



NEUQUEN, 25 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "TRIPPIER SILVIA CONTRA MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: 511815/2016" (INC 43464/2016), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 4 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI en ejercicio de la subrogancia con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 26, contra la resolución de fs. 23/25, que rechaza la excepción de incompetencia planteada por su parte.-

En su memorial de fs. 28/33 y vta, afirma que si bien es cierto que la declaración de nulidad de la intimación de pago conllevaría la declaración de nulidad de la sentencia de trance y remate dictada en la misma ejecución, no es menos cierto que de modo manifiesto y expreso persigue el actor es la declaración de nulidad de aquél acto intimatorio.-

Afirma, que la accionante persigue la declaración de nulidad del mandamiento de intimación de pago practicado en el juicio ejecutivo, ésto es, un acto procesal cumplido en aquella ejecución y en este sentido, entiende que la jueza de grado ha resuelto de modo errado.

Aduce, que lo que ha omitido considerar la a-quo en su interlocutoria es que los actos procesales cuentan con un régimen específico de nulidad, por lo que no depende de la voluntad libre de elección del accionante establecer que vía legal o procesal es la pertinente para lograr la declaración de nulidad de un acto procesal.

En tal sentido, menciona que, el segundo párrafo del art. 170 del CPCyC, es claro al establecer que la declaración de nulidad de un acto procesal debe perseguirse por vía de un



incidente de nulidad, es decir, no procede por vía de una acción autónoma.

Por otra parte, señala que el art. 545 del CPCyC, establece una vía específica e ineludible en caso de que se pretenda la declaración de nulidad de la ejecución, por lo que concluye que no existe para el accionante ni mucho menos para el juez, opción entre la acción autónoma y el incidente de nulidad.

Sostiene que, el hecho que la actora, además de perseguir la declaración de nulidad de un acto procesal, persiga una reparación indemnizatoria, no implica dejar sin efecto las normas sobre incidente de nulidad y la competencia del juez de la ejecución para entender la nulidad del mandamiento de intimación.

Afirma, que en todo caso la acción de daños y perjuicios deberá interponerse como una acción autónoma una vez que el juez del proceso ejecutivo haya declarado la nulidad del acto cuestionado.

Asimismo, menciona que en función de lo dispuesto por el art. 542, inc. 1 del CPCyC, para que proceda la nulidad de un acto por no haberse practicado legalmente el acto intimatorio, el ejecutado debe necesariamente depositar la suma fijada en el mandamiento u oponer excepciones legítimas.

Indica que la omisión de haber promovido el incidente de nulidad de la ejecución en tiempo y forma lo priva de ejercer el mismo derecho o la misma pretensión a través de la acción autónoma que tramita en autos y por ende también, por ante un juez distinto de aquél que entendió en el proceso ejecutivo supuestamente viciado.

Por último, advierte que más allá de la incompetencia articulada, la actora carece de acción para perseguir la pretensión deducida en esta acción autónoma.

A fs. 34 se ordena correr traslado del recurso y vencido el plazo no es contestado por la contraria.



II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, corresponde expedirnos sobre dos temas que han sido planteados por el recurrente en función de lo resuelto en la interlocutoria en crisis.

El primero es si la vía elegida "acción autónoma de nulidad" es la que corresponde para el tratamiento de la nulidad de la sentencia de trance y remate, en función de la nulidad del acta de intimación de pago y embargo. El segundo, se circunscribe a si la jueza del Juzgado Civil N° 4 de esta ciudad, resulta competente para entender en dicha acción o si por el contrario, es competente el juez de la ejecución.

Consideramos que la Acción autónoma de Nulidad, no es la vía correcta para plantear la nulidad de la sentencia de trance y remate fundada precisamente en las irregularidades de la diligencia del mandamiento de intimación de pago y embargo.

En efecto: las irregularidades procesales cometidas durante la tramitación del proceso (sea ejecutivo, de conocimiento u otros), deben canalizarse a través del incidente de nulidad, conforme art. 169 y siguientes del CPCyC, que es el procedimiento estatuido expresamente por nuestro ordenamiento procesal para atacar los vicios de procedimiento. De allí que, si lo que se pretende atacar es la nulidad del mandamiento de intimación de pago y embargo, la vía correcta para su planteo es el incidente de nulidad y no la acción autónoma de nulidad de sentencia, pues se trata de un vicio de procedimiento y no de uno sustancial, en donde se cuestiona la aplicación de una norma de fondo.

Tal como sostenía Morello "si fue el anterior "error in procedendo" el que produjo la resolución judicial, lo que era necesario corregir, a través de la impugnación correspondiente, era la irregularidad en sí, más que la consecuencia que de ella se derivó. Recordemos que al incidente de nulidad y nada más que a él, precisamente, está reservada la subsanación de los defectos de procedimiento..."



desde donde cabe concluir que si "El proceso llegó a la alzada adoleciendo de un defecto formal ocurrido en primera instancia, en una actuación procesal "anterior" a la resolución de Cámara, la reparación de esta irregularidad es la que estaba en juego y el remedio era el incidente y no el recurso..." (cfr. Morello, "Recursos extraordinarios y eficacia del proceso", Tomo 1, pág. 188).

Advertimos que si bien el actor pretende la nulidad de la sentencia de trance y remate, en realidad cuestiona una irregularidad procesal consistente en la nulidad del mandamiento de intimación de pago y embargo, al practicarse la diligencia de intimación en un domicilio que no pertenece al demandado.

De ello se desprende que el planteo no está encaminado a atacar la sentencia por vicios sustanciales, sino que se pretende la nulidad de una diligencia anterior al dictado de la sentencia de trance y remate, por lo que al tratarse de un vicio o error in procedendo, la única vía posible es la del incidente de nulidad.

El hecho de que se haya dictado sentencia, en función de un mandamiento diligenciado en un domicilio distinto que el que posee el demandado, no resulta suficiente para interponer acción autónoma de nulidad contra la sentencia de trance y remate así dictada, pues tratándose de un vicio de procedimiento la parte interesada debe plantear incidente de nulidad conforme el trámite habilitado en el capítulo x, arts. 169 a 174 del libro III del CPCyC.

En función de las consideraciones expuestas, observamos que la vía elegida por la actora no es la adecuada para el tratamiento de la nulidad de sentencia por defectos derivados del diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo, por lo que procede revocar la resolución apelada, debiendo tramitar las presentes actuaciones a través de la vía



de incidente de nulidad consagrada por los arts. 169 y siguientes del CPCyC.

Con respecto a los daños y perjuicios reclamados, una vez resuelta la nulidad planteada y teniendo en cuenta el resultado allí obtenido, estos deberán tramitar por la vía procesal pertinente.

En cuanto al juez competente para resolver el incidente de nulidad, resulta de aplicación el art. 6 inc. 1º que establece: "A falta de otras disposiciones especiales será juez competente: 1º En los incidentes, tercerías, citación de evicción, cumplimiento de transacción celebrada en juicio, ejecución de sentencias, regulación y ejecución de honorarios y costas devengadas en juicio el del proceso principal".

Consecuentemente, para el tratamiento del incidente de nulidad, es competente el juez titular del Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 2, en donde tramitó el proceso ejecutivo.

Por todo lo expuesto, se hará lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y se revocará la resolución de fs. 23/25, debiéndose remitir las presentes actuaciones al Juzgado de juicios Ejecutivos N° 2, a los fines de su tramitación vía incidente de nulidad (arts. 169 y siguientes del CPCyC).

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución de fs. 23/25, debiéndose remitir las presentes actuaciones al Juzgado de juicios Ejecutivos N° 2, a los fines de su tramitación vía incidente de nulidad (arts. 169 y siguientes del CPCyC), de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA