000677/2019

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S. R. O. en autos: "D. S. P. I. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ordinario" Expte n°89/13" s/ Incidente de nulidad" expte n° 677/2019,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 1 (expte n° 581/2017) por haber interpuesto sendos recursos de apelación a fs. 205 por la incidentada y a fs. 206 por la incidentista, contra la sentencia interlocutoria n° 79/2019 de fs. 190/198.

La sentencia recurrida hace lugar al incidente de nulidad y deja sin efecto las actuaciones procesales impugnadas, impone costas y regula honorarios.

I. RECURSOS.

a) Recurso parte incidentada.

La recurrente expresa agravios a fs.209/219vta. En su memoria transcribe la resolución impugnada. Sostiene que se equipara incorrecta y contradictoriamente la situación del incidentista S. con la de M., extendiendo las consecuencias de la nulidad decretada por el STJCH en sentencia n° 41/17 en el incidente promovido por este último. Dice que S. fue nominado en la reclamación administrativa previa, conforme el art. 140 de la Ley I 18 y nominado como tercero en la demanda. Alega que S. fue citado en su carácter de autoridad municipal que dictó la Resolución n° 2486/06 que prolongó los daños causados por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Señala que la nulidad declarada por el STJCH refiere a los funcionarios nominados por el municipio luego de trabada la litis. Aduce que la incorrecta equiparación de la situación procesal del presente con aquéllos funcionarios motiva la declaración de nulidad de las actuaciones impugnadas por el aquí incidentista, en

virtud que hace extensivas las consecuencias de nulidad decretadas por el STJCH a estos actos (fs. 186 vta, 443,444,445,452/453/455/455vta). Insiste que la citación del Sr. S. es temporánea y ha sido realizada en debida forma. Manifiesta que la magistrada incurre en un exceso ritual manifiesto al sostener que su parte no fundó la citación en el art. 95 del CPr. Afirma que la notificación cumplió sus efectos, S. contestó demanda en término y opuso sus defensas. Señala que el pedido de nulidad es extemporáneo, por lo que los actos han sido consentidos. Hace reserva del caso federal y de derechos.

La incidentista contesta agravios fs.238/251vta., solicita el rechazo del recurso.

b) Recurso de la incidentista.

La recurrente expresa agravios a fs.220/227vta. En su memoria aclara que solo impugna la sentencia en relación a la omisión de expedirse sobre el pedido de que se declare la temeridad y malicia de la contraria y se imponga multa. Solicita que la multa se estime en el 30% del monto del proceso. Reitera la enunciación de los actos procesales de la incidentada en el presente incidente como en el principal, conducta que acusa de temeridad y malicia. Mantiene las reservas de derechos. La incidentada contesta agravios a fs.233/237.

II. R. O. S., por medio de gestor procesal, promueve incidente de nulidad contra I. D. S. P. en los autos principales: " D. S. P. I. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ordinario" expte n° 89/2013. Solicita la nulidad de la totalidad de las actuaciones producidas en el expediente desde su inicio, que hayan tenido por objeto la citación de su persona, sea como demandado o como tercero citado. Expresa que no consiente la validez ni eficacia de ninguno de los actos realizados.

Manifiesta que la citación a juicio es irregular porque no fue citado en la demanda como demandado, y el actor carece de legitimación para citarle en virtud del art. 69 de la Constitución Provincial.

Solicita se declare la nulidad de las siguientes actuaciones: constancia de fs. 186 vta. de fecha 20/10/2014, constancia de fs. 443, de fs. 444, decreto de fs.445, escrito de fs.441/442, fs.443, actuaciones de fs.452/453, fs. 454/455, y demás actuaciones que enuncia.

Señala que con motivo de la sentencia n° 047/2017 del STJCH en el Expte. n° 443/2014, se decretó la nulidad de todo lo actuado en el principal y reanudar el trámite a partir de la resolución de fs.123. En especial se dictó la nulidad de las resoluciones de fs. 140/142, fs. 149 punto 3, y de fs. 186 punto III, y de todos los actos procesales vinculados a estos.

Consecuencia de esto, el proceso quedó integrado con un actor (D. S. P.) y un demandado (M.), quedando excluidos los funcionarios que pudiendo haber sido citados por el estado en función del art. 69 Constitución Provincial, no lo fueron, entre ellos, el Sr. S. Destaca que el único legitimado para pedir la citación es el estado, no el actor, y no en cualquier circunstancia, sino que debía operar el trámite previsto por la Carta Orgánica Municipal art. 105 y Ordenanza 7216/00, a los fines de determinar la responsabilidad de los funcionarios.

Insiste que ni el actor ni la demandada solicitaron la citación de su persona como tercero en los términos del art. 95 del CPr. en la etapa oportuna, precluyendo la oportunidad prevista para ello.

Reitera la improcedencia de la citación a juicio y la irregularidad del trámite, señala los perjuicios causados y pide la nulidad de lo actuado.

Ofrece prueba y hace reserva de sus derechos.

Sustanciado el incidente con el actor incidentado, se abre a prueba el proceso y finalmente a fs.190/198 se dicta la sentencia aquí recurrida que hace lugar al pedido de nulidad.

III. En primer lugar, atento que el incidentado recurrente cuestiona la temporaneidad del incidente de nulidad, se señala que el cotejo de la fecha de notificación de la demanda (15 de diciembre 2017) y la de interposición del incidente (26 de diciembre 2017 8,30 hs.) demuestra que este se interpuso en el término de cinco días que tenía para ello, por lo que el mismo es temporáneo habiendo el nulidicente expresamente manifestado que no consentía acto alguno.

A continuación, analizaremos las actuaciones y trámite del proceso.

Expte n° 89/2013.

El actor incidentado en los autos principales, interpone demanda contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, con citación e intervención de los terceros que debe indicar la demandada (sic, punto 2 fs. 78), en reclamo de los daños y perjuicios que denuncia.

En el punto III Derecho, funda su pretensión en el deber de no dañar previsto por el Cód.Civil Velezano, en el reclamo previo resarcitorio realizado conforme la Ordenanza 485/76, art. 140 que impone al reclamante el deber de individualizar a los funcionarios intervinientes a los fines de efectivizar la responsabilidad patrimonial establecida en el art. 69 de la Const. Provincial, por lo que señala a los firmantes de las resoluciones declaradas nulas, entre ellos, el Sr. R. O. S., como firmante de la Resolución n° 2486/06 (inc c) punto 18 de fs. 83 vta).

A continuación manifiesta que no obstante lo indicado solicita que al ordenar el traslado de la

demanda se requiera a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia la nominación de las personas que deben ser citadas a los mismos efectos que dispone el art. 69 de la Const. Provincial (pto 20).

Del reclamo administrativo previo surge que el actor reclamó a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, con citación e intervención de los terceros que en adelante mencionará (fs. 40) y, a fs. 45 consta que dentro de los funcionarios que enuncia a fin que se haga la citación en calidad de terceros interesados y en mérito de la responsabilidad que le impone el art. 69 de la Constitución Provincial a…. R. O. S., entre otros.

Corrido el traslado a la Municipalidad local y contestada la demanda, la administración no pide citación de terceros y rechaza por improcedente que se le requiera la nómina de personas que deban ser citadas a los mismos fines y efectos conforme el art. 69 de la Constitución Provincial.

El actor a fs. 121/122 pide se intime a la demandada a efectuar la manifestación establecida en el art. 69 de la Const. Provincial y se ordene la citación de los funcionarios mencionados en la demanda, a los fines de la debida integración de la litis, enuncia nuevamente a los funcionarios entre ellos el Sr. R. O. S. Hace reserva del caso federal.

El magistrado de grado a fs. 123 dicta el proveído de fecha 12 de setiembre de 2013, que en el punto II) rechaza el pedido por extemporáneo.

El actor recurre esta providencia, dando lugar a la sustanciación del recurso y el dictado de sentencias que luego fueron declaradas nulas por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, en el expte n° 433/2017 antes citado, en virtud de la irregularidad del trámite y por haberse conculcado el debido proceso.

Resulta importante recordar los fundamentos expuestos por el Alto tribunal que determinó la nulidad de todo lo actuado y reanudar el trámite a partir de la providencia de fs. 123.

En dicho pronunciamiento el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Chubut, marca la correcta interpretación de las disposiciones del art. 69 de la Constitución Provincial y su operatividad, estableciendo que el único legitimado para requerir la citación de los funcionarios que considere responsables es el Estado (Expte. n° 433/2017 "M.").

Como señalamos, al contestar demanda la Municipalidad no requirió la citación de funcionarios como terceros citados, precluyendo la oportunidad prevista para ello.

Tampoco lo hizo el actor. La enunciación que realiza de funcionarios al solo fin y supeditado a que el estado los cite como terceros en virtud del art. 69 de la Constitución Provincial, no puede considerarse como un pedido de intervención de terceros en los términos del art. 95 del CPr.; advirtiendo el Superior Tribunal de Justicia respecto de la aplicación arbitraria de estos dispositivos (STJCH sentencia n° 41/S.R.E/ 2017 citada).

El STJCH señaló en su sentencia que:"…IV.1-En rigor, bajo el ropaje del art. 69 de la Constitución Provincial, el actor pidió algo impreciso al señalar la existencia de funcionarios indeterminados a demandar (fs.83 vta., punto 20, del principal); con infracción –debe decirse- del art. 333 inc 2° del CPCC y luego de trabada la litis (según contestación de demanda a fs. 109/115) cambió esa petición inicial al solicitar que se cite a esos funcionarios indeterminados como terceros (fs. 125 punto 7 ap "C")…. Finalmente, en este contexto el actor modificó su pretensión- en relación con los

sujetos- al demandar (extemporáneamente) en los términos del art. 334 del CPCC a las personas que fueron nominados no como demandados sino como terceros)…”

En el listado de funcionarios de fs. 125 que refiere la sentencia, está el aquí incidentista, Sr. R. O. S., lo que demuestra que el caso de autos es similar al del funcionario que promovió incidente de nulidad y resultó victorioso- Dr. M.-, por similares motivos que el presente y porque la citación se realizó luego de trabada la litis en forma extemporánea, entre otros argumentos.

El Superior Tribunal de Justicia, en el fallo al que referimos estableció que el emplazamiento de los nominados no fue regular ni legítimo. Agregó que se concretó con la afectación de los principios dispositivo y de preclusión, en desmedro del debido proceso y la defensa en juicio, con repercursión en el derecho de propiedad de los emplazados que se encuentran en igualdad de condiciones.

Lo expuesto demuestra que la nulidad de los actos procesales posteriores al decreto de fs. 123 -que rechazó el pedido del actor por extemporáneo-, tiene efectos y alcance respecto de la citación de S., que no fue demandado conforme las disposiciones del art. 333 del CPr. ni citado como tercero por la parte legitimada para ello conforme lo establece la norma constitucional, ni por el actor que condicionó su pedido a la nómina que presentara la demandada.

Expresamente se estableció el correcto rechazo de la petición por el magistrado de grado a fs. 123, quedando sin efecto la de esta Cámara de apelaciones de fs. 140/142 y los actos consecuentes al admitir luego de la traba de la litis su modificación, vicio que se trasmitió a las resoluciones de fs. 149 punto 3) y fs. 186 punto III y determinó un ilegítimo emplazamiento de

los funcionarios que proveyó el escrito de fs.179 del actor en que enuncia en el punto t) al aquí incidentista (S.).

Por ello, las citaciones realizadas en contravención de lo previamente establecido por el Superior Tribunal, atento que la citación del demandado incidentista es irregular por ser posterior a la traba de la litis, no fue demandado ni citado debidamente como tercero por el actor, tampoco por el estado municipal que estaba legitimado para ello, corresponde confirmar la nulidad de las actuaciones denunciadas de conformidad con el fallo de grado.

IV. Con relación al pedido que se declare la conducta del actor incidentado y su letrado de temeraria y maliciosa, corresponde señalar lo siguiente.

Se entiende que existe malicia cuando se evidencian propósitos obstruccionistas y dilatorios y temeridad cuando se actúa en forma imprudente, carente de razón y motivo, debiendo tales hechos resultar acreditados en juicio, no siendo suficiente para ello que las pretensiones hayan sido desestimadas.

El común denominador de ambos conceptos es la mala fe, y esta no se presume.

La sanción prevista por el art. 45 del CPr. tiende a punir la conducta temeraria y maliciosa y no la falta de derecho de quien reclama (López Mesa Marcelo. Rosales Cuello Ramiro. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y concordado con los códigos procesales de las provincias argentinas” Tomo I. LA LEY, p. 369 y ss).

Las constancias del expediente evidencian que la conducta procesal del actor incidentado y su letrado no merece dicha calificación, más allá del acierto o error de su postura y el resultado obtenido, siendo el resultado del ejercicio del derecho de defensa y las

dilaciones en el trámite enunciadas surgen de las especiales características del caso y la complejidad existente en virtud de las distintas causas relacionadas con el proceso ordinario por daños y perjuicios que promovió el actor.

Por las razones expuestas, corresponde desestimar el pedido del incidentista.

V. Las costas de segunda instancia se imponen a la parte incidentada, por el principio objetivo de la derrota (arts. 69 y 70 CPr).

Se regulan los honorarios profesionales teniendo en cuenta la etapa del proceso, labor desarrollada, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 32,13,46 y ss Ley XIII 4 y 15).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción II de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Rechazar los recursos de apelación de la incidentada y de la incidentista y confirmar la sentencia interlocutoria n° 79/2019.

2) Las costas de segunda instancia se imponen a la incidentada vencida.

3) Regular los honorarios de la Dra. C. R. en el 28% y los de los Dres. J. M. F. de las C. y L. F. M., en forma conjunta, en el 25% de los regulados en la instancia de grado.

4) Tener presente las reservas del caso federal y de derechos.

5) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara, por encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. Verónica Daniela Robert y existir concordancia en la solución del caso.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES **FERNANDO NAHUELANCA**

Juez de Cámara **Presidente**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2022

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara