

## CAPÍTULO VII

### NULIDAD

1.	Conceptos preliminares . . . . .	141
2.	El principio general . . . . .	141
3.	Nulidad de la resolución . . . . .	142
3.1.	Vicios concernientes a la génesis de la decisión . . . . .	143
3.1.1.	El órgano jurisdiccional . . . . .	143
3.1.2.	Las partes . . . . .	146
3.2.	Vicios concernientes al contenido de la decisión . . . . .	148
4.	Nulidad del trámite . . . . .	149
5.	Nulidad de la medida y nulidad de la ejecución . . . . .	152

## **Capítulo VII**

### **NULIDAD**

**SUMARIO:** 1. Conceptos preliminares. 2. El principio general. 3. Nulidad de la resolución. 3.1. Vicios concernientes a la génesis de la decisión. 3.1.1. El órgano jurisdiccional. 3.1.2. Las partes. 3.2. Vicios concernientes al contenido de la decisión. 4. Nulidad del trámite. 5. Nulidad de la medida y nulidad de la ejecución.

**1. Conceptos preliminares.** Entre dos cuestiones procesales, ¿puede una de ellas ser *más* procesal que la otra? La pregunta parece disparatada y seguramente lo es; pero de su respuesta depende de alguna manera la inclusión o no del presente capítulo en este libro. Veamos un poco las cosas: cuando nosotros hablábamos de *pretensión* revocatoria cautelar, estábamos aludiendo, claro está, a un instituto procesal. Mas este instituto está tan ligado a la pretensión de fondo —al punto de garantizar su satisfacción— que de pronto nos resistimos a considerarlo un mero *instrumento*. Ya dijimos que tratándose de la protección de los llamados *intereses difusos*, la pretensión cautelar es un fin en sí misma, carácter que se transmite a la pretensión revocatoria. Y aun en la tutela de intereses personalizados, como lo es el levantamiento de un embargo mediante tercería, cabe alguna asimilación entre la forma y el fondo de la pretensión esgrimida. Pero la nulidad es otro asunto: se trata nada más que de las formas. De ahí que pudiera revestir alguna incoherencia sistemática la inclusión de oposiciones por vicios procesales en el trámite de revocación cautelar. La decisión de incluirlas se adoptó, maguer esa posible objeción, en razones quizá puramente estéticas: no nos resignamos a dejar un vacío en el catálogo de herramientas que la ley pone a disposición del accionado en trance de reclamar contra las medidas cautelares dictadas en su perjuicio. Asumimos, pues, toda la responsabilidad científica por la añadidura.

**2. El principio general.** Perteneciente al área de la teoría general del derecho, el instituto de la nulidad se asume en el proceso cautelar con análogas características a las de cualquier otro tipo de proceso. No hay reglas especiales que lo distinguan. Por ello, el principio general de que la regularidad de las formas se ha establecido para asegurar el derecho de defensa, deberá inducirse en cada caso

con las mismas significaciones conceptuales.

En consecuencia, son aplicables a la nulidad del proceso cautelar los restantes corolarios del principio expuesto:

a) Las formas procesales son de carácter instrumental, por lo que su posible invalidez debe juzgarse atendiendo a la finalidad que en cada caso concreto están destinadas a satisfacer.

b) Las nulidades de procedimiento son relativas y, por lo tanto, confirmables, salvo que se hayan violado elementos esenciales del mismo.

c) Los vicios deben denunciarse en la instancia en que se producen.

d) El interesado en la declaración de nulidad debe alegar y probar la existencia de un perjuicio, demostrando de qué defensas le privó el acto irregular.

Respecto del instrumento procesal idóneo para reclamar la nulidad, es cuestión controvertida en la jurisprudencia y la doctrina. Un sector —sin duda mayoritario— se inclina por el incidente cuando se trata de cuestiones que preceden a la decisión, y del recurso si se quiere invalidar la decisión misma. En orden a las medidas cautelares no es fácil distinguir una situación de otra, y ello así, porque el trámite susceptible de atacarse no precede a la decisión, sino que la sucede<sup>1</sup>. De ahí que en nuestra opinión corresponda el incidente, salvo que se impugne el *contenido* de la resolución.

**3. Nulidad de la resolución.** Los vicios susceptibles de invalidar el auto que dispone una medida cautelar, conciernen a la gestación de la decisión, a su contenido, o a sus formas extrínsecas. No abor-

<sup>1</sup> “Los procesos de ejecución, empero, ofrecen la variante de que la sentencia definitiva debe complementarse con una actividad procesal ulterior que culmina con la entrega o transformación de los bienes embargados”, sostiene PALACIO (*ob. cit.*, IV, p. 38) en analogía válida para el proceso cautelar.

daremos los relativos a estas últimas porque pertenecen al tema de los actos jurídicos procesales y no presentan en el caso ninguna característica especial.

3.1. *Vicios concernientes a la génesis de la decisión.* Si algo de lo que llevamos dicho en el curso de este trabajo merece ser enfatizado, es el debilitamiento del principio dispositivo en orden a las medidas cautelares. Recordemos que el artículo 196 del Código Procesal de la Nación admite la validez de las ordenadas por juez incompetente, siempre que hayan sido dispuestas de conformidad con las prescripciones del capítulo respectivo<sup>2</sup>; que el artículo 204 del mismo código faculta al juez para disponer una medida distinta de la solicitada, o limitarla; que el artículo 220 autoriza el levantamiento de oficio cuando el embargo sea trabado sobre bienes que la ley exceptúa; etcétera. Empero, la oficiosidad no puede llegar tan lejos que se subroga totalmente a la voluntad de las partes, vulnerando el derecho de defensa. En tal caso, el vicio invalidante se halla en la génesis misma de la decisión, y hasta allí deberá llegar el escalpelo de la nulidad para removerlo. Un ejemplo de oficiosidad inaceptable es el del embargo de un bien distinto al denunciado por la parte, habida cuenta que si el juez se halla autorizado para sustituir medidas, no lo está para sustituir bienes<sup>3</sup>.

3.1.1. *El órgano jurisdiccional.* La regla general en materia de competencia, es de que la atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable (art. 1, CPN), y siempre que de la exposición de los hechos resultare no ser de la competencia del juez ante quien se de-

<sup>2</sup> Pensamos que la añadidura es superflua, en razón de que si la medida es dictada en violación a las prescripciones de la ley, ella será nula tanto si la dispone un juez incompetente como uno competente.

<sup>3</sup> Ver: IV, 4.2.

duce la demanda, deberá dicho juez inhibirse de oficio (art. 4, CPN); salvo en los asuntos exclusivamente patrimoniales, en los que no procede la declaración de incompetencia de oficio fundada en razón del territorio (art. 4, *in fine*, CPN).

Con sustento en tal regla, el artículo 196 del Código Procesal de la Nación aconseja a los jueces abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, recomendación que se nos ocurre ajena a la naturaleza de la norma jurídica, pues la ley no aconseja ni sugiere, sino que manda o prohíbe. La recomendación, por otra parte, carece de operatividad, visto que el párrafo segundo del mismo artículo declara la validez de la medida precautoria ordenada por juez incompetente, sujetándose a las disposiciones del capítulo, según llevamos dicho.

La polémica sobre el alcance de la excepción sigue abierta: mientras Ramírez limita la validez de la decisión cautelar sólo a la decretada por juez incompetente en razón del territorio<sup>4</sup>, el resto de la doctrina la extiende a los casos de incompetencia por la materia, valor o grado<sup>5</sup>. Consideramos necesario un análisis más detenido sobre el punto.

a) *En razón del territorio*: no cabe la declaración de oficio, tratándose de asuntos exclusivamente patrimoniales, por lo que la medida decretada por juez incompetente será válida.

b) *En razón de la materia y el valor*: será válida en supuestos excepcionales, por motivos de suma urgencia y para resguardar el derecho reclamado<sup>6</sup>. “Podría decirse que sobre la plataforma común

<sup>4</sup> *Ob. cit.*, p. 26/27.

<sup>5</sup> DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 67 y siguientes.

<sup>6</sup> CNCiv., sala C; JA, Rep. 1983, p. 523, sum. 3. Así, el embargo preventivo puede ser dictado también por los jueces de paz en asuntos que por su cuantía corresponda a los jueces de primera instancia, en los partidos que disten más de 50 kilómetros del punto donde se hallen situados los tribunales competentes (C1a. Apel. Mar del Plata; La Ley, 123-911).

de la verosimilitud y el peligro en la demora, habrán de reunirse notas inusuales en torno de este último extremo, de una gravitación tal que no permitan recurrir al juez competente. Una suerte de medida cautelar dentro de las medidas cautelares. Una situación fáctica conforme a la cual sea necesario presentarse ante el primer juez que se tenga a mano, pues de lo contrario la frustración del derecho acarrearía irremediablemente”<sup>7</sup>.

c) *En razón del grado*: la regla *tantum appellatum quantum devolutum*, al adjudicar a los tribunales de alzada competencia para entender exclusivamente en el capítulo objeto del recurso, los priva del conocimiento de toda otra gestión. De ahí que no puedan decretarse medidas cautelares en segunda instancia. La solución parece dura, frente a la necesidad de un procedimiento expeditivo sustentado en los peligros de la demora. Incluso parece antifuncional, como si se pidiera un embargo preventivo en virtud de la confesión expresa o ficta producida en la Cámara. Mas ninguno de esos argumentos puede prevalecer sobre la estructura de los organismos jurisdiccionales, cuyas atribuciones en cuanto al ejercicio de la competencia son de orden público. Por otra parte, la ley asegura al litigante que pide o soporta una medida cautelar, el derecho a la doble instancia. Así resulta del último párrafo del artículo 198. En consecuencia, la decisión sobre una medida precautoria requerida directamente a la alzada, privaría a las partes de la posibilidad de revisión por mayor juez<sup>8</sup>.

Resumiendo, las medidas cautelares dictadas por juez incompetente en razón del territorio, son siempre válidas; las dictadas por

<sup>7</sup> DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 69/70.

<sup>8</sup> ACOSTA, José V., *Procedimiento civil y comercial en segunda instancia*, II, p. 245. *Conf.*: STSF, S 2a. CC: Los tribunales de segunda instancia carecen de competencia originaria para pronunciarse respecto de la suspensión de un desalojo o de una medida de no innovar (J., 18-108).

juez incompetente en razón de la materia y el valor, tendrán validez en tanto y en cuanto concurren circunstancias extraordinarias de urgencia y peligro en la demora; y las dispuestas por juez incompetente en razón del grado, son siempre nulas. Este último aserto nos conduce a otro aspecto de la génesis de la decisión judicial: el de la sentencia ya dictada por el juez de primera instancia. Siendo que devendría nula la medida en caso de ordenarse por el tribunal de alzada, no ocurre lo mismo con la que decreta el primer juez, aun habiéndose desprendido de los autos principales. Ello así, porque conserva —entre otros— el llamado *poder cautelar*, conforme lo dispone el artículo 166, inciso 3 del Código Procesal de la Nación.

Puede detectarse todavía una causa más de nulidad en la etapa de gestación de la medida precautoria: cuando se dicte antes de deducida la demanda si de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente (art. 195, CPN), lo que sucedería en los casos previstos por los artículos 1295 y 1684 del Código Civil.

3.1.2. *Las partes*. De acuerdo a lo dicho *supra* (3.1.) el debilitamiento del principio dispositivo en materia de medidas cautelares no alcanza para subrogar totalmente al tribunal en la voluntad de las partes; el juez podrá disponer de oficio una medida distinta a la solicitada, o limitarla, o levantarla en circunstancias que la ley prevé; pero le está vedado decretarla<sup>9</sup>. Si lo hiciere, la resolución será nula. En consecuencia, la medida precautoria debe dictarse siempre a pedido de parte<sup>10</sup>.

¿Puede el litigante requerir la medida sin patrocinio letrado? En el sistema del Código Procesal de la Nación la respuesta es nega-

<sup>9</sup> Conf.: DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 62.

<sup>10</sup> De ahí que el art. 166, inc. 3, CPN, citado más arriba, incurre en redundancia al facultar al juez, después de dictada la sentencia, para ordenar medidas precautorias "a pedido de parte".

tiva, según los términos del artículo 50, que impide a los jueces proveer ningún escrito en el que "...sustenten o controviertan derechos", teniéndoselo por no presentado y devolviéndoselo al firmante, si dentro del segundo día de notificada por ministerio de la ley la providencia que exige el cumplimiento de ese requisito no fuese suplida la omisión (art. 57, CPN). La solución es distinta en el Código de Buenos Aires, por no haberse derogado por la ley vigente el artículo 190, inciso 1 de la ley 5177, que exceptuaba del patrocinio la solicitud de medidas precautorias<sup>11</sup>. Tampoco en Santa Fe se exige el recaudo, de conformidad a lo previsto por el artículo 31, inciso 2. La ley cordobesa, en cambio, al no exceptuar la dirección letrada en caso de medidas precautorias (art. 17) debe adscribirse al régimen del Código Procesal de la Nación.

Ahora bien: suponiendo que no obstante la prohibición legal (en los códigos que la contemplan) se despachase la medida solicitada, sin patrocinio letrado, la resolución no es nula, como lo tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia<sup>12</sup>.

Las cosas son diferentes cuando se actúa por medio de apoderado: el artículo 46 del Código Procesal de la Nación manda se acompañen con el primer escrito los documentos que acrediten la representación invocada, acordando un plazo de veinte días si se alegare imposibilidad de presentarlos, bajo apercibimiento de tenerla por inexistente. A su vez, el artículo 48 admite la intervención del gestor en casos de urgencia, pero en el término de cuarenta días debe acompañarse el poder o ratificarse la gestión, y de no cumpli-

<sup>11</sup> *Conf.*: MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. II-A, p. 991; Ed. Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984. DE LAZZARI, *ob. cit.*, p. 65/66.

<sup>12</sup> La falta de patrocinio letrado no se halla sancionada con nulidad por la ley procesal (C. 2a. CCSF; J., 7-215). La falta de patrocinio letrado no produce *per se* la nulidad del acto que se ha llevado a cabo sin él, ni puede ser alegado por quien realizó éste (C. 1a. CCSF; J., 6-437).

mentarse estos extremos “será nulo todo lo actuado”. De tal manera, la medida precautoria obtenida por quien no acredita su representación en los plazos legales, o no obtuviese la ratificación de los actos realizados, es nula de pleno derecho: si el gestor invocó la franquicia del artículo 48 del rito y no acreditó dentro del plazo su personería, es nulo todo lo actuado por él, sin que sea necesaria la resolución judicial que así lo declare <sup>12-1</sup>.

Por fin, el segundo párrafo del artículo 195 del Código Procesal de la Nación impone al peticionante la obligación de expresar en el escrito: el derecho que pretende asegurar, la medida que pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que correspondan en particular a la medida requerida. El incumplimiento de tales extremos hace al *mérito* de la decisión cautelar y no a su forma, por lo que procederá la revocatoria o apelación directa, mas no la nulidad.

3.2. *Vicios concernientes al contenido de la decisión.* Las medidas cautelares deben ser ordenadas por auto o providencia sumariamente fundada<sup>13</sup>, y en ausencia de todo fundamento procede su anulación<sup>14</sup>. El punto puede ser polémico, porque la ley no prescribe reglas especiales acerca de los enunciados que ha de contener la decisión cautelar. En algún momento antes de ahora dijimos que se trata de una *providencia simple* (III,2.1.1.) y que en razón de investir tal naturaleza escaparía a la necesidad de fundarlas, como es el caso de las sentencias definitivas e interlocutorias (art. 34, inc. 4, CPN). La doctrina, al estudiar el tema en trance de establecer qué recursos deben interponerse contra los autos que admiten o deniegan una medida precautoria, convino —no sin muchas vacilaciones

<sup>12-1</sup> SC Buenos Aires; JA, 1978-III, p. 76.

<sup>13</sup> Conf.: C1a. Civ. en Doc. y Loc. Tucumán; J.A. , Rep. 1983, p. 525, sum. 18. PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 99/100, 2a. ed.

<sup>14</sup> Ver jurisprudencia citada en notas 18 y 19 del Cap. III.

y alguna disidencia— en caracterizarlos como providencias simples. ¿Cuál es la razón, entonces, para exigir que deban ser sumariamente fundadas en los hechos y el derecho, y en sancionar con nulidad la omisión del fundamento? A nuestro modo de ver la respuesta tiene que buscarse en la virtualidad de ocasionar gravamen irreparable que tiene la decisión cautelar<sup>15</sup>. Si puede ser revisada por mayor juez, parece evidente que el control de su razonabilidad será posible sólo mediante el examen de sus fundamentos, y la falta de éstos, impide al justiciable determinar en la queja si ha sido privado de su derecho en nombre de la ley o por un mero acto de autoridad.

Debe señalarse, empero, que no siempre la ley guarda silencio sobre la necesidad de que el juez explicité los motivos que sustentan su decisión: por lo menos en una oportunidad, exige expresamente la fundamentación de la providencia cautelar, y es cuando se prorroga el plazo de duración de la intervención judicial (art. 225, inc. 3, CPN). De lo que se infiere que en su defecto, se produce la nulidad de la prórroga.

**4. Nulidad del trámite.** La ejecución de las providencias cautelares, salvo el caso del embargo, no se halla sujeta a formas explícitamente conminadas por la ley; por ello, las nulidades que se producen en esta etapa deben deducirse de los principios generales que rigen el proceso. O sea, corresponde en primer término invocar un interés legítimo y demostrar el perjuicio ocasionado por el acto irregular. En tal sentido se ha resuelto que el demandado, al promover la nulidad del mandamiento, debe cumplir los requisitos exigidos por el artículo 172 del Código Procesal de la Nación, expresando el perjuicio sufrido y el interés que procura proteger<sup>16</sup>. No es nulo, por lo tanto, el mandamiento de embargo diligenciado sin in-

<sup>15</sup> *Conf.*: PALACIO, *ob. cit.*, V, p. 13.

<sup>16</sup> CNCom., sala A; ED, 23-821.

tervención de letrado, habida cuenta que tal requisito no surge ni del texto ni del espíritu del artículo 56 del Código Procesal de la Nación<sup>17</sup>. En cambio se declaró nula la diligencia de embargo que se llevó a cabo sin comprobarse fehacientemente la existencia de cada mueble en el lugar, lo que ha impedido determinar con precisión cuáles fueron los bienes efectivamente embargados<sup>18</sup>. También es susceptible de nulidad el embargo que se trabe sobre otros bienes que no sean los involucrados en la decisión cautelar: la mera invocación de una supuesta subrogación real no cohonesto la traba de un embargo que debe reputarse indebido, por recaer sobre objetos distintos de aquellos respecto de los cuales se ordenó la medida. La interesada en la diligencia no puede, en forma unilateral y con olvido del procedimiento judicial que, en principio, es de insoslayable observancia en la materia, sustituir los bienes que, previamente determinados, debían ser motivo de la cautela<sup>19</sup>. Asimismo, el embargo de un bien que pertenece a quien no es el deudor, sino a una persona que había fallecido y cuyos datos personales no coincidían, hacen procedente el incidente de nulidad<sup>20</sup>.

Existen aun otras circunstancias ante cuyo advenimiento corresponde decidir si el procedimiento cautelar se halla o no viciado: a) *Ignorancia del domicilio del ejecutado*: no procede diligenciar el mandamiento<sup>21</sup>. b) *Embargo por mayor suma de la debida*: conforme lo determina el artículo 531 del Código Procesal de la Nación, el oficial de justicia “procederá a embargar bienes suficientes, a su juicio, para cubrir la cantidad fijada en el mandamiento”. ¿Qué ocurre si no obstante el embargo es excesivo? Previamente es preciso formular una aclaración: si el exceso atañe a la suma fijada en el

<sup>17</sup> CNCiv., sala F; ED, 45-582.

<sup>18</sup> CNCCom., sala B; ED, 47-614.

<sup>19</sup> CNCiv., sala D; ED, 58-154.

<sup>20</sup> CNCCom., sala C, en MORELLO, *Códigos Procesales...*, t. II, p. 815.

<sup>21</sup> *Conf.*: PODETTI-GUERRERO LECONTE, VII-A, p. 202, Nro. 96.

mandamiento (por ejemplo, si en él se establece un total de A100 y el funcionario embarga hasta cubrir A 110) la traba será nula, ya que sólo el juez está provisto de facultades para señalar el monto del embargo, y esas facultades no podrían ser usurpadas por un órgano auxiliar de la jurisdicción<sup>22</sup>. Pero si el exceso concierne a la cantidad de bienes que a criterio del funcionario debe embargarse para cubrir el monto dispuesto por el juez, pensamos que ello no es causal de nulidad, toda vez que la ley difiere el punto al “juicio” del oficial; queda de cualquier manera al ejecutado el derecho de reclamar la liberación de los bienes embargados en exceso. c) *Falta de denuncia del ejecutante y del deudor*: Podetti-Guerrero Leconte sostienen que puede trabarse embargo por iniciativa del oficial de justicia<sup>23</sup>, criterio que no compartimos, pues si ni el mismo juez está autorizado a denunciar bienes de oficio, menos lo estaría su auxiliar. d) *Bienes que no están a la vista*: el embargo no se puede trabar sino a la vista del bien<sup>24</sup>. e) *Falta de notificación del embargo*: la ley dispone que no estando presente el deudor, el embargo se le hará saber dentro de los tres días siguientes al de la traba (art. 531, inc. 2). Pero la falta de notificación no causa su nulidad<sup>25</sup>, quedando sólo en suspenso el plazo para recurrir.

Nos resta decir que si bien el artículo 198 del Código Procesal de la Nación, impide que la articulación de un incidente provoque que se detenga la ejecución de la medida precautoria, no obsta al planteamiento del incidente de nulidad, cuya resolución podrá tener efectos una vez que el embargo se trabó<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> *Contra*: CNCiv., sala A; La Ley, 114-838, Nro. 10.064, aunque no hemos tenido acceso al fallo íntegro para precisar si se trata de la misma cuestión. En la síntesis se lee que en caso de reclamarse una suma distinta a la adeudada sólo cabe ajustar la sentencia a la suma realmente debida.

<sup>23</sup> *Ob. cit.*, VII-A, p. 207, Nro. 98.

<sup>24</sup> CApel. Santa Fe, CC, La Ley, 134-524.

<sup>25</sup> FASSI, *ob. cit.*, II, p. 487.

<sup>26</sup> CNCiv., sala D; La Ley, 133-977, Nro. 19.341.

**5. Nulidad de la medida y nulidad de la ejecución.** El artículo 545 del Código Procesal de la Nación dispone que “el ejecutado podrá solicitar, dentro del plazo fijado en el artículo 542, por vía de excepción o de incidente, que se declare la nulidad de la ejecución”. El remedio acordado por la norma citada es distinto del que venimos estudiando: éste se refiere exclusivamente al procedimiento cautelar, independientemente del proceso al que resulte accesorio; aquél comprende —como lo dice el texto— a la ejecución. Por ello es que en sus dos incisos menciona la intimación de pago y la preparación de la vía ejecutiva, actos que aunque relacionados con la cautela, están fuera de ella.

Y así como los remedios son distintos, por ser diferentes sus respectivos objetos, también son distintas las consecuencias que resulten de uno y otro: cuando se anula la medida, ésta pierde validez inmediatamente que el auto respectivo quede firme; en cambio, cuando se anula la ejecución, el embargo se mantiene con carácter preventivo durante quince días contados desde que la resolución quede firme y caduca si en ese plazo la ejecución no se reinicia (art. 546, CPN).