

ESQUEMA JURIDICO DE LA NULIDAD PROCESAL

POR ENRIQUE OSCAR SOLER

I — Introducción

SUMARIO: I: INTRODUCCION: 1º: Importancia técnica jurídica de su estudio; 2º: El proceso, el procedimiento y el acto jurídico procesal; 3º: Clasificación de los actos jurídicos procesales; 4º: Caracterización; 5º: Sus elementos; 6º: Sus vicios. — II: CONCEPTO DE ACTO PROCESAL NULO: 7º: Significado etimológico y actual; definiciones de nulidad procesal; 8º: Acto nulo, inexistente e inane; 9º: La nulidad en nuestra legislación: nulidades implícitas; 10º: Sistemas del derecho comparado. — III: OBJETO, FINALIDAD Y SUBSANACION DE LAS NULIDADES PROCESALES: 11º: Objeto y finalidad; 12º: Subsanación, renovación, convalidación y emanación; 13º: Nulidades absolutas y relativas; 14º: Distinciones doctrinarias; 15º: Síntesis. — IV: MEDIOS PARA HACER VALER LA NULIDAD: 16º: Generalidades; 17º: Por vía de acción; 18º: Por vía de excepción; 19º: Por vía de incidente; 20º: Presunción del incidente de nulidad; 21º: Análisis del art. 49 de la ley 14.337; 22º: Reforma propuesta; 23º: Incidentes; 24º: Por vía de recurso (*).

1. — Hasta la segunda mitad del siglo pasado, se carecía de nociones independientes de la disciplina del proceso —según lo destaca el procesalista español Manuel Morón Palomino— no existía disciplina del proceso, más que de proceso se hablaba de procedimiento y en contraposición con el derecho sustantivo se lo denominaba derecho objetivo, y como consecuencia el derecho procesal era considerado un servidor del derecho sustantivo.

Recién a mediados del siglo anterior se inicia por parte de la doctrina jurídica procesal la consideración del proceso como disciplina autónoma que culmina con Couture, cuyo pensamiento analizaremos

en su oportunidad. Es a partir de Bülow que el proceso y el derecho que lo regula y condiciona se hacen objeto de una verdadera ciencia.

En los estudios modernos cobra preferente atención el análisis de los actos procesales pues al aislar este concepto resulta más sencillo llegar a clasificaciones precisas y sistemáticas de la materia. Es así, como se podrá apreciar en el transcurso del presente, que se habla y se define el acto procesal de los actos procesales de las partes, del tribunal, de los terceros, de los vicios de los actos procesales, de sus defectos, etc.

La importancia teórica del estudio de las nulidades en el proceso reside en que "a la tesis del acto procesal se opone la antítesis de su ineficacia" (1). Y con respecto a su importancia docente comenta Gelsi Bidart (2) "El tema de las nulidades reviste gran importancia en derecho procesal, porque es un medio indirecto de conocerlo mejor, del mismo modo que el método patológico empleado en algunas disciplinas para aprender los caracteres normales de su objeto y, según alguna corriente metafísica, como la consideración de la nada permite captar al ser".

2. — El proceso —cómo lo destaca el procesalista rioplatense Eduardo J. Couture (3) es la totalidad, la institución, el procedimiento la sucesión de los actos procesales tomados en sí mismos son procedimiento y no proceso.

El acto, considerado individualmente es una unidad, el procedimiento una sucesión de actos procesales y el proceso es el conjunto de tales actos dirigidos hacia la realización de los fines de la jurisdicción.

En otros términos: el procedimiento es una sucesión de actos; el proceso la sucesión de esos actos apuntada hacia el fin de la cosa juzgada.

"El acto procesal, —pursigue el autor citado— es una especie dentro del género de los actos jurídicos; un acto jurídico dirigido a la obtención de fines procesales".

El acto procesal es ante todo, un acto jurídico, un acto voluntario lícito con efectos de derecho y por eso es acto jurídico procesal.

3. — Teniendo en cuenta la clasificación del procesalista citado

(1) FALCÓNES, MANUEL MORÓN: "La nulidad en el proceso civil español", p. 19.

(2) GELSI BIDART: *Revista de Der. procesal*, los números de 1948, p. 99.

(3) COUTURE, EDUARDO: "Fundamentos de Derecho Procesal", p. 101.

los actos procesales se pueden dividir en a) actos del tribunal; b) actos de las partes y c) actos de terceros.

- a) *Actos del tribunal*: son los emanados de los agentes de la jurisdicción y a su vez pueden ser actos de decisión, comunicación y documentación (ej.: providencias judiciales, notificaciones, actos de audiencias, respectivamente).
- b) *Actos de las partes*: como surge de su denominación, son los tendientes a obtener la satisfacción de las pretensiones. Según que tiendan a ello o que se refieran al derecho material cuestionado en el proceso, o a los derechos procesales particulares se los considera actos de obtención y actos dispositivos respectivamente.

Los actos de obtención pueden ser de petición, de afirmación o de prueba y los dispositivos de allanamiento, desistimiento o transacción.

- c) *Actos de terceros*: los que resultan de la intervención de terceros en el proceso y pueden ser de prueba, decisión o cooperación.

4. — Como se puede observar, de acuerdo a la clasificación que hemos efectuado, siguiendo a Coustaut, los actos procesales son los que se cumplen en el proceso, por el órgano jurisdiccional y sus auxiliares, por los litigantes o partes y sus auxiliares y por los terceros y están encaminados a instruirlo, encaminarlo, fallarlo, y hacer cumplir la determinación judicial que decide el mismo.

El proceso considerado en la ley "visión estática", tal como lo califica el Dr. Ramiro Podetti, es una estructura vacía, a la cual dan vida las pretensiones de las partes y que se llena con los actos procesales "visión dinámica". Por eso los actos procesales son la trama del proceso vivo, que llena la estructura vacía dada a priori por la ley⁽⁴⁾.

Estando destinados los actos procesales a la consecución del fin del proceso, o sea la actuación del derecho objetivo para la satisfacción de los intereses individuales y colectivos en cuanto asegura la paz mediante la justicia, es claro que son actos jurídicos. Pero su asimilación a los actos jurídicos que reglamenta el Código Civil, es solamente parcial, puesto que se cumplen frente a un Poder del Estado que encarga y dirige los que emanan de sus órganos, y sus elementos, naturaleza y vicios, tienen reglamentación propia⁽⁵⁾.

⁴ **PODETTI, RAMIRO**: "Tratado de los actos procesales", p. 177.

⁵ **PODETTI, RAMIRO**: "Tratado de los actos procesales", p. 178.

Reimundía caracteriza y define los actos procesales diciendo:

"...son los que tienen por consecuencia inmediata la constitución, la conservación, el desenvolvimiento, la modificación, la definición y extinción de una relación procesal, o bien, los que crean, modifican o extinguen las perspectivas, posibilidades y cargas procesales o la liberación de éstas" (*).

Este conjunto de actos que forman la trama del proceso comprende desde las denominadas diligencias preparatorias hasta la sentencia —que constituye el acto jurisdiccional de mayor transcendencia, puesto que pone fin al litigio— y los actos posteriores tendientes a su cumplimiento.

5. — Es necesario destacar, por su importancia a los fines del presente trabajo, que de la forma de los actos procesales depende su eficacia jurídica.

"La forma estrictamente considerada sería la manera que según la ley, las acordadas y la práctica, se exteriorizan las manifestaciones, declaraciones y resoluciones de litigantes terceros y jueces. Pero esa materialidad o estructura, debe tener un cierto contenido para que sean admisible, aun cuando no se entre a considerar la importancia del acto...".

"La forma en esa materialidad exteriorizada, se vincula al tiempo, plazo o término fijado por la ley para su realización y a la sede o lugar donde debe cumplirse".

"La forma en sí del acto procesal, sea aisladamente, sea en unión con otros en los expedientes, no ha sido contemplada sistemáticamente por nuestros códigos procesales" (**).

6. — Los vicios de los actos procesales deben considerarse atendiendo a sus elementos. Recordamos que los elementos de los mismos son: los sujetos, el objeto y la forma.

En consecuencia deberá examinarse: 1º) la capacidad, legitimación y voluntad de los objetos que los realizan, 2º) la licitud del objeto del acto y 3º) que el mismo reúna las formas prescriptas como indispensables por la ley y que se cumpla en tiempo oportuno.

"Los defectos de forma y tiempo, hacen que el acto sea inadmisible y deba ser desechado de oficio o a petición de parte siempre que no haya cumplido su efecto, como en el caso del conocimiento que se busca dar mediante las notificaciones" (**).

* J. A.: 1931, II. Sección doctrina.

† FERRER, RAMIRO: *op. cit.*, p. 184.

** FERRER, RAMIRO: *op. cit.*, p. 197.

Los vicios en el sujeto (incapacidad o ilegitimidad), en el objeto (objeto ilícito), son insubsanables pueden dar lugar a la desestimación de oficio o a pedido de parte del acto cumplido por quien carece de capacidad de obrar o de legitimidad sustancial (no ser parte en el proceso) originando la nulidad del acto violado y sus consecuentes.

Existiendo capacidad y legitimidad se presume la voluntad del sujeto (discernimiento, intención y libertad).

Los vicios de los actos procesales (falta de capacidad, legitimación y voluntad, ilicitud del objeto, inobservancia de las formas) determinan su nulidad eventual.

Para poder determinar si un acto es inadmisibile, subsanable o anulable es necesario conocer o investigar sus elementos. De ellos depende —como indica Podetti— o en ellos se funda el concepto de nulidad procesal.

II — Concepto de acto procesal nulo

7. — La palabra nulo proviene del latín *nullus*, que significa falta de valor, carencia de fuerza para obligar o para tener efecto. En consecuencia, según la acepción etimológica del vocablo, coincidente con su significado actual, el concepto de nulidad se define por el resultado: nulo es aquello que no produce resultado.

Como vemos "el prestigio del precepto "nullum est quod nullum effectum producit, parece no haber decaído sensiblemente, a juzgar por su constante repetición. Pero es fácil advertir —como lo señala Couture— que definir la nulidad como lo que no produce ningún efecto, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza".

Según el Dr. Escalapé^(*), coincidiendo con el Dr. Alsina, la nulidad es una sanción en virtud de la cual, la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas. Las formas son las maneras que se exteriorizan la voluntad de las partes.

Castro la define como "la ineficacia de un acto procesal, cuando en él no se han cumplido los requisitos y solemnidades que la ley establece", y Podetti "ineficacia de un acto por defecto en sus elementos esenciales que le impiden cumplir sus fines".

Estas definiciones, variable en su contenido gramatical, son coincidentes en el sentido que demuestran que la nulidad procesal no es un problema del contenido del derecho sino de sus formas", no un error

* ESCALAPE, JULIO: "Conferencia pronunciada en el Curso para funcionarios del Bando de la Provincia de Buenos Aires, año 1962".

—según Couture— en los fines de justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines de bien y de justicia (¹⁸).

8. — Debe distinguirse al acto nulo en el que hay una inobservancia de las formas, del acto injusto que se caracteriza en que las formas han sido observadas pero hay un razonamiento erróneo.

También debe distinguirse —como lo hace Albina— el acto nulo del acto inexistente que se caracteriza en que en el primero es necesario una decisión judicial que declare la nulidad para evitar que produzca sus efectos y para hacer desaparecer los producidos; y al acto inexistente que no requiere pronunciamiento judicial para evitar sus efectos, pero puede ser constatada en cualquier estado del proceso y no admite convalidación.

En el derecho romano se equiparaban la nulidad procesal y la inexistencia. El acto procesal inexistente es aquel que tiene algún defecto de tal importancia que impide su nacimiento como acto procesal, tales los efectuados bajo intimidación o violencia.

Si el acto procesal que se pretende hacer valer no es un acto voluntario lícito será un acto procesal inexistente. Para que el acto sea tal, la intimidación o violencia habrán de ser lo suficientemente intensas como para privar a su autor del mínimo de voluntad y libertad requerida para que el acto sea válido.

En concepto de inexistencia se utiliza, según destaca Couture (¹⁹) para demostrar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida del mismo acto.

Interesan destacar que no existe una replantación integral y es sólo con relación al derecho civil que la doctrina y la legislación han expuesto sus principios fundamentales. Pero en esta materia no son aplicables las disposiciones del Código Civil. El régimen de las nulidades es un tema de la teoría general del derecho y a las distintas ramas de éste corresponde adecuarlo a su objeto y contenido.

9. — Nuestro Código de Procedimientos no consagra un título a la materia de las nulidades, contiene disposiciones aisladas que “no responden a un sistema ni obedecen a un método” (²⁰) por la dificultad que implica enunciar normas legales que contengan los principios que el intérprete debe tener en cuenta para resolver los distintos casos.

No obstante en algunos casos establece expresamente la sanción de nulidad, como por ejemplo en los artículos 40, 63, 77, etc.

¹⁸ COUTURE, EDUARDO: op. cit., p. 271.

¹⁹ COUTURE, EDUARDO: op. cit., p. 274.

²⁰ ALBINA, NICO: “Tratado...”, p. 646.

Al lado de las nulidades establecidas en la ley, las jurisprudencia ha elaborado un sistema de nulidades implícitas¹², fuera del código que solamente se refiere al recurso de nulidad, del que nos ocupamos en el párrafo d) del punto 4, que titulamos "medios para hacer valer la nulidad" tal como lo hace el Dr. Escalpez en la conferencia citada.

10. — Tres son los sistemas conocidos en la legislación procesal sobre las nulidades. Ellos son:

- a) *Sistema Romano*: existe una disposición que establece expresamente la sanción de nulidad para el caso de violación de cualquier norma procesal.
- b) *Sistema Francés*: obliga al juez a no declarar otras nulidades que las establecidas por la ley.
- c) *Sistema Germánico*: deja librado al criterio discrecional del juez la procedencia de la declaración de la nulidad.

III — Objeto, finalidad y subsumación de las nulidades procesales

11. — La ratio legis de la obligatoriedad de las formas del proceso es asegurar la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, principio consagrado en la Constitución Nacional.

De allí surge que el objeto y finalidad del sistema de nulidades procesales es el resguardo de una garantía constitucional y ello sólo permite ilustrar acerca de su fundamental importancia dentro del proceso. Las formas procesales son en esencia una verdadera garantía contra la arbitrariedad, pero como enseña Podestà "es indispensable no hacer de ellas un objeto en sí mismo, de manera que en lugar de facilitar y asegurar la justicia la dilatan y obstruyen. No solamente no debe perderse ningún derecho por razones de forma, sino que debe evitarse la dilatación de un proceso y el enorpecimiento para esclarecer la verdad y llegar a la justicia por motivos simples o meramente formales".

¹² "Corresponde anular todo lo actuado si no se ha dado intervención a las partes legítimas" (J. A. T. 9 p. 123; T. 20 p. 371; T. 30 p. 943; T. 13 p. 533; T. 19 p. 729; "Si el juicio ha prosiguido después del fallecimiento de la parte, sin intervención de sus herederos" (J. A. T. 9 p. 732). Si el juicio se ha terminado con quien no tenía representación de la parte (J. A. T. 20 p. 379). Si el juez ha dictado las que no se rigen por los principios o las normas pertenecientes a los actos jurídicos de derecho privado"... "Sólo proceden cuando se violan trámites sustanciales en el proceso o se contriége el derecho de defensa. No existe nulidad por la nulidad misma" (J. A., 1933, III, p. 103; 1930, III, p. 293; 1933, I, p. 78 y 122)". "Son relativos y consubstanciales las nulidades de procedimiento aunque se trate de la comisión de un trámite esencial del juicio. En el fallo no se habla conferido traslado a la reconveniente". (J. A. 1943 II, p. 463; en igual sentido L. L., 104, p. 753; L. L., 101, p. 1001; y D. J. B. A., 62, p. 109.

El objeto de la nulidad de los actos procesales no es asegurar el cumplimiento de las formalidades requeridas en los mismos sino el cumplimiento de los fines confiados a la misma por la ley. Dichas formalidades no son más que las muchas de que se vale el legislador para hacer efectiva la garantía procesal que tratamos precedentemente.

La fórmula que propone Albina ⁽¹⁴⁾ es la siguiente: "donde hay indefensión hay nulidad, sin no hay indefensión, no hay nulidad ⁽¹⁵⁾".

12. — Subsanación en su acepción gramatical equivale a reparación de un defecto y su acepción jurídica procesal equivale a otro tanto. En consecuencia puede concluirse que el acto procesal nulo se subsana cuando la nulidad ha sido reparada o enmendada. Siguiendo a Morón Palomino ⁽¹⁶⁾ podemos observar que la reparación de un acto procesal nulo puede producirse por los siguientes medios:

- 1º *Subsanación por renovación*: sustituyendo al acto procesal nulo por otro que sea válido, previa declaración de nulidad primero. Declarando nulo el mismo pierde su eficacia jurídica, así como todos los que hubieran sucedido y dependan de él. El remedio o subsanación de dicha nulidad consistirá en la renovación del acto en condiciones de que sea idóneo para cumplir sus efectos, en otras palabras será preciso la producción de otro acto, de igual naturaleza que el declarado nulo, pero ajustado a las disposiciones procesales vigentes para dicho acto.
- 2º *Subsanación por convalidación*: adquiriendo eficacia y validez el acto nulo por la actividad de la parte afectada. Esta forma de subsanación presenta mayores dificultades. A esta forma de subsanación suele llamársele también sanatoria porque hace referencia a la sanación de lo que se produjo viciado. No exige una declaración de nulidad, por el contrario, la excluye. El acto procesal inexistente es subsanable por renovación pero nunca puede ser convalidado, pues de la inexistencia nunca puede surgir la existencia. En consecuencia la convalidación exige la existencia, pues si el acto no existe no puede sanar y adquirir eficacia jurídica. Tampoco son convalidables los actos para cuya invalidez la ley no exige la petición de parte afectada, bastando la declaración de oficio.

¹⁴ ALBINA, HUGO: "Trazado...", p. 633.

¹⁵ "La vía incidental de nulidad sólo es legítima cuando ha existido una situación de indefensión de la parte que la invocó". (Trib. de Apel. 2º turno de Uruguay L. J. U., p. 76).

La razón se encuentra en que la convalidación supone consentimiento de la parte afectada y en los casos que ese consentimiento legalmente es innecesario dicha forma de subsanación no se podrá interponer. Los actos procesales cuya nulidad haya sido prevista por la ley y que esta exige su denuncia por la parte afectada para ser declarados nulos si la misma no se solicita la nulidad quedará convalidada. Son también convalidables los actos procesales nulos a los cuales la ley no ha asignado un trámite o procedimiento especial: son los que se hacen valer por medio de incidente de nulidad. El fundamento de la convalidación, y esto constituye la base jurídica de la misma descansa en el consentimiento de las partes, y ello ha determinado a Carosutti a expresar que se encuentra legitimado para anular un acto quien lo está para convalidarlo. En síntesis la convalidación cuando la parte afectada por el acto procesal nulo; consiente ya sea expresamente o tácitamente, el mismo, y renuncia al derecho de hacer valer su pretensión, renuncia que es válida pues no se trata de una renuncia a la observancia del precepto sino a la alegación de la violación ya cumplida contra el precepto.

- 39) *Subsanación por omisión*: remedia o soluciona los defectos que dan origen a las excepciones dilatorias. Al estudiar los modos de hacer valer la nulidad trataremos sus efectos y modos de subsanación.

13. — Más adelante señala Podetti el avance producido en la investigación procesal de las nulidades y reconoce en los jueces la mayor parte de ese mérito "Con cierto criterio de justicia los jueces han estructurado las nulidades procesales, delineando los caracteres y presupuesto casi sin apuro en la leyes de la materia y prescindiendo, sin embargo, de la peligrosa tentación de recurrir al Código Civil". "Esta doctrina es la que inspira los nuevos ordenamientos procesales del país, que no siguen el viejo formulismo romano, no señalan taxativamente las nulidades, ni conceden a los jueces libertad para decretarlas. Se funda en el interés jurídico de quien las invoque y para el caso de la declaración oficiosa, en la garantía de la defensa en juicio que constituye el máximo interés procesal de los litigantes.

En nuestro sistema no hay nulidades absolutas sino cuando algunas, leyes y fallos por un enfoque erróneo de ciertos aspectos del problema hablen de ellas (27).

14. — En doctrina no se observa una gran discrepancia al respecto, entre los que están conformes a lo predicho se encuentra Alai-

26 MÓNTEZ FALCÓN, MANUEL: op. cit. p. 203.

27 "Lo relativo a la nulidad absoluta no es aplicable a los actuaciones judiciales,

na (18) para quien "es inexacto vincular el concepto de nulidad absoluta al de orden público y el de nulidad relativa al del interés privado para fijar una distinción. No siempre de una disposición considerada de orden público y el de nulidad relativa al del interés privado para fijar una distinción. No siempre de una disposición considerada de orden público deriva una nulidad absoluta". El autor citado pone como ejemplo las reglas de competencia *ratione materiae* que son de orden público y el artículo 87 del Código de Procedimientos de la Capital que dispone "En cuanto a la excepción de incompetencia, sólo podrá oponerse en el tiempo y forma que las demás dilatorias. Los jueces al recibir la causa a prueba en las cuestiones de hecho o al correr el segundo traslado en las de derecho, se pronunciarán expresamente sobre si la causa es o no de su competencia. Consentida esta providencia, no podrá en adelante deducirse incompetencia por las partes, ni de oficio por los jueces inferiores o superiores". La nulidad absoluta —prosigue Akina— no existe en el derecho procesal, por lo menos con la acepción que se le atribuye en el derecho civil.

Son expositores de lo opuesto: Couture, para quien puede haber nulidad absoluta que no puede ser convalidada, pero debe ser invalidada o nulidad relativa que admite ser invalidada y puede ser convalidada (19). Chiovenda, distingue acto nulo de acto anulable según si la falta de un presupuesto de la relación procesal puede ser revelada de oficio o si sólo puede serlo a pedido de parte. Pero a diferencia de lo que ocurre en el derecho de fondo el acto nulo como el anulable requieren declaración judicial y mientras tanto producen efectos (20). Carnelutti, quien distingue elementos esenciales o accesorios del acto. La omisión de un elemento esencial como sería la capacidad, es causa de nulidad absoluta, la de un elemento accesorio relativo. Distingue también entre nulidad relativa y anulabilidad según que el acto no produzca sus efectos mientras el defecto no sea subsanado o los produzca mientras no sea declarada la nulidad (21); Lascano distingue entre nulidades "sustanciales o esenciales" y nulidades "accesorias o secundarias". Son sustanciales las formalidades requeridas para que haya un litis válida y accesorias las que sólo tienen por objeto impedir errores de procedimiento o perjuicio a las partes. El concepto de nulidad sustancial no es equivalente para el autor al de nulidad absoluta, porque aquella puede convalidarse en tanto que la nulidad absoluta es inconfirmable y puede declararse aun de oficio en cualquier estado de la causa (22).

18 ALABIA, HUGO: "Tratado...", p. 643.

19 COUTURE, EDUARDO: *op. cit.* 274.

20 CHIOVENDA: "Instrucciones del Derecho Procesal", p. 249.

21 CARNELUTTI: "Sistema del Derecho Procesal", p. 349.

22 LASCANO: "Nulidades de procedimientos", p. 34.

Como se puede apreciar si bien la terminología de los autores mencionados es análoga a la del derecho civil, los conceptos no son equivalentes y difieren en cuanto a sus efectos (22).

15. — En síntesis el objeto de la sanción de nulidad es obligar al juez y a las partes a cumplir con los formas legales (Ej.: emplazamiento y notificación de la demanda; formas y requisitos de la demanda y de la sentencia) judiciales. (Ej.: medidas de mejor proveer, medidas del art. 21 de la ley 14237 "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad probidad y buena fe, así como aquellos tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso" y convencionales: (Ej.: designación de peritos, pedir que se declare la cuestión de puro derecho, etc.) y su finalidad es: 1º mantener la igualdad entre las partes (Ej.: iguales derecho para ofrecer y producir pruebas, apelar, expresar agravios); 2º garantizar el derecho de defensa (art. 18 Const. Nac.) (Ej.: obligación de notificar la demanda, art.76 Cod. de Proc.). En consecuencia se garantiza el debido proceso, ser oído y tener la oportunidad razonable de producir su prueba de cargo y descargo; 3º Garantizar la rectitud de la sentencia, que es la forma normal de terminación del proceso (23).

IV — Medios para hacer valer la nulidad

16. — Generalmente se habla de tres medios para hacer valer la nulidad procesal; la acción, la excepción y el recurso. El incidente es una regulación reciente de esos efectos.

En el presente trabajo nos ocupamos primeramente de la acción, luego de la excepción, continuando con la vía incidental para concluir con el recurso.

17. — a) La vía de acción: consiste en deducir la nulidad en juicio distintos ante otro magistrado después de terminado el primero. Este no es un medio admisible en nuestro derecho pues contraría el principio de cosa juzgada y de admitir, los pleitos no finalizarían nunca, pues podrían ser renovados sin cesar por medio de sucesivas

²² "Los actos procesales tienen economía y concuerdan precepto que los distingue de los actos jurídicos que reglamenta el código civil, y sus nulidades, por lo tanto no se encuentran regidas por las disposiciones de éste". (D. J. B. A., 33-42).

²³ Art. 216 y siguientes del Código de Procedimientos de la Capital.

acciones de nulidad, lo que implicaría contrariar los más elementales principios de justicia (2º bis).

No obstante se data *contra decisiones de jueces débiles*, por haber laudado fuera de término o sobrepuntos no comprometidos o por falta esencial en el procedimiento (art. 792), entiende en el recurso, que se tramita de acuerdo con las reglas del juicio ordinario, el tribunal que sea superior del juez que hubiera conocido del asunto sino se hubiera sometido a esta clase de juicio (art. 795) y se hubiese comprometido un negocio pendiente en última instancia el laudo causará ejecutoria (art. 796); b) *contra las posesoras de los asignables compromisorios arbitradores* por haberse fallado fuera de término o sobre puntos no comprometidos. Esta acción puede entablarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se hizo saber el laudo (art. 808).

Efectos: se anula o confirma el laudo.

18. — b) *Por vía de excepción*: Las excepciones dilatorias (art. 84 C. de Proc. Civ. y Com.) cuando prosperan generalmente importan la nulidad de la relación procesal, por ellas se puede conseguir; 1º la declaración de incompetencia del juez que entiende en la causa y consecuentemente se declare nulo lo actuado; 2º que se reste valor a la demanda por carecer de personería alguna de las partes o sus representantes; 3º que se rechace la misma por no contener los requisitos legales.

Según el art. 489 del Código de Procedimientos también se puede hacer valer la nulidad y en este caso en el juicio ejecutivo por defecto de la citación de remate o de las formas preparatorias; textualmente el mismo dice: "Podrá también el deudor alegar de nulidad de la ejecución por violación de las formas que para ella quedan establecidas".

¹⁴⁶ "Nuestra legislación no autoriza la acción de nulidad de procedimientos. Los trámites viciados deben impugnarse en el mismo juicio en que se produjeron, mediante incidente o recurso (J. A. 1910 IV p. 290; 1946 p. 430; 1942 III p. 374; Fallos Corte Suprema de Justicia T. 13 p. 134; J. A. 38 p. 140; J. A. 33-1509; J. A. 17-256; L. L. 64-054; L. L. 64-432 y 364; L. L. 12-870).

"En nuestro derecho... ningún proceso legal autoriza la acción de nulidad... ello resulta incompatible con una serie de disposiciones de la ley procesal" (C. Apel. Civ. y Minas, Mendoza, dic. 12-1938, J. A. T. 13, p. 343; J. A., 1956, III, p. 323). "Fuera del supuesto de la nulidad dictada por asignables compromisorios que admite la revisión ordinaria en los términos y condiciones del art. 920 del Cód. de Proc. las nulidades procesales sólo pueden alegarse por vía de incidentes en el mismo juicio en que han producido, los vicios que fundamentan la petición, y siempre que concurren las siguientes circunstancias: que sea promovido en término; que se alegue y pruebe que el vicio produjo un perjuicio cierto e irreparable que exista un agravio concreto y de entidad; que el vicio afectó al órgano jurisdiccional, desvirtuándose, por ende, el que reconoce su existencia u origina en la propia conducta culpable del incidentista". (S. C. B. A., oct. 28-1938).

Las peticiones accionaban alegar de nulidad del procedimiento por vía de acción, la que se sustanciaba de acuerdo a los trámites del juicio ordinario, pudiendo iniciarse la demanda dentro de los veinte días, la Novísima Recopilación señala una semana a treinta días.

Ejector: Se rechaza la ejecución o de hecho queda rechazada la demanda cuando se hace lugar a las excepciones dilatorias. En algunos casos puede subsanarse la nulidad pidiendo se remitan los autos al juez competente o ratificando el mandato.

19. — c) *Por vía de incidente:* el incidente de nulidad establecido en el art. 49 de la ley 14.237 tiene lugar cuando se han violado las formas sustanciales del juicio que garantizan la igualdad entre las partes y el derecho de defensa¹⁸) de los cuales nos hemos referido al estudiar la finalidad de la nulidad procesal. Es lo que Couture denominó "principio de especificidad".

Dentro de las facultades del juez establecidas en el art. 21 de la ley citada, mediante las cuales "en cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para 1º) esclarecer la verdad de los hechos controvertidos; 2º) mantener la igualdad de los litigantes; 3º) prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe; 4º) así como aquellos tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso. Están autorizados para prevenir y subsanar las nulidades es decir, evitando antes que se produzca el defecto de las partes las soliciten o deba ser declarada de oficio¹⁹).

20.— Coincidiendo con la opinión del distinguido procesalista Dr. Ramiro Prodeti²¹), quien se ocupa de los "Presupuestos de la nulidad procesal" desarrollando con singular claridad el tema, podemos concluir que son tres los presupuestos del incidente de nulidad;

1º) Vicio formal que quite eficacia al acto impugnado, son por omisión, defecto, error, vale decir que existió "la violación de una forma procesal o la omisión de un acto, que origine el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que pueda dar lugar a la indefunción"²²).

2º) Interés jurídico o inculpatibilidad. De acuerdo al principio de

¹⁸ "La nulidad procede si uno de los demandados faltare durante el litigio y no se cita a sus herederos...". "Si la notificación no llega a conocimiento del citado..." "Si se cita por errores invocando una falta ignorancia del domicilio" (J. A., 1945, II, p. 126, 1945 IV p. 137, 1945 I p. 439). "Las nulidades procesales deben interpretarse restrictivamente, máxime cuando configuran cuestiones que pueden ser invocadas y reparadas por vía de recurso de apelación". (J. A., 1931 I, 740; 1948 IV, p. 522).

¹⁹ "Es igual sentido art. 46, inc. 3º, Cód. de Proc. de Mendoza y art. 475 Cód. de Proc. de Santiago del Estero".

²¹ PRODETI, RAMIRO: op. cit., 2ª parte, p. 485.

²² PRODETI, RAMIRO: op. cit., 2ª parte, p. 487.

moralidad del proceso es necesario que sea invocado por quien no es responsable del vicio (20). "Sería inhumano con quien deliberadamente o por su culpa o negligencia, provoca la omisión de un acto o impide que este cumpla sus fines, pueda pedir y obtener la nulidad, aun cuando invoque un interés que, por ilegítimo, no podría calificarse de jurídico". "La prohibición tienen su origen en un viejo y siempre actual axioma, que es la voz una regla moral: *proprium turpitudinem alteri non est audiendum*" (21).

Este principio consagrado en el art. 1049 del Código Civil se encuentra establecido expresamente en casi todos los códigos procesales modernos y ha sido incorporado a la ley 14.237 a través del art. 51 que dispone: "La parte que ha dado lugar a la nulidad no podrá sostener la invalidez del acto realizado".

La jurisprudencia ha establecido que solo pudo ser alegada por aquel a quien perjudica pero no por aquel a quien beneficia (22).

Por otra parte debe existir un interés. Siendo el interés el fundamento de la protección jurídica debe también aplicarse el principio en este caso (23).

Couture denomina este presupuesto "principio de trascendencia".

3º Es necesario además que la omisión o el acto defectuoso no

20 "La nulidad no procede si no existe perjuicio, ya que las normas procesales sirven para asegurar la defensa del juicio y no para dilatar los procedimientos". (J. A. 1952 II, p. 91; 1953 II, 33; 1946 II, p. 241; 1949 II, p. 420; 1950 III, p. 371; 1948 III, p. 400; 1950 III, p. 174).

21 FERRER, RAFAEL: op. cit., p. 489.

22 Cán. Civ. Fallos T. 63, p. 193.

23 "Las nulidades deben interpretarse restrictivamente y sólo procesalmente cuando hubiera un derecho o interés legítimo lesionado, que causen un perjuicio irreparable, pero no cuando se existe una finalidad práctica que imponga su adopción". (Cán. Civ. 2º Cap. nov. 14-1958 T. 12 p. 373; en igual sentido: C. Com. Cap. nov. 31-1958 T. 10 p. 171; Cán. Apel. Rosario Sala I jul. 1958 T. 11 p. 420; Cán. 2º Apel. La Plata Sala II jun. 9-1959 T. 13 p. 104; Cán. Civ. 1º Cap. oct. 14-1958 T. 12 p. 343; C. Civ. 2º Cap. jan. 1-1958 T. 10 p. 990; C. Com. Cap. nov. 29-1958 T. 13 p. 392; C. Com. Cap. ag. 10-1959 T. 11 p. 453; C. Com. Cap. mayo 31-1958 T. 10 p. 880; C. Civ. 1º Cap. mar. 18-1958 T. 9 p. 970; L. L. 36 p. 462; C. N. Civ. Sala A. Set. 1958 p. 76; C. Nac. Com. Sala 8 oct. 5-1958 p. 301; Cán. Nac. Sala A, nov. 3-1957 L. L. 90527; J. A. 1958 I 326 - C. N. Civ. Sala E. abril 10-1958 L. L. 91-697 - J. A. 1958 III 248 - C. Nac. Civ. Sala C dic. 26-1957 - L. L. 91-595 - C. N. Com. Sala B oct. 5-1958 L. L. 3015; C. 2º C. C. La Plata Sala II oct. 24-1957 D. J. B. A. 33 p. 141 L. L. 104 p. 293 L. L. 104 p. 753 L. L. 101 p. 1001; L. L. 103 p. 609 S. C. B. A. mayo 20-1940; etc....

"No procede declarar la nulidad por la nulidad misma si quien la solicita no indica el perjuicio que se le ha ocasionado". J. A. 1957 II p. 371; 1957 II p. 317; J. A. 1960 II p. 293; J. A. 1960 IV p. 223; J. A. 1959 V p. 360; J. A. 1959 VI p. 46; J. A. 1959 VI p. 47.

hayan sido consentidos expresa o tácitamente, es decir confirmado el acto o convalidado el procedimiento⁸⁴.

Según Couture: "principio de convalidación".

21. — Es también coincidente lo expresado al comienzo del N° 19, cuando nos referimos al art. 49 de la Ley 14.237 en el caso de "intervención directa y posterior" pero, como lo destaca Podetti, el artículo no contempla el caso de haberse tomado conocimiento sin presentar escrito o concurrir a una audiencia como cuando se obtiene en préstamo un expediente o se pide vista de las actuaciones y luego se guarda silencio. El autor citado opina que en esos casos también existe confirmación tácita pues se ha renunciado a tomar una intervención directa y sería aplicable el art. 51⁸⁵.

"En efecto siéndolo posible impedir que el vicio subsista, no ha ejercido la facultad de pedir la anulación, ha contribuido, pues a su existencia. Interpretada literalmente la disposición podría resultar que se silenció el defecto, dejando correr el expediente, para invocar la nulidad más adelante ocasionando perjuicios evidentes al otro litigante y al órgano jurisdiccional⁸⁶".

⁸⁴ COUTURE: op. cit., p. 285.

⁸⁵ PODETTI: op. cit. p. 493.

una providencia después de haber usado su intervención por omisión o cualquier otra circunstancia (J. A. T. 23 p. 192) si se ha declarado una nulidad sin intervención de la parte a quien afectaba (J. A. T. 27 p. 1664) si no se notificó por sídala el auto que designaba audiencia para recibir la prueba en la justicia de paz (J. A. T. 33 p. 807), etc.

⁸⁶ COUTURE: op. cit. p. 287 - "La nulidad debe ser invocada y formalmente planteada al conocer las causas que la motivan. La invocación extemporánea de la nulidad determina su improcedencia". "No puede pedirse la nulidad de providencia que se han consentido" (J. A. 1953 I p. 78 - 1952 IV p. 210; 1950 III p. 300-1951 I p. 531). "Si el demandado que ha invocado la nulidad de un convenio que produce efectos, no pidió expresamente la apertura o prueba y constó sin observaciones la providencia de auto para resolver queda cubierta la deficiencia personal en que se habia incurrido al no abrirse a prueba la cuestión, subsiste cuando en el expediente existen suficientes elementos de convicción para resolverlo (C. Civ. 2° Cap. jus. 1-1958 T. 10 p. 873; Cam. Civ. 1° Cap. dic. 13-1939 T. 16 p. 1158). "Antes que el procedimiento de 1° instancia sea viciado, no puede jargarse antes de su nulidad si él fue consentido por la parte afectada por el mismo (C. Nac. Civ. Sala C mayo 8-1954; L. L. 74-769; L. L. 89 p. 363; J. A. 1958 I 170; J. A. 1958 III p. 29). Quien ha curado y consentido, además aún en integración a las normas reguladoras del proceso no puede alegar a su favor la nulidad resultante de los mismos (C. Apel. Carrió Carrió set. 30-1954; J. A. 1954 IV p. 375; J. A. 1956 II p. 40; J. A. 1957 IV p. 450).

⁸⁷ "La parte que ha dado lugar a la nulidad, no puede sostener la invalidez del acto realizado".

⁸⁸ PODETTI: op. cit., p. 491.

22. — Si bien reconocemos, en el razonamiento precedente, el mérito de los razonamientos del Dr. Poderri, nos permitimos discrepar en cuanto a la solución que proponga, que si bien es aceptable con carácter transitorio ello no es óptimo para propugnar la reforma o más propiamente la ampliación de la disposición legal a los efectos de solucionar las desventajas que son evidentes y que surgen como consecuencia de la carencia de norma expresa.

Conceptuamos que con una simple adición al art. 49 se resolvería el problema sin necesidad de acudir a una interpretación, que aunque inteligente, extiende los efectos de la ley a casos no contemplados expresamente por ella, siendo vulnerable en tal sentido a solución analizada precedentemente.

Los efectos de la inclusión de la norma que proponemos no dudamos que será favorable pues se solucionará la injusticia que implica proseguir las actuaciones hasta una etapa avanzada del proceso, con los consiguientes gastos y demoras, y luego atacar un acto inicial del que se ha tomado conocimiento típicamente produciéndose el decaimiento de los actos consecuentes. Sostenere lo contrario implica favorecer la mala fe de los litigantes en el proceso con desmedro del respeto a la justicia.

23. — Recordamos que incidentes se denomina a las cuestiones que se suscitan durante las tramitaciones de un juicio, que tiene relación más o menos inmediata, con el objeto principal del pleito en que se promovieran y que se sustancian en el mismo expediente o en pieza separada o no la prosecución de la demanda principal (²²).

Hasta la sanción de la ley 14.237, el incidente de nulidad no había sido reglamentado en nuestro ordenamiento positivo, en consecuencia le cupo a la jurisprudencia determinar la forma de sustanciación debiendo haceros por el trámite establecido en el art. 408 del Código de Procedimientos de la Capital que a su vez remitió al establecido para las excepciones dilatorias (²³).

Según el art. 48 de la ley "promovido el incidente se dará traslado a la contra parte por tres días, y en su caso, se abrirá a prueba por el término de diez días. El juez dictará resolución sin más trámite dentro del tercero día. La resolución será apelable en relación".

²² Art. 403 al 409 Cód. de Procedimientos.

²³ Nueve días para interponerla, traslado por seis días, hasta veinte días para recibir las pruebas, dos días para examinarlas, 10 para dictar sentencia (art. 83 al 93 C. P. C.).

²⁴ Poderri: op. cit., p. 493.

Si la omisión de los actos esenciales del proceso afectan el derecho de defensa ⁽⁴¹⁾, la ley impone la obligación de declararlas de oficio ⁽⁴²⁾.

Requisitos

- 1º Que la pida el legítimo lesionado ⁽⁴³⁾. Debe declararse de oficio si afecta el derecho de defensa ⁽⁴⁴⁾.
- 2º Que se pida en término: es decir dentro de tres días de notificada la providencia mala o de haber tenido conocimiento por la intervención posterior y directa en el juicio ⁽⁴⁵⁾.
- 3º Interés legítimo lesionado.
- 4º Que se pida en la instancia en que se cometió ⁽⁴⁶⁾.

Efectos

Produce la nulidad de los actos consecutivos ⁽⁴⁷⁾ no así la de las actuaciones independientes. La parte que ha dado lugar a la nulidad no podrá sostener la invalidez del acto realizado pues nadie puede alegar su propia torpeza.

El término "consecutivos" no debe entenderse como actos inmediatos posteriores sino actos que sean consecuencia directa del acto anulado.

Las costas se imponen al vencido aunque no se soliciten (con lo que se aparta del principio sentado en el art. 221 del Cod. de Proc., pudiendo eximirse de ellas cuando se tratasen de cuestiones dudosas de derecho y fuese aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 221 antes mencionado).

24. — d) *Por vía de recurso*: el recurso de nulidad se encuentra legislando en los arts. 237 y siguientes del Código de Procedimientos, si bien tenía autonomía legislativa, carecía de vida propia pues estaba estrechamente relacionado al de apelación.

Tan estrecho era el paralelismo —señala Máximo Castro— que el de nulidad carecía de vida propia, pues además de no poderse oponer sino unido al apelación, por más importante que fuera el motivo que lo fundara seguía la suerte de éste en cuanto a ser o no considerado. Si el superior declaraba mal concedido el de apelación, la instancia no se abría y por tanto no entraba a conocer en el de nulidad; pero una vez abierta la instancia, ambas recuperaban su independencia y al de nulidad

debía ser resuelto en primer término de tal modo que si se declaraba procedente, el tribunal no entraba a considerar el de apelación”.

Según el art. 237 “El recurso de nulidad tendrá lugar a) contra las sentencias pronunciadas con violación de la forma y solemnidad que prescribe la ley; b) en virtud de un procedimiento en que se hayan omitido las formas sustanciales del juicio o; c) incurrido en algún defecto de los que por expresa disposición de derecho anulan las actuaciones”.

Observamos que este artículo recoge la distinción formulada por la legislación y doctrina francesa e italiana entre nulidades sustanciales y accesorias, por un lado y nulidades expresas o implícitas por otro sobre las que hemos referido al tratar el acto procesal nulo.

Las nulidades sustanciales, dentro de la economía de nuestro código serían las que resultan del incumplimiento de las formas requeridas para que el proceso sea válido; en otros términos, para que la sentencia que en él recaiga pueda adquirir carácter de cosa juzgada (48).

Con la autoridad de todas las definiciones de Vélez Sarsfield (49) el codificador dice: “Las formas sustanciales son aquellas sin las cuales el acto no puede existir, aquellos que son indispensables para llenar el fin para el cual el acto ha sido instituido; aquellas que no pueden suplirse, que no pueden reproducirse con fuerza retroactiva a la practicado sin ella”.

“El art. 237 —enseña Alsina (50)— habla de la omisión de las formas sustanciales refiriéndose a los supuestos en que se afecte el derecho de defensa, pero sin concretarlos ni someterlos a condición alguna. No obstante, teniendo en cuenta el carácter instrumental del proceso —carácter que se extiende necesariamente a los actos que lo integran— hay que admitir que si como consecuencia de la violación de la forma el acto no ha llenado su objeto la nulidad se impone para reparar el perjuicio y recíprocamente, si no obstante el defecto del acto al fin propuesto ha sido logrado, la nulidad no tiene razón de ser. De ahí el requisito de la demostración de un interés en la declaración de la nulidad”.

El art. 39 in fine de la ley 14.237 dispone: El recurso de apelación comprende el de nulidad” con lo que lo suprime como recurso independiente en el caso a) y en los b) y c) se soluciona por el artículo 50 de la ley citada.

La nulidad puede promoverse por vía de recurso, esto no ha desaparecido del cuadro de los remedios procesales, pero en realidad el art. 39 le ha restado el carácter de instituto autónomo al determinar

que el de apelación comprende al de nulidad. De modo que, contra artículo no se recurrirá de nulidad sino de apelación, y luego en el una sentencia definitiva o interlocutoria que cause gravamen o decida memorial o en la expresión de agravios se aducirán tanto las transgresiones de fondo como las violencias de forma, siempre que estas se refieren a la propia resolución recurrida ya que las nulidades de procedimiento incluso por vicios de formas sustanciales deben invocarse por vía de incidente dentro del tercer día de conocidas. Concordantemente si el procedimiento estuviere arreglado a derecho y el tribunal de alzada declarara la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio precisamente porque como el recurso de apelación comprende el de nulidad resulta procesalmente indiferente que la sentencia sea nula por violación de fondo o de forma.