

INCIDENTE DE NULIDAD PROCESAL

Por Adriana Assad; Adriana Varela; Guillermo Ahrendts

SUMARIO: I. Introducción. La nulidad como modo impugnativo y como sanción II. Del incidente de nulidad de los actos procesales. Modo de articularlo. Principio de convalidación y de trascendencia. Rechazo in limine y declaración de oficio III. Nulidad de notificación de la demanda. Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. IV. Algunas conclusiones

I. Introducción. La nulidad como modo impugnativo y como sanción.

Couture nos advierte que existe un fenómeno multívoco que acaece sobre el término "nulidad procesal": la palabra "nulo" o "nulidad" es utilizada de manera sinónima cuando en rigor de verdad queremos designar institutos o efectos distintos. Suele hacerse referencia con la palabra "nulidad" al acto nulo, al acto viciado, al medio impugnativo, a los efectos que produce la sanción de nulidad una vez que es declarada, y hasta a veces se lo confunde con el acto inexistente. Con el mismo término, pues, se designan diferentes significados, sin tener en cuenta que son justamente eso: diferentes. No podemos adentrarnos a hablar de la nulidad procesal sin antes hacer mención al proceso, ni hablar del proceso sin antes hablar del acto procesal. Ello es así porque entre ellos existe una relación fuertemente marcada: El acto procesal compone el proceso y la nulidad ataca a un acto procesal descomponiendo el proceso.

El proceso judicial, como mecanismo que soluciona de modo pacífico una controversia entre dos partes originada por un conflicto de intereses, que se presenta en el plano social, con relevancia jurídica, no es otra cosa que (por más simple que parezca) el curso ordenado, recto y lineal de actos procesales que se desenvuelven de modo congruente, lógico y racional conforme a pautas preestablecidas por el legislador en donde se garantiza, entre otras cosas, la defensa en juicio.¹

El acto procesal es un acto jurídico, con todo lo que ello implica. Pero a diferencia de él, el acto jurídico procesal tiene, vida sólo en el proceso. A través del acto jurídico procesal el proceso judicial se desenvuelve y va en busca de la sentencia que pondrá fin a la controversia planteada. Estos actos, realizados por las partes -actor y

¹ Materola, Nicolás Ignacio, "La nulidad procesal como concepto multívoco: conflictos terminológicos" publicado en SAJ:DAF 170186, El Derecho

demandado-, terceros -testigos o peritos- y por el juez, deben realizarse conforme un modo establecido de antemano que

garantiza el cumplimiento de las reglas de juego a las cuales las partes se sometieron al ingresar a él. En consecuencia, cuando el acto es irregular, porque no ha sido celebrado conforme lo manda el legislador, y causa un atentado al derecho de defensa puede ser declarado nulo. Por ello acto irregular -o viciado- no es sinónimo de acto nulo.

Desde el plano litigioso la nulidad procesal es una sanción que reconoce un descarrilamiento en el recto caminar del proceso y que una vez dictada por el órgano jurisdiccional convertirá al acto viciado en acto nulo quitándole los efectos que él y sus consecuentes hayan producido dentro del curso de la litis.

Pero también es un **medio impugnativo** porque es la parte perjudicada quien, a través de ella intentará dejar sin efecto el acto procesal que ataca. Es, desde este punto de vista, un **remedio procesal** que habilita un amplio campo de vías de reparación de ilegalidades o atentados que sufre el proceso, pudiendo materializarse con naturaleza de incidente. Tópico que abordamos en el capítulo siguiente.

La nulidad procesal es entonces un instituto propio del derecho procesal que tiene doble naturaleza jurídica, es medio impugnativo y es también sanción, pero en tiempos distintos del proceso. Primero se materializa como medio impugnativo y luego, si el juez le hace lugar, cae con fuerza de sanción en el proceso para volver a encaminarlo dentro del marco de la legalidad. Medio impugnativo y sanción son, pues, dos caras de una misma moneda que se entremezclan de modo armónico para formar, juntas, el instituto de nulidad procesal.

La consecuencia práctica de entender a la nulidad desde este punto de vista dual, pone en relieve la necesidad de interpretar al medio impugnativo -incidente, por ejemplo- a la luz de los principios de la nulidad procesal y no sólo bajo las reglas que regulan al medio en particular.

El plazo de cinco días para incoar incidente de nulidad es ejemplo de lo ante dicho, porque el **principio de convalidación** -propio de la nulidad procesal- no incide en la sanción sino en el defecto o vicio del acto; y así, cuando este vicio no sea consentido queda habilitado el medio impugnativo.

El acto viciado y el acto nulo no son la misma cosa. Existen entre ellos diferencias sustanciales que manifiestan la importancia, práctica y teórica, en diferenciarlos.

Estamos en presencia de, como enseña Renzo Cavani, "dos diferentes estadios que deben ser nítidamente diferenciados, no solo por su origen, sino también porque se producen siempre en dos momentos distintos del *iter* procesal"²

Acto viciado y acto nulo son dos estadios que acaecen sobre el mismo acto procesal en diferentes instancias de tiempo. El acto nulo sería la evolución del acto viciado: Materialmente es el mismo acto procesal, pero atraviesa un procedimiento que lo convierte de viciado a nulo. El acto viciado es aquel acto procesal que padece de un defecto en su estructura por no haberse celebrado conforme a derecho. Por ejemplo, la notificación de la demanda en un domicilio diferente al real o la no notificación del auto de apertura a prueba.³ El primero de ellos lo abordamos en más adelante.

Estos son ejemplos de actos viciados, que tienen en su estructura una irregularidad. Pero este acto viciado es, no obstante su vicio, plenamente eficaz. Y se mantiene así, eficaz y viciado, hasta tanto no sea declarado nulo por el juzgador.

Una adecuada interpretación, a la luz de las necesidades del proceso judicial, nos obliga a no concebir al proceso como una mera construcción que se derrumba con el primer desperfecto formal, sino que es menester que dicha irregularidad sea de relevancia tal que justifique quitar del curso de la instancia el acto defectuoso.

Por ello el acto viciado no es ineficaz sino todo lo contrario, es completamente eficaz; y lo seguirá siendo hasta tanto no sea declarado nulo por el juzgador. Se trata, en definitiva, de conservar los actos para llegar, con mayor agilidad, al dictado de la sentencia.

Sólo cuando este acto viciado produzca un real perjuicio a la parte que no lo ha celebrado se justificará su retiro del proceso y se pondrá en funcionamiento la maquinaria de la nulidad procesal. Así, percatada que sea la parte de la existencia de un acto viciado podrá petitionar al juez, a través del medio impugnativo idóneo, que declare la nulidad.

Incoará a tal efecto el incidente o el recurso para poner en evidencia que no ha convalidado el vicio y que éste le ha causado un real daño a su derecho de defensa, exponiendo, en tal sentido, las defensas que no ha podido plantear en plenitud.

² Renzo Cavani, "Tres fases para decretar la nulidad procesal" (www.academia.edu/8347157/ citado en Materola, "La nulidad ..."

³ Arazi, "Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo II, pág. 265, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 3° edición, 2012, citado en Materola, "La nulidad ..."

Si el juzgador hace lugar al medio impugnativo declarará la sanción de nulidad y convertirá al acto viciado en acto nulo, privándolo de sus efectos. Esta sanción, cabe aclarar, alcanzará también a todos aquellos actos procesales celebrados *a posteriori* del acto declarado nulo y que sean su consecuencia.

Este es el efecto de la sanción de nulidad: producir la ineficacia de los actos sobre la cual recae. La ineficacia en este contexto, enseña María Rosa Molina de Caminal, "es una sanción dispuesta por el ordenamiento jurídico procesal, en principio, ante la presencia de una irregularidad trascendente en el acto, que justifica la privación de sus efectos propios".⁴

El acto viciado es aquel acto procesal que padece de una irregularidad y se mantendrá eficaz hasta tanto no sea declarado nulo. El acto nulo es aquél acto viciado que por ser su irregularidad de trascendencia es declarado nulo por el juez con el objetivo de salvaguardar el derecho de defensa y el contradictorio. Y la nulidad procesal es el instituto que importa el precedente necesario para llevar a cabo tal evolución del acto viciado a su siguiente estadio, el del acto nulo privándolo de sus efectos. Con estas distinciones, abordamos el tópico de cómo procesalmente hablando instamos la nulidad, tanto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en el de la Provincia de Jujuy, teniendo en miras el Anteproyecto de Reforma.

II. Del incidente de nulidad de los actos procesales. Modo de articularlo. Principio de convalidación y de trascendencia. Rechazo in limine y declaración de oficio

El tema que traemos a examen consiste en analizar la procedencia de la nulidad de los actos procesales y su tramitación en el orden nacional y local y su incidencia en el proceso principal.

Esta nulidad no debe confundirse ni asimilarse con la pretensión de nulificar resoluciones interlocutorias o definitivas susceptibles de ser atacadas por la vía recursiva, aun cuando estas resoluciones hubieran sido dictadas como consecuencia de un procedimiento irregular. Así, por ejemplo, si en un juicio ejecutivo se dicta sentencia sin haberse citado de remate al deudor, la nulidad no puede hacerse valer mediante recurso planteado contra esa sentencia, sino por incidente de nulidad deducido ante el

⁴ Molina de Caminal, María Rosa, "Nulidades en el proceso civil", pág. 24, ed. Advocatus, Córdoba, 2007 citado en Materola, "La nulidad ...".

mismo órgano jurisdiccional que la dictó, y contra cuya decisión, al respecto, podrá caber el recurso de apelación.

En el orden nacional, las vías previstas a los efectos de obtener la nulidad son: el incidente de nulidad, previsto en el Art. 169⁵ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy prevé la acción de nulidad en el Art. 179⁶.

Siendo el acto procesal una declaración de voluntad que consta de un elemento subjetivo y de un elemento objetivo; esto es, el contenido y la forma, respectivamente, dichos elementos pueden presentar vicios. Sin embargo, no todos los vicios tienen tal entidad que importe su invalidación. Esta cuestión es dilucidada por la teoría general de las nulidades procesales, señalando en este sentido la doctrina que, “la configuración de un vicio o de una simple irregularidad en la actividad, puede generar perjuicios o desvirtuar los intereses que tutela el proceso; pero no toda irregularidad ni todo vicio es relevante; tampoco cualquier vicio trae aparejada la invalidez del acto”⁷

Un acto procesal es nulo cuando carece de los requisitos extrínsecos necesarios para que obtenga su finalidad; es decir, no puede llegar a producir ningún efecto ni cumplir su finalidad dentro del proceso por impedimento de una grave irregularidad de sus formas. También “es nulo el acto procesal cuyo contenido viola una garantía constitucional o una disposición de las leyes de fondo relacionada con la defensa en juicio de los derechos; los que violan las formas esenciales del juicio; los que carecen de los requisitos esenciales del juicio, los que carecen de los requisitos formales indispensables para el logro de su fin y los establecidos expresamente por la ley como ineludible condición de validez (...)”⁸

⁵ “Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción. Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. No se podrá declarar la nulidad, aún en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.” Artículo 169 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁶ “No puede anularse ningún acto procesal por inobservancia de las formas, sino cuando un texto expreso de ley lo autoriza. Puede, no obstante ser anulado el acto, cuando carece de los requisitos indispensables para la obtención de su fin. La anulación no procede en estos casos, si el acto, aun siendo irregular, ha logrado el fin al que estaba destinado” Artículo 179 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy.

⁷ Ledesma, Ángela; “Nulidades Procesales” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N°8; en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Concordado ... Tomo 3, Pág. 533; Ed. Hammurabi.

⁸ Colombo, Carlos, Álvarez Julia, Luis; Germán; Porcel, Roberto; “Curso de Derecho Procesal”, Ed. Abeledo Perrot, 1992, Tomo I, pág. 302 y sig.

La jurisprudencia tiene dicho que: “La nulidad de los actos procesales se vincula íntimamente con la idea de defensa en juicio, de jerarquía constitucional, en consecuencia, cuando surge algún vicio, defecto u omisión, que hayan privado a quien los invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, se produce una indefensión que configura la nulidad”. (CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala I, 25-09-96, “LLBA, 1997-873).

Los actos procesales pueden ser atacados por el incidente de nulidad en caso de vicios en el procedimiento, o bien por los recursos autorizados por el ordenamiento procesal, si se trata de vicios contenidos en la resolución judicial. Por lo tanto, desestimada una de las vías, es inadmisibile el tratamiento de idéntica cuestión por la otra opuesta subsidiariamente.

“El incidente de nulidad debe articularse ante el mismo Juez que dictó el pronunciamiento y dentro del quinto día subsiguiente al conocimiento del acto, pues vencido dicho plazo se produce la preclusión. Los errores in procedendo cuando afectan al procedimiento anterior al pronunciamiento de la sentencia, privándolo de la aptitud para cumplir el fin al que se encuentra destinado, deben ser impugnados a través del incidente de nulidad, que es la vía idónea para subsanar dichos vicios susceptibles de producir una restricción del derecho de defensa”. (CNCiv. Sala I, 9/9/97, LL, 1999-C-729).

El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tratándose del incidente de nulidad, mantiene el contenido del código vigente disponiendo en el Art. 189 que: “La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración. Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto.”; agregando dos supuestos más, a saber: en el caso de cualquier decisión que se adopte en alguna audiencia convocada por el Tribunal donde tramite el proceso, para quien estando debidamente notificado de la citación, no hubiere comparecido a ella y para el caso de cualquier decisión que se adopte en alguna audiencia convocada por el Tribunal donde tramite el proceso, quien compareciere no formulare planteo alguno en dicho acto.

Es decir que, la nulidad de algún vicio que afecte una audiencia, -por caso- debe articularse inmediatamente después de producido el mismo, a fin de no clausurar la

oportunidad para hacerlo tempestivamente. Ello, a fin de garantizar el ordenamiento de los actos procesales a través del instituto de la preclusión.

Así, siguiendo con el ejemplo, en una audiencia donde se ventilen cuestiones atinentes a menores de edad, debe estar presente la defensora de niños y niñas y adolescentes, bajo pena de nulidad. Por el contrario, en el caso de incomparecencia del defensor, la nulidad de la audiencia debe plantearse en ese mismo acto y no llevarse a cabo; sin embargo, si igualmente se celebra, la parte afectada debe dejar planteada la nulidad del acto. De no plantearse, quien pudiese haberla planteado la convalida tácitamente, sin poder pretender plantearla con posterioridad.

Respecto a la audiencia preliminar, esta debe ser celebrada en presencia del juez con carácter indelegable. A diferencia de lo prescripto por el anterior Art. 360 del C.P.C.N., la nueva redacción de la norma no prevé la sanción de nulidad para la inasistencia de los jueces, pero, en cambio, establece concretamente que en ese caso la audiencia no se celebrará, debiéndose dejar constancia de ello en el libro de asistencia. El aparente mayor rigor de la reforma, apunta a presentar de una forma más terminante la obligación del juez de presidir el acto. Al decir que sin su presencia la audiencia no se realizará, erige a ese recaudo en exigencia de regularidad a efectos de evitar que igualmente se celebre aun con la presencia de algún funcionario o empleado por delegación, y que ese vicio de constitución quede consentido por la parte.

“Aun cuando la reforma haya eliminado la sanción de nulidad para la audiencia que debe ser presidida por el juez con carácter indelegable, cuando dicho precepto es vulnerado, el acto puede ser atacado de nulidad por quien no consintió la falta, por cuanto adolece de una falla evidente: la falta de presencia del juez (Art. 169, ap.2, C.P.C.N.)”.⁹

Si bien esta norma observa un mayor rigorismo que la anterior, en la práctica la audiencia puede llevarse a cabo sin la presencia del juez, y en este supuesto, si no se plantea la nulidad en ese acto, la misma queda convalidada por el consentimiento tácito de las partes. Por el contrario, aun cuando la norma no disponga expresamente que la ausencia del juez en la audiencia trae aparejada la nulidad, ello no impide que cualquiera de las partes plantee la nulidad en el mismo acto.

⁹ Colerio, Juan P., “La audiencia preliminar”, en Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Dir. Enrique Falcón, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2000, pág. 163.

Para la procedencia del incidente de nulidad, es necesaria la concurrencia de ciertos recaudos idénticos a los que debe presentar la declaración de toda nulidad procesal, a saber: que la ley prevea expresamente esa sanción, existencia del vicio, finalidad del acto, perjuicio ocasionado, interés jurídico y falta de convalidación.¹⁰

El principio general que rige la materia de las nulidades procesales, es el de la trascendencia de los vicios denunciados, resolviendo el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy en sentencia de fecha 12/05/2000 en el Expte. N°32/00, caratulado: “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N°72554/I/99: Walter Armando Castillo c/ Estado Provincial”, L.A. N°43, F°465/468, N°173 que: “Las nulidades procesales son relativas y de interpretación restrictiva (...)”, siendo este el criterio prevaleciente en la doctrina y la jurisprudencia nacional, habiéndose fijado la estrictez con la que debe ser juzgada la nulidad de los actos procesales.

Siendo el **principio de trascendencia** un presupuesto de procedencia para la nulidad, requiere la efectiva demostración del perjuicio cierto e irreparable que la actividad procesal defectuosa le ocasiona al nulidicente y que no puede subsanarse sino con la aplicación de la sanción de ese instituto. Así se ha dicho que: “Aun cuando un acto procesal su hubiera cumplido con prescindencia de algún requisito prescripto bajo pena de nulidad, la declaración de nulidad es improcedente si quien la solicita no demuestra la existencia de un interés personal en cuanto al perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular. La respectiva resolución invalidatoria, en otras palabras, debe responder a un fin práctico, pues resulta inconciliable con la índole y función del proceso, la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico”. (CNCom., Sala A, 13/5/83, LL, t.1985-A, p. 611, N° 36.754-S, ED, t.104, pág.757).

Este principio impone que, “(...) quien promueve el incidente de nulidad, debe expresar no sólo el perjuicio sufrido, sino también enumerar las defensas que se ha visto privado de articular, que pongan de relieve el interés jurídico lesionado”. (CNCiv., Sala C, 26/10/93, ED, t.160, pág. 587).

“La procedencia de la nulidad procesal requiere la existencia de interés en su declaración, pues si se accediera a la petición sin la acreditación de tal esencial elemento, se admitiría la nulidad por la nulidad misma”. (CNCiv., Sala K, 14/2/95, LL, t.1995-D, pág. 399).

¹⁰ De Santo, Víctor; “Nulidades Procesales”, Editorial Universidad, Ed. 2006, pág. 270.

En caso de incumplimiento de los recaudos que se vienen enunciando, el Art. 173 del C.P.C.N. dispone que **se desestimarán sin más trámite el pedido de nulidad**, igual que para el supuesto en que la vía elegida no sea la idónea para la obtención del fin perseguido con la declaración de la nulidad. En igual sentido lo contempla el Art. 192 del Anteproyecto de Reforma del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ello, sería una excepción a la regla general por la cual los jueces deben dar trámite a toda petición propuesta por las partes en litigio.

El código de rito de la provincia de Jujuy, no prevé expresamente el **rechazo *in limine*** del incidente de nulidad, sustanciándolo en todos los casos. Sin embargo, resultaría una práctica saludable que el juez competente que entiende en la causa principal, se encuentre facultado para rechazar *in limine* el incidente que no reúna los presupuestos para su procedencia, evitando de ese modo maniobras dilatorias de quien pretendiendo ser nulidicente sólo persigue el retardo o paralización del proceso principal, máxime cuando en el incidente se debe producir prueba, llegando inclusive a “ordinarizar” el mismo.

Sin perjuicio de ello, el incidente de nulidad es un remedio procesal aconsejable para sanear actos viciados que se advierten oportunamente en el proceso, evitando que el mismo prosiga, llegando inclusive hasta el dictado de la sentencia, para luego retrotraerse -en ocasiones- hasta la etapa inicial, implicando un desgaste jurisdiccional en perjuicio de la parte a quien dicha sentencia le hubiera resultado favorable.

Así, por ejemplo, en el juicio ejecutivo con sentencia de trance y remate, ordenada la subasta, el demandado plantea la nulidad por falta de intimación de pago en su domicilio real, acreditando haber tomado conocimiento del proceso por la publicación del remate mediante edictos. En este supuesto, planteada la nulidad y advirtiendo que efectivamente esa medida no ha sido debidamente cumplida, el proceso se retrotrae a su etapa inicial, dando lugar al libramiento de una nueva intimación de pago en debida forma al demandado.

El sistema de las nulidades procesales se encuentra afectado por principios de orden constitucional y constituye un verdadero orden público que se debe preservar. Así, el Art. 18 de la Constitución Nacional, al reconocer la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, sienta un principio que todo proceso debe resguardar, el que también se encuentra contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Art. 8.1.

Esos principios posibilitan la admisibilidad de la nulidad absoluta en materia procesal, cuando exista violación de disposiciones de carácter imperativo y que por lo tanto afecten el orden público. En este sentido tiene dicho la jurisprudencia que: “Las nulidades absolutas que se refieren a actos esenciales e irreproducibles del proceso, pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso. Este principio rige ante flagrantes violaciones de cláusulas constitucionales que acarrearán perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior”. (Cám. Fed. San Martín, Sala I, 13/8/98, LL, 1999-C-340).

La nulidad debe ser declarada **de oficio**, inclusive, frente a un planteo extemporáneo efectuado por el nulidicente cuando se advierte deficiencias que vulneren el derecho de defensa. Así, “Son nulos de nulidad absoluta los actos procesales cuyo contenido viola una garantía constitucional o una disposición de las leyes de fondo relacionadas con la defensa en juicio de los derechos y los establecidos expresamente por la ley como ineludible condición de validez, como ocurre cuando se vulnera el Art. 18 de la Constitución Nacional -defensa en juicio- y las disposiciones de orden público de una ley de fondo”. (CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala I, 25/9/96, LLBA, 1997-873).

II. Nulidad de notificación de la demanda. Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy

La notificación puede definirse como el acto procesal mediante el cual se pone en conocimiento de las partes o de terceros una resolución judicial.¹¹

Debe ser cumplida atendiendo las formalidades de las normas que la reglamentan. Es una especie del género “actos de comunicación”, cuya finalidad radica en notificar a las partes o a otras autoridades sobre los actos de decisión.¹²

Según la forma que corresponda, recaerá sobre los litigantes, sus letrados o apoderados y, en algunos casos, los funcionarios intervinientes en el acto, la responsabilidad por la ejecución correcta del procedimiento de notificación, disponiendo la última parte del Art. 149 del C.P.C.N. que, “(...) El funcionario o empleado que hubiese practicado la

¹¹ Serantes Peña, Oscar; Palma, Jorge “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Bs. As., 1983, Tomo I, pág. 336, citados en “Nulidades Procesales”, De Santo, Víctor.

¹² Couture Eduardo J., “Fundamentos del derecho procesal civil”, 2° Ed., Bs. As., 1958 citado en “Nulidades Procesales”, De Santo, Víctor.

notificación declarada nula, incurrirá en falta grave cuando la irregularidad le sea imputable”.

Para calificar la nulidad de la notificación es necesario establecer si la notificación ha cumplido o no su finalidad propia, si ha causado perjuicio, si ha existido o no convalidación y si se han dado los presupuestos nulitivos fundamentales. Tratándose de la **notificación del traslado de la demanda**, la misma debe llevarse a cabo por cédula, siendo éste el supuesto que presenta mayores dificultades, en virtud de su relación con el fundamental derecho de la defensa en juicio.

En principio, la notificación de la demanda debe hacerse en el domicilio real del accionado o en el domicilio especial constituido en instrumento público, con las formalidades específicas y ciertos recaudos de cumplimiento que prevén los distintos ordenamientos procesales con la finalidad de obtener los resultados pretendidos, imperando los principios de instrumentalidad de las formas, de trascendencia y de fin perseguido.¹³

Se requiere que la irregularidad en la forma de la notificación haya sido grave a tal punto que impida al interesado cumplir con el fin perseguido a través de ella, privando de los efectos propios de la misma a través de la promoción del incidente de nulidad que prevén los ordenamientos procesales; salvo que de las constancias del expediente surja que el interesado ha tenido conocimiento de la resolución o providencia con independencia del modo o vía mediante la cual haya accedido a ese conocimiento. Así se ha dicho que: “Si el destinatario pudo conocer la existencia del acto judicial objeto de la comunicación, la notificación ha cumplido su finalidad y por ende no existen motivos para declararla inválida”. (CNCiv., Sala H, 17/4/97, LL, 1997-E-605).

Resulta insoslayable traer a colación lo que tiene dicho la **jurisprudencia local** respecto de la notificación de la demanda y los incidentes que se promueven intentando anular la diligencia practicada.

“(…) estimo conveniente destacar que, de los antecedentes de la causa, en cuanto interesan para la resolución del presente, surge que es el propio nulidicente quien reconoció expresamente que el domicilio donde se practicó la notificación del traslado de la demanda es su domicilio real, cuestionando sólo a la persona que recibió la cédula.

¹³ De Santo, Víctor; “Nulidades Procesales”, Editorial Universidad, Ed. 2006, pág. 122.

Así las cosas, se torna necesario señalar, de modo liminar que, “las normas de nuestro ordenamiento procesal resultan indubitables al respecto, puesto que el codificador ha consagrado no sólo el principio de contradicción destacado (Art. 6 del Código procesal Civil) como uno de los directores del proceso, sino que también ha previsto expresamente dónde, es decir en cuál domicilio, deben practicarse las notificaciones” (conf. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy”, tomo II; pág. 79, punto 23, Ed. Noroeste Argentino, Salta, 2006). En el caso que nos ocupa **surtió efecto la notificación del traslado de la demanda, en tanto ingresó en la órbita de conocimiento del destinatario**. Por otra parte, “admitido que la cédula fue correctamente diligenciada en el domicilio fijado ad litem, no resultan atendibles las arguciones relativas a los motivos por los cuales no llegó la misma a manos del destinatario nulidicente, lo cual es ininvocable dentro del proceso... pues no afecta la validez de la notificación cumplida...” (conf. De Santo; “Notificaciones Procesales”, pág. 188, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2002). Reitero, no existen dudas que el notificador interviniente observó los recaudos formales requeridos por la normativa aplicable con relación al trámite que debe seguirse para realizar la notificación del traslado de la demanda. Por ello, considero que el Tribunal sentenciante **no conculcó el derecho de defensa en juicio** y, dada la importancia que revisten las notificaciones, se cumplió con las formalidades legales que impone el Código de rito, y que están dirigidas a resguardar las garantías de los justiciables.” (La negrita nos pertenece).¹⁴

En otro decisorio, el tribunal dijo: “(...) observamos que interpuesta la demanda en contra de la sucesión de Gustavo Carattoni, se denuncia en el escrito inicial (...) como domicilio a los fines de la notificación de la demanda el domicilio comercial sito en calle Pellegrini N° 499 de la Provincia de Salta. Ampliada que fuere la demanda se dispone mediante providencia de fecha 03 de mayo de 2011 (fs. 46) correr traslado a los accionados en el domicilio denunciado, disponiéndose en el último párrafo de la resolución mencionada, la notificación por medio de carta documento, la que se expide con las formalidades de ley, (...). No habiendo comparecido los accionados a estar a

¹⁴ LA N°4, F°151/153, N°38. Expte. N° CF-14.885/18 “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° D-17.444/2016 (Cámara en lo Civil y Comercial -Sala IV- Vocalía 10) Incidente de Nulidad: Montalvo, Miguel Ángel c/ Arnedo, Eva Argentina y otros”

derecho, se dispone mediante decreto de fecha 31 de octubre de 2011 (fs. 58) tener por contestada la demanda conforme lo dispone el art. 51 del Código Procesal del Trabajo. Mediante providencia de fecha 21 de noviembre de 2011 el a-quo dispone la notificación de las providencias de fs. 58 y 63, siendo esta última la que dispone el llamado de autos para sentencia, al solo efecto de evitar nulidades, librándose a los fines notificadorios oficio a Jefatura de Policía de la Provincia de Jujuy, a los efectos de la notificación de dichos proveídos a través del convenio policial argentino (...).”

El agraviado “ (...) deduce reclamo ante el Cuerpo (fs.70/70 vta. del expediente B-230366/10 agregado por cuerda) en contra de las resoluciones dictadas en fechas 30 de octubre y 10 de noviembre de 2011, con la pretensión del revocamiento de las mismas, en el entendimiento de que el tribunal de grado no respetó lo normado por el art. 34 del Código Procesal del Trabajo a fin de efectuar el emplazamiento de la demanda, sosteniendo que habiendo sus representados tomado conocimiento de las resoluciones por las que reclama recién al ser notificado por el oficio policial antes referido, resultaba imposible hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 51 segundo párrafo del Código Procesal del Trabajo.

“(...) vemos que el recurrente pretendió impugnar la notificación de la demanda a sus instituyentes mediante la reclamación ante el Cuerpo articulada a fs. 70/70 vta. de los autos principales. Adviértase que si lo cuestionado fue esencialmente el no cumplimiento por el a-quo de la disposición contenida en el artículo 34 del Código Procesal del Trabajo en cuanto a la notificación del emplazamiento de la demanda, el que consideró debió hacerse conforme las previsiones de la norma citada, toda vez que sostiene que sus instituyentes tomaron conocimiento de la acción incoada en su contra recién al tiempo de notificarse de las providencias antes referidas, la vía para la impugnación de este extremo no era la reclamación ante el Cuerpo sino el planteo de un incidente de nulidad de notificación. Resulta conveniente dejar en claro, (...) serán recurribles ante el Tribunal las resoluciones de trámite dictadas por el presidente de trámite y que afecten algún derecho de las partes, reclamo que deberá ser fundado. Diferente es la situación en que el acto jurídico se encuentre viciado de nulidad, lo que ocurrirá cuando en virtud de causas existentes desde el origen mismo del acto, lo priva de los efectos que regularmente debía producir (Salvat, Parte General, T. II nro.2583).

Roland Arazi en su obra “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Tomo I Segunda Edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni” pág. 235 nos dice que “La nulidad de un acto procesal se origina por distintos vicios que pueden afectar a los sujetos que intervienen en él o los elementos objetivos que lo integran”. Las nulidades procesales no tienden a reparar la justicia o injusticia de una decisión judicial, su finalidad es evitar el incumplimiento de las formas establecidas con el objeto de preservar el derecho de defensa de las partes y el principio de bilateralidad. Si el recurrente entendió que sus representados no habían sido notificados por las vías elegidas por el Tribunal de grado, impugnando la validez del apercibimiento dispuesto (art. 51 del Código Procesal del Trabajo), por entender que el acto no logró el fin al que estaba destinado, debió recurrir al planteo nulificadorio por vía incidental. La nulidad debió oponerse por vía de incidente a los fines de que se subsanen los vicios apuntados, teniendo como efecto el de retrotraer el proceso a la etapa anterior al acto viciado, invalidando de tal modo las actuaciones que sean consecuencia de dicho acto y subsistiendo los actos anteriores a él y los sucesivos que sean independientes. Uno de los actos donde más se plantean las cuestiones de nulidades es la notificación de la demanda, a la que a su vez se le presta especial atención por la importancia del acto. (...) Resulta de interés tomar en cuenta que el recurrente nada dice en la reclamación interpuesta respecto a la carta documento obrante a fs. 53, librada por el Tribunal del Trabajo a fin de notificar a los sucesores de la Sucesión de Gustavo Carattoni -en la cual se consignan los nombres de los herederos- la providencia de fecha 03 de mayo de 2011 por la que se corre traslado de la demanda y de su ampliación; la que conforme surge de la constancia de fs. 56 fue notificada en fecha 27 de julio de 2011 en el mismo domicilio en el cual se notificaran mediante oficio policial los sucesores (constancia de fs. 72) y que motivó su presentación a estar a derecho y formular la reclamación ante el cuerpo ante el a-quo, oportunidad en que debieron denunciar ante el Tribunal sus respectivos domicilios reales a fin de que se llevara a cabo la notificación cuestionada. Sin perjuicio de ello, y aún si no se consideraran los accionados notificados por la carta documento emitida por el tribunal, no desconocieron la notificación policial, pero lo que sí surge manifiesto es que **debieron interponer el correspondiente incidente de nulidad de notificación**, denunciando en dicho acto los domicilios reales de los sucesores de Carattoni, siendo ésa la vía impugnaticia y no la utilizada por los mismos. Tal situación, nos permite afirmar que la disconformidad que ha motivado la interposición del presente remedio

recursivo, no encuentra sustento en un excesivo rigorismo formal por parte del a-quo, sino en la **no adopción de los recaudos procesales pertinentes por parte del quejoso para demostrar el menoscabo de sus derechos**, a los fines de oponer las excepciones y/o defensas de los que se vio privado de oponer. Ello, nos lleva a traer a colación lo dispuesto por el artículo 181 del Código Procesal Civil -de aplicación supletoria al caso traído a conocimiento- que dispone en su segundo párrafo: “Importa consentimiento tácito el no deducir incidente de anulación dentro de los cinco días siguientes al conocimiento del acto”.¹⁵ (La negrita nos pertenece).

En fecha 20 de marzo de 2018, dijo: “El art. 41 del Código Procesal del Trabajo en su último párrafo establece que “La nulidad no podrá ser alegada por quien dio lugar a ella o concurrió a producirla, ni por quien la haya consentido expresa o tácitamente. A su vez, el art. 181 del Código Procesal Civil (de aplicación subsidiaria, art. 103 CPT) dispone que “No puede pedir la anulación de un acto quien lo ha consentido, aunque sea tácitamente. Importa consentimiento tácito el no deducir incidente de anulación dentro de los cinco días siguientes al conocimiento del acto”. Entiendo que en el caso ha operado el consentimiento tácito de la notificación impugnada y de los actos posteriores toda vez que en el Expte. C-054.426/15 caratulado “Teseyra, Manuel Lorenzo c/ Farfán, Feliz Humberto y otro. Cautelar - Aseguramiento de Bienes”, que se encuentra agregado por cuerda al principal, el actor fue notificado en fecha 3/6/16 del embargo trabado en su contra en dicha causa, diligencia que se practicó en el domicilio sito en calle República de Siria N° 501 de ciudad Perico (ver fs. 4). Como se advierte, esa notificación se efectuó varios meses antes de la promoción del incidente de nulidad, ocurrida el 17/10/16, en el domicilio que el propio nulidicente reconoce e invoca como real. Destaco que dicha notificación (de la traba de embargo) no fue en modo alguno impugnada. Conforme a lo señalado, considero que el planteo de nulidad fue claramente extemporáneo, y por tanto operó el consentimiento tácito de los actos cuya anulación se reclama. Agrego que la notificación del embargo posibilitó al nulidicente anoticiarse del proceso en su contra ya que pudo acudir al tribunal a fin de interiorizarse de las

¹⁵ LA N°55, F°2616/2622, N°803. Expediente N° 8765/12, caratulado: “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el expte. N° B-230366/10 (Sala II – Tribunal del Trabajo) Indemnización y otros rubros: Argañaráz, Héctor Oscar; Pereira, Víctor Luis c/ Carattoni, Gustavo (Sucesión); Carattoni, Gustavo Adrián; Carattoni, Pamela Vanina; Carattoni, Paula Andrea; López de Carattoni, Elvira Rosa”

circunstancias por las que se le trabó la cautelar, en resguardo de los derechos de su parte. En este entendimiento, no cabe más que concluir que el incidentista, pudiendo hacerlo, no ejerció su derecho a impugnar los actos procesales en la oportunidad prevista por la ley, por lo que quedaron tácitamente consentidos. Por todo lo expuesto considero que el recurso debe ser rechazado”¹⁶

Resulta interesante transcribir el siguiente fallo en el cual el Superior Tribunal de Justicia hace lugar al nulidicente en virtud de los siguientes argumentos: “(...) el recurso interpuesto debe ser acogido favorablemente y, en consecuencia, prosperar la nulidad interpuesta por Carlos Arturo Martínez. (...). De acuerdo a las constancias obrantes en el juicio principal, la acción (fs. 4/5 y ampliada a fs. 81/88 del principal) fue entablada en contra de Carlos Arturo Martínez y de la razón social Figueroa S.A. En este orden, cabe precisar que el artículo 156 del Código Procesal Civil dispone que deberá notificarse en el domicilio real, el traslado de la demanda. Resulta claro entonces, que tal notificación debe ser efectuada -sin excepciones- en el domicilio real de los demandados, (...) Sin embargo, y debido a que la actora solicitó se emplace a uno de los accionados, Carlos A. Martínez, en el domicilio de calle Puesto del Marqués N° 966 del B° San Pedrito de esta ciudad, conforme denunciara el nombrado al momento de prestar declaración indagatoria en la causa penal seguida en su contra el 2/10/08, el proceso se desarrolló sin la intervención del recurrente. No puede ahora argumentarse que el domicilio aludido subsistía al tiempo de entablarse la demanda (07/04/09) ni menos aún al tiempo de efectuarse la notificación de la misma (26/03/10), ya que, en el transcurso de esos dos años, bien pudo el codemandado mudar su domicilio. Conforme constancias de la cédula de notificación de fs. 139 y vta. el oficial actuante consignó que “no respondiendo nadie a mis reiterados llamados...” procedió a pegarla en la puerta. Por ende, **la mencionada notificación, no resultó idónea para emplazar al accionado** ya que según lo manifestado por el recurrido a fs. 9 del incidente de nulidad, se domicilia desde el 3/07/09 en calle Yavi 301 del B° San José de la ciudad de Palpalá. A fin de acreditarlo acompaña copia certificada de contrato de locación (fs. 5/7 y vta. del trámite incidental). En efecto, y conforme lo hemos dicho en

¹⁶ LA N°3, F°246/247, N°72. Expte. N° LA-13.752/17 caratulado “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en expte. C-075.553/2016 (Tribunal del Trabajo -Sala II- Vocalía 4) Incidente de nulidad expte. N° C-002.626/13: Farfán, Nelson Fernando c/ Teseyra, Manuel Lorenzo”.

reiteradas oportunidades, la notificación del traslado de la demanda tiene especial trascendencia en el proceso. Siendo generadora de la relación jurídico-procesal, la ley la reviste de formalidades específicas que tienden al resguardo de la garantía constitucional del debido proceso. Así, Podetti sostiene que las formas tienen en las notificaciones una finalidad precisa y si bien no valen, ni son exigibles por sí mismas, constituyen una garantía de eficacia (conf. Podetti, “Tratado de los actos procesales”, t. II, p. 291). Resulta, entonces, que el emplazamiento y su validez tienen el carácter de un verdadero presupuesto procesal. Como se sabe, sin él, no hay litis válida. En dicho contexto y dado que los presupuestos establecidos por el art. 156 del Código Procesal Civil para la notificación de la demanda deben interpretarse del modo en que se resguarde en mayor medida el derecho de defensa -garantizando el principio constitucional que expresamente lo consagra-, considero que el fallo atacado, en tanto rechaza el planteo nulificadorio, resulta violatorio del referido derecho constitucional. (La negrita nos pertenece).

En este sentido, cabe recordar que “el criterio de control de cumplimiento de los extremos tendientes a asegurar el efectivo conocimiento de la demanda, por la parte que ha sido objeto del emplazamiento, debe ser riguroso porque la indefensión es el mayor vicio de que es susceptible el proceso. El demandante es el primer interesado en extremar las precauciones a fin de lograr que la relación procesal quede válidamente trabada. Es que el éxito de la gestión judicial, para ser completo, debe ir acompañado de la seguridad que otorga el haberse procedido escrupulosamente con arreglo a derecho” (conf. jurisprudencia citada por este Superior Tribunal en la causa “Mamaní c/ Omar, Edil y Guillermo Quintar y Motel Tío Lucas, L.A. N° 40, F° 214/217, N° 78). En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido en autos, para declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la presentación de la demanda en adelante (...)”¹⁷

IV. Algunas conclusiones

¹⁷ LA N°54, F°2794/2795, N°817. Expte. N° 7848/10 caratulado: “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° B- 236.885/10 (Sala II – Cámara Civil y Comercial) Incidente de Nulidad en Expte. N° B-207.392/09: Martínez, Carlos Arturo”.

La finalidad de este trabajo responde al intento de acercarnos a la definición de la nulidad de los actos procesales, por un lado, y por el otro al incidente de nulidad, haciendo foco en la nulidad de la notificación del traslado de la demanda, como caso emblemático, por el que constantemente se intenta anular una diligencia de notificación -a veces con fines dilatorios-, acudiendo el nulidicente a razones que el juzgador debe atender con especial cautela. El tópicico, que parece menor, no lo es tanto, puesto que claramente la promoción de incidentes del tipo implica muchas veces un dislate que ocasiona un perjuicio a la parte que debe soportar una maniobra a veces abusiva por parte de quien pretende que se notifique a la parte demandada.

En primer término, corresponde hacer alusión a esta especie de dualidad del acto procesal que por un lado es válido, eficaz, hasta que sea declarado nulo, esto es, produce plenos efectos en el esquema procesal siempre y cuando la otra parte, la perjudicada, no promueva la nulidad. Es decir que, mientras mantenga una actitud inerte, consiente el acto y a partir del sexto día nada podrá aducir. Esto nos lleva a decir que todo acto es anulable hasta tanto así lo declare el juez, declaración que la promueve quien dice de nulidad -el nulidicente- dentro del término previsto en los códigos procesales, los que refuerzan esta estructura consagrando el principio de convalidación.

En segundo lugar, la vinculación de la teoría de la nulidad con el derecho de defensa en juicio resulta claramente un límite infranqueable que los jueces no pueden eludir. Esta idea se contrapone con dos puntos a los que hacemos breve referencia en el presente trabajo: la posibilidad del rechazo in limine y la declaración de la nulidad de oficio por parte del juzgador, cuyo margen de posibilidad parece acotado.

Por último, y con la intención de definir de alguna manera el estado actual de nuestra jurisprudencia, anotamos cuatro fallos relativos a la materia, entre los cuales uno de ellos el tribunal hace lugar al planteo del nulidicente. El criterio que pareciera prevalecer es el del “ingreso” en la órbita del conocimiento por parte del accionado de la demanda que se entabla en su contra. Órbita ésta que los jueces consideran amplia y que solo puede ser desbaratada cuando el nulidicente demuestre cabalmente que efectivamente le fue imposible tener acceso a ese conocimiento. Y cuando hablamos de imposibilidad, apuntamos a la efectiva desvinculación entre la acción que se intenta entablar y la actitud asumida por aquel a quien se pretende demandar, sin margen alguno de duda. Si el accionado ha tenido la posibilidad cierta de tomar razón de la

demanda que se le plantea, mal puede decir que la desconocía. La actitud del accionado, queda sujeta al criterio judicial que, por lo que analizamos, es analizada rigurosamente.