/434 vta.), dejando firme el fallo de primera instancia, Sentencia Definitiva Nº 139 de fecha 03/10/2003 (fs. 250/253 vta.)

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a estas **SÉPTIMA y** **OCTAVA CUESTIÓN.-**

**A LA NOVENA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Que conforme se han votado la séptima y octava cuestión, corresponde revocar la Sentencia recurrida, dejando firme la sentencia de primera instancia. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **NOVENA CUESTIÓN.-**

**A LA DÉCIMA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Atento como ha sido resueltas las cuestiones anteriores, y habiéndose revocado la Sentencia Definitiva Nº 54 de Excma. Cámara Civil Comercial Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, corresponde 1) Readecuar las costas de la segunda instancia, las que se imponen a la parte actora (art. 279 CPCC). 2) Costas de la instancia extraordinaria de casación a la actora vencida. (Art. 68 y 69 CPCC). ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y LILIA ANA NOVILLO comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **DÉCIMA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, octubre diecinueve de dos mil dieciséis.-**

***Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.***

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Hacer lugar a los recursos de casación interpuestos a fs. 443 y 444 y revocar la Sentencia Definitiva Nº 54 dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial de fecha 25/11/2008 y dejar firme la sentencia definitiva de primera instancia, Nº 139 de fecha 03/10/2003.-

II) Costas de los dos recursos interpuestos, a las actoras vencidas.-

III) Readecuar las costas de segunda instancia a las actoras vencidas. -

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

///…

///…

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis, no siendo necesaria la firma ológrafa, conforme Reglamento Expediente Electrónico.-*