

INCIDENTE DE NULIDAD

por Daniela del Carmen Vélez

SUMARIO: Introducción. Ámbito de aplicación. Legitimación. Cuando procede el Incidente y cuando el Recurso de Nulidad. Incidente de nulidad en el CPCCN. Requisitos. Breve reseña del Incidente de Nulidad en el código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy. Incidente de Nulidad en el Anteproyecto de CPCCN. Conclusiones.

Introducción

El Incidente de Nulidad es la vía idónea para pretender la nulidad de cualquier acto realizado en el curso de la instancia, cuando se controvierta un defecto de procedimiento, puesto que cada defecto de procedimiento debe reclamarse en la misma instancia en que se originó y esto hace a la esencia del incidente de nulificatorio¹.

El incidente de nulidad solamente puede ser promovido por la parte afectada y en la misma instancia en que se produjeron las irregularidades, motivando así al dictado de una resolución por parte del mismo magistrado al que se imputa el defecto u omisión.

Ámbito de aplicación del Incidente de Nulidad y del Recurso.

Una primera aproximación al tema indicaría que todos los actos procesales anteriores al dictado de una resolución pueden ser atacados por la vía del Incidente.

Mientras que el Recurso de Nulidad quedaría reservado para solicitar la nulidad de las resoluciones judiciales, sin embargo esto no es completamente exacto puesto que hay ciertas resoluciones judiciales que deben ser atacadas por el incidente de nulidad y no por medio del recurso. Así si la resolución se impugna por padecer defectos propios, corresponde interponer el recurso de nulidad. Por el contrario si la resolución está viciada como consecuencia de errores in procedendo, de actos procesales anteriores, la misma debe articularse por vía del incidente de nulidad².

¹ De., KE.vs.M., VM.c. Ejecución de sentencia-Incidente art250, CCPC
[///CCC Sala 1, Azul, Buenos Aires;27/08/19](#)

² CNCivil, Sala C, 2/4/1985, "A.B., F.J. ", LA LEY, 1985-D, 151. En este fallo se resolvió que el incidente de nulidad es la vía idónea para pretender la nulidad de cualquier acto realizado en el curso de la instancia, aunque a consecuencia de él se haya dictado una resolución.

La doctrina apoya firmemente esta solución Palacio y Alvarado Velloso afirman en este sentido que el Incidente procede aun en el supuesto de que a raíz de un acto defectuoso se haya dictado una resolución judicial, en tal hipótesis no se impugna a esta en si misma sino en la medida en que configura la culminación de un procedimiento³.

En igual sentido se considera que el hecho de admitir la vía del incidente de nulidad, para atacar la validez de una resolución, no viola el principio de irretroactividad de la sentencia (que dispone que con el dictado de la sentencia concluya la competencia del tribunal con relación al caso, vedando la posibilidad de sustituir o modificar la resolución)⁴, se entiende, en este caso, que el hecho de haber dictado la sentencia no priva al tribunal de jurisdicción para intervenir en ese incidente de nulidad de los actos procesales anteriores.

De este modo si el incidente de nulidad prospera, se declarara nulo el procedimiento a partir del acto viciado, y ello comprenderá a la resolución dictada con posterioridad⁵. Así por ejemplo si la nulidad del procedimiento fue dictada por que omitió un traslado (que invalido la resolución posterior), decretada la nulidad, corresponderá otorgar ese traslado y el dictado de una nueva resolución. Por el contrario si el incidente de nulidad es rechazado, le cabe al nulidicente la posibilidad de apelar la resolución correspondiente.

Cuando procede el Incidente y cuando el Recurso de Nulidad

En el Código Procesal de la Nación el recurso de nulidad procede en las sentencias definitivas e interlocutorias y contra las simples que causen gravamen irreparable, pero fundado en los vicios que contengan en si dichas resoluciones judiciales.

El incidente en cambio debe deducirse ante el “a quo” para cuestionar la validez del procedimiento seguido con violación de las formalidades legales, aun cuando en los actos

³ PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “Código Procesal Civil y Comercial De La Nación”, t. IV, Rubinzal- Culzonic, Santa Fe 1989, ps. 554 y 555.

⁴ FENOCHIETO, Carlos E. y ARAZI, Roland, “Código Procesal Civil y Comercial De La Nación”, t. 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p.659

⁵ FASSI, Santiago C. y YANEZ, Cesar D., obra citada, p. 850, 851

procesales que deban anularse por implicancia se encuentren resoluciones judiciales perfectamente regulares⁶.

La doctrina jurisprudencial sostiene que el incidente de nulidad no es la vía apta para enmendar las irregularidades intrínsecas del fallo, susceptibles únicamente del recurso de nulidad.

El incidente solo procede en relación a los vicios formales que precedieron a la resolución sean estos actos, omisiones o irregularidades, mas no es remedio para provocar una instancia de revisión relativa a los vicios formales de las sentencias, cuya solución debe ser buscada a través del recurso de nulidad.

De tal modo queda claramente delimitados los diferentes campos de estos institutos procesales: El incidente de la nulidad procede respecto de vicios formales que preceden a la sentencia y el recurso de nulidad solo con referencias a los vicios formales integrantes del decisorio.

Incidente de nulidad en el CPCCN.

Para impugnar la validez de una notificación debe recurrirse a la vía incidental. Así lo prescriben las normas legales y la doctrina⁷. El fundamento radica en que la notificación es un acto procesal que por su naturaleza debe estar sometido al control del juez de la causa y, por ende, sustanciarse ante él.

Expresamente el artículo 149, segundo párrafo, del CPCCN prescribe: “el pedido de nulidad tramitara por incidente” y se aplicaran las normas de los artículos 172 y 173.

Art 172... La nulidad podrá ser declarada a petición de parte o de oficio siempre que el acto viciado no estuviere consentido. Quien promoviere el incidente deberá expresar el perjuicio

⁶ Cfr. CNCiv., sala E, 13/3/91, “El Albañil S.A v. Amendolara, I.”, J.A. 1992-III- síntesis; CNCiv., sala C, 21/8/91, “De la Arena de Ricciardi v. Ricciardi, Uber ”J.A. 1992- III- síntesis; CNCiv., Sala M, 3/10/90, “Machi v. Frydman” , J.A. 1991-III-606; CNCom., sala A, 4/8/77, L.LL 1978-A-150 (citado por Maurino, A.L., “Nulidades procesales” , p.181., Astrea, 1985) CNCom., sala A, 15/10/81, L.L. 1982-A-353; C.N.Civ., sala C, 27/5/86, “Bertollero Kelvin v. Piazza, José y otro, J.A 1987-I- síntesis; CNFed., Sala II Cont. Adm., 30/10/79, L.L. 1982-A-573”.

⁷ REIMUNDIN, Código Procesal p.340; FASSI, Código, t. I, p. 416.

⁸ Revista de Derecho Procesal 2007-1 Nulidades, RUBINZAL CULZONI p. 59

sufrido del que derivaren el interés en obtener la declaración y mencionar en su caso las defensas que no ha podido obtener...

No hay nulidad sin perjuicios, motivo por el cual el principio de trascendencia resulta inexcusable de observar para la viabilidad de una nulidad procesal.

El nulidicente debe señalar en forma expresa no solo los perjuicios sufridos sino además las defensas que se hubiera visto privado de oponer⁹.

El principio de trascendencia, aplicable a las nulidades procesales, impone a quien promueve el incidente expresar el perjuicio sufrido y enumerar las defensas que se ha visto privado de articular que pongan de relieve el interés jurídico lesionado.

Por este motivo se ha entendido por nuestra jurisprudencia que este constituye uno de los requisitos de procedencia de las nulidades procesales ya que no es posible nulidad alguna sin que exista desviación trascendente, pues de ella deriva el perjuicio que la haya ocasionado al interesado el acto presuntamente irregular.

El incidente de nulidad debe promoverse dentro del quinto día de haber tomado conocimiento la parte del vicio que invalida el acto, reunir los requisitos que hacen a su admisibilidad, en especial los que informa el principio de trascendencia.

Es necesario reunir como requisitos de admisibilidad del incidente de nulidad la existencia de un acto irregular; existencia de la sanción de la nulidad específicamente prevista en la ley; debe existir un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicios a algunas de las partes; debe mediar petición de parte; el peticionante no debe haber participado en la comisión del acto cuya nulidad peticiona; no procede cuando ella es indiferente a los fines del proceso; tampoco cuando fue consentida tácita o expresamente por el nulidicente .

⁹ El principio de trascendencia, aplicable a las nulidades procesales, requiere que quien invoca la nulidad debe alejar y demostrar que el vacío le ocasiono un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino que con el acogimiento de la sanción. El art 172 del CPN exige que quien lo promueve debe enumerar las defensas que se vio privado de articular, que ponga de relieve el interés jurídico lesionado, además del perjuicio sufrido (CNCiv., sala C-25-8-99, “Ramonda de Madera, Elena c/La Capital SCA c/Escrituración”, E.D. del 19/05/2000, p.8; id., 16/11/99, “Da Costa, Mario Francisco c/ Mantette, Rafael Eduardo Maria s/Danos y Perjuicios”, E.D. del 30-8-2000, p.8).

Es menester demostrar concretamente el daño que el acto viciado ocasiona y que el mismo no cumpla con la finalidad querida por la ley.

Incidente de Nulidad en el CPCC de la Provincia de Jujuy

En el código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy encontramos regulados en el título III los actos procesales en el capítulo VIII nulidad de los actos art. 179 y ssgtes.y en el título V capítulo I se encuentra regulado el incidente.

El incidentista debe cumplir en oportunidad de deducir el incidente de nulidad el recaudo de expresar concretamente las defensas o excepciones que se vio privado de oponer. Ello no es un mero recaudo formal, sino una verdadera carga procesal que sirve para acreditar la seriedad del planteo, pues de otro modo podría suceder que en realidad no existan defensas que oponer y se solicite la nulidad con fines dilatorios, obstruyendo el normal desenvolvimiento del proceso, sin ningún fundamento valido¹⁰.

Es doctrina del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy que aun cuando hubiere existido inobservancia de la formas, siendo menester que el recurrente invoque y demuestre en que consiste el gravamen que le ha ocasionado la violación de las formas, toda vez que no hay nulidad por la nulidad misma.

Quien solicita que se declare una nulidad procesal, debe expresar las defensas que se ha visto privado de oponer, pues caso contrario carece la misma de utilidad práctica, siendo en consecuencia improcedente, toda vez que la función específica de la nulidad no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a estas por la ley para ser efectiva la garantía de la defensas en juicios¹¹.

Con relación a la invocación del perjuicio sufrido como consecuencia de la notificación viciada, el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy ha dejado establecido que, el caso de excepción típico del presupuesto de acreditación del perjuicio, lo constituye en materia de notificación, la nulidad de notificación de la demanda. Viciado de nulidad, el

¹⁰ STJ 12/05/2000. Expte-N32/00, caratulado Recurso de Institucionalidad int. Expte. N72.5554/1/99: Walter Armando Castillo c/Estado Provincial .L.A. N 43, F465/468, N 173.

¹¹ STJ Jujuy, 19/03/200, Fernando Galarza c/Banco de la Provincia de Jujuy, L.A. N 45, F 173/175,N 74

acto de notificación del traslado de la demanda, el accionado se ha encontrado impedido de especificar las defensas que se ha visto privado de oponer, toda vez que no tuvo conocimiento de los términos de la demanda iniciada en su contra. Basta en este caso la invocación de tales circunstancias (restricción de la garantía constitucional de defensa) para que sea viable la nulidad, pudiendo excusarse la mención expresa y circunstanciada, que para la generalidad de los casos se requiere (conf. Jurisprudencia de este tribunal)¹².

Incidente de nulidad en el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Nos parece apropiado hacer referencia al tema que nos ocupa en el Anteproyecto de CPCCN, en su transcripción, el **Título V INCIDENTES**, en el cual el art. 115 “Cuestiones incidentales. Se resolverán en la audiencia las incidencias que ocurrieren durante su tramitación...

Art. 116. Continuidad del proceso principal. Los incidentes no suspenderán la prosecución del proceso principal, a menos que este código disponga lo contrario o que así lo resuelva el juez, por considerarlo indispensable debido a la naturaleza de la cuestión planteada. La resolución sobre la continuidad del proceso principal será inapelable.

Art. 117. Requisitos. El escrito que contenga una petición sobre una cuestión incidental deberá ser fundado clara y concretamente en los hechos y en el derecho, ofreciéndose en el toda la prueba...

Art. 118. Si el incidente promovido fuere manifiestamente improcedente, el juez lo rechazara sin más trámite.

Art. 119. Prueba pericial y testimonial.

Art. 120. Tramitación y finalmente el art. 121. Traslado y contestación. Si el juez admitiera el incidente dará traslado por cinco (5) días a la otra parte, quien al contestarlo deberá ofrecer la prueba....

¹² STJ 7/12/2000. Expte. N 220/00, caratulado: Recurso de Inconstitucionalidad int. en Expte N B-40.702/ I/00: Inc de nulidad en el Expte N B-40.702/99 Ordinario...: María B Lourdes Carlos c/ Jose Coletti y otro. L.A. N 43, F 1207/1211, N 450.

El Título VI contempla los supuestos de NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA DE LOS ACTOS PROCESALES.

Así en el Art. 122. Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos procesales cuando dicha sanción se encuentra prevista expresamente por la ley.

Son de Nulidad relativa los actos procesales cuando dicha sanción se encuentra prevista expresamente por la ley o cuando aún a falta de texto legal expreso, el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Art. 123... Vías. La nulidad de un acto procesal puede ser declarada por vicios de forma o de su contenido.

Las vías para plantear la nulidad son las siguientes:

- a) El incidente cuando el vicio radica en un acto de tramite;
- b) La excepción
- c) El recurso, cuando el vicio radica en una resolución judicial;
- d) La acción autónoma, cuando se pretende la nulidad de una sentencia firme dictada en proceso viciado.

Art. 124. Nulidades absolutas. Las nulidades absolutas deberán ser declaradas, aun de oficio, en cualquier estado o instancia del proceso y no admiten subsanación.

Art. 125. Nulidades relativas: No se podrá declarar la nulidad relativa si el acto, no obstante su irregularidad, logro la finalidad a la que estaba destinado.

La parte que hubiera dado lugar a la nulidad relativa, no podrá pedir la invalidez del acto realizado.

Quien promoviere el incidente deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer.

La nulidad relativa no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido por la parte interesada en la declaración.

Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere el incidente de nulidad dentro de los cinco (5) días subsiguientes al conocimiento del acto.

Se rechazara sin más trámite el pedido de nulidad que fuere manifiestamente improcedente o no cumpliera con los recaudos que se exigen en este código.

Como vemos del anteproyecto de código se desprende que el espíritu del mismo es acotar los tiempos procesales, en miras a mejorar el sistema actual.

Conclusión:

Claramente se advierte que el incidente nulidad tiene por objeto subsanar omisiones o defectos del procedimiento en sí, con lo cual debe interponerse cuando se configuren los requisitos establecidos por la ley para su procedencia, y no a los fines dilatorios del proceso por parte del incidentista, como a veces ocurre en la práctica.

Debemos hacer un buen uso de esta vía a los fines de preservar la seguridad jurídica que implica necesaria e ineludiblemente el respeto a las formas y plazos procesales en nuestro ordenamiento jurídico.