

CAPÍTULO PRIMERO
CONTINGENCIAS GENERALES

1. Escritos. Firma	1
2. Escritos. Presentación	2
3. Terceros. Intervención	4
4. Terceros. Intervención. Recurso de inaplicabilidad de ley	11
5. Terceros. Intervención. Obligatoriedad	15
6. Nulidad procesal. Carácter	17
7. Nulidad procesal. Ausencia de citas legales	20

CAPÍTULO PRIMERO

CONTINGENCIAS GENERALES

1. *ESCRITOS. FIRMA*

Considerando: Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en orden a que el escrito judicial que carece de firma debe reputarse un acto procesal inexistente (conf. c. 266.469, 25/9/80) pues si los escritos judiciales son instrumentos privados que adquieren fecha cierta por el cargo (conf. Fassi, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, p. 220, § 435), la ausencia de la firma torna inexistente el acto procesal que en él se pretende instrumentar, toda vez que constituye la carencia de uno de sus elementos esenciales para su configuración en el mundo jurídico, es un *non esse* (art. 1012, Cód. Civil y art. 76, RJN).

En consecuencia, la subsanación de dicha carencia en uno de los elementos para la debida configuración del acto jurídico-procesal no puede generar efecto retroactivo como se desprende de la providencia recurrida que intima a la parte incumplidora a llenar dicho requisito bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado. Por el contrario, debió directamente haberse dispuesto su desglose y su devolución al interesado, pues el escrito de contestación de demanda carecía de uno de los elementos para su debida materialización en el proceso.

Y ello por cuanto el plazo para contestar la demanda es perentorio (art. 155, Cód. Procesal) de modo tal que si la reiteración del escrito o en su caso la colocación de la firma o firmas faltantes se produce con posterioridad a su vencimiento produce el mismo efecto que su incontestación.

No corre tampoco mejor suerte la cuestión relativa a que la providencia que se dictó como consecuencia de dicha actuación

procesal fue consentida, pues a diferencia de lo que ocurre en materia de nulidades procesales, que rige el término preclusivo de cinco días consagrado por el art. 170 *in fine*, la inexistencia de un acto por ausencia de un elemento esencial no requiere una expresa declaración judicial que así lo establezca y si fuera el caso, como ocurre en la especie, en que puede darse una "aparición de acto procesal válido" ella puede tener lugar sin límite temporal alguno (conf. Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. IV, p. 154; Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, p. 628 y autores citados en nota 24; García Sánchez, Edgar, *Las nulidades procesales y el acto jurídico inexistente*, LL, 130-673).

Por estas consideraciones, se resuelve revocar la providencia de fs. 35 y tener por no contestada la demanda. Pedro R. Speroni - Jorge E. Beltrán - César D. Yáñez (Secr.: Susana M. R. Lima)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Qué naturaleza tiene un escrito judicial sin firma?
- 2) ¿Tiene efecto retroactivo la subsanación de dicha carencia?
- 3) ¿Qué hizo el juez de primera instancia?
- 4) ¿Cuál fue el criterio de la Cámara?
- 5) ¿Qué quiere decir que un plazo es perentorio?
- 6) ¿Puede convalidarse un acto inexistente?

2. ESCRITOS. PRESENTACIÓN

Considerando: Tiene resuelto la Sala en concordancia con reiterada jurisprudencia y autorizada doctrina en la materia, que es inadmisibles la sujeción en el desarrollo del proceso a un formalismo excesivo, puesto que las formas no tienen un fin en sí mismas

* CNCiv, Sala F, 13/10/80, "Molas, C. A. y otra c/San Bernardo Atlántica SA", ED, 92-575.

sino que son un instrumento para asegurar la defensa en juicio de las personas y de los derechos (conf. Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2ª ed., p. 267; Podetti - Guerrero Leconte, *Tratado de la competencia*, nº 17; Morello y otros, *Códigos Procesales*, 1982, t. I, p. 651 y t. II-C, p. 317, ap. c; Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 57; *Fallos*, 238:550; CNCiv, Sala G, R. 277.863, 26/2/82; íd., íd., R. 28.889, 30/4/87; íd., R. 30.755, 9/6/87; íd., íd., R. 30.781, 9/6/87; íd., íd., R. 32.250, 11/9/87; íd., íd., R. 32.817, de 28/9/87).

Consecuentemente, si bien las partes deben cumplir las formas que fija la ley, como se dijera en la resolución de fs. 348 y lo recuerda el *a quo* en su decisorio, ésta no es una regla inflexible sino que su aplicación debe atenderse de acuerdo a cada clase de acto a cada situación particular, para evitar que se agrave aquella garantía de defensa de raigambre constitucional que, junto con la búsqueda de la verdad objetiva, debe ser el norte de toda actividad jurisdiccional.

Así, no puede dudarse la trascendencia que tiene la contestación de la demanda y la oposición de excepciones para el ejercicio de aquella garantía y, por ende, la ponderación —como ocurre en el caso— de si se cumplieron o no las formas impuestas por la ley, debe hacerse con extrema estrictez, tratando de desentrañar si el incumplimiento de alguna de ellas pudo ser el resultado de un error excusable o inexcusable.

La parte demandada presentó los escritos a los que se refiere la providencia de fs. 194 en esta Sala en lugar de la Secretaría donde tramita el proceso. Pues bien más allá de los fundamentos subjetivos y de hecho que se alegan en el memorial, no se advierten fundamentos de derecho que puedan conducir a que por ese accionar pueda dársele por perdido el derecho que ejerce en ellos.

En efecto, los obrados se encontraban en la alzada como consecuencia de un recurso de apelación que interpusiera la misma actora en un proceso conexo. Por tanto de acuerdo con lo prescripto en el art. 32 del RJNCiv, a esta misma Sala le competiría entender en el presente proceso como en cualquier otro que encuadre en dicha norma. Va de suyo, entonces, que si los aludidos escritos se presentaron ante un tribunal competente en la causa, en tiempo oportuno y con las demás formalidades del caso, sin que tal proceder provocara agravio alguno a la contraparte, impli-

caría un excesivo ritualismo considerarlos mal presentados, tratándolos igual que aquellos a los que se refieren las citas del magistrado de primera instancia, ninguna de las cuales contempla la especial situación planteada en autos.

De esa manera, aún si se entendiera que pudiere haber existido un error en cuanto al lugar, cuando más sería excusable al tratarse del tribunal de grado superior con competencia en la causa.

Por ello, se resuelve revocar el decisorio de fs. 357 y mantener la providencia de fs. 194. Costas en ambas instancias en el orden causado atenta la especial naturaleza de la cuestión tratada, en virtud de la cual la actora pudo considerarse con derecho a la articulación (arts. 68, párr. 2º, y 69, Cód. Procesal). Ricardo L. Burnichon - Roberto E. Greco - Leopoldo V. Montes de Oca (Secr.: Carlos H. Peuriot Bouché)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Dónde presentó los escritos la parte demandada?
- 2) ¿Dónde debía presentarlos?
- 3) ¿Qué resolvió la Cámara?
- 4) ¿En qué se basó?
- 5) ¿Qué normas del Código Procesal resultarían aplicables?

3. TERCEROS. INTERVENCIÓN

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Russomanno dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 368/371, apelaron la actora –quien expresa agravios a fs. 386/388–, el demandado y los terceros citados, Adar SA y Patrigan SA –quienes se agravian en conjunto a fs. 389/391–, y Líder Compañía Argentina de Seguros SA citada en garantía por Patrigan SA, que no ha expresado agravios.

* CNCiv, Sala G, “Knapp, A. c/Molnar, J.”, 11/11/87, ED, 128-403.

II. La actora se queja de que la sentencia de primera instancia haya excluido de la condena a los terceros citados, señalando que, de tal modo, se disminuye el patrimonio llamado a afrontar las indemnizaciones. La señalada cuestión es también motivo de agravios del demandado Roberto Fischman y de los terceros citados Adar SA y Patrigan SA; en cambio, la aseguradora de esta última solicita que se desestimen tales quejas.

III. El *a quo* ha considerado que los terceros, citados en autos en virtud de lo establecido en el art. 94 del Cód. Procesal, no adquirieron el carácter de sujetos pasivos de la pretensión formulada en la demanda y, por lo tanto, no podían ser condenados.

Desde ya, anticipo que discrepo con el criterio expuesto por el juez de la instancia anterior.

En primer lugar, debe advertirse que la citación coactiva de terceros (art. 94, Cód. Procesal) procede no sólo cuando exista o pueda existir una acción de regreso contra el citado (p.ej., en el caso del art. 1123, Cód. Civil), sino en muchos otros supuestos, como cuando la relación jurídica hecha valer en el juicio es conexa o común con un tercero —caso del coautor del cuasidelito en que funda sus pretensiones el actor—, o cuando el deudor demandado entienda que el tercero es cotitular del crédito reclamado, o cuando, demandado el poseedor inmediato, éste declara quién es el portador mediato —*hominatio auctoris*— (conf. Fassi, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, p. 190, § 387). Por lo tanto, la posición procesal del citado depende de diversas circunstancias que deben valorarse en cada caso, sin que sea posible establecer una regla fija e invariable al respecto.

Es verdad que generalmente se efectúa la citación obligada de tercero como medio de habilitar una acción regresiva en su contra —como lo señala el *a quo*, con cita de Lino E. Palacio—, pero ello es así sólo “en términos generales” como dice ese mismo autor (*Derecho procesal civil*, t. III, p. 249), ya que escapan a esa regla casos como los que mencioné precedentemente (conf. Palacio, *op. cit.*, t. III, p. 250).

En principio, la citación obligada del tercero para que pueda hacerse parte en el proceso solamente puede pedirla el actor, y sólo excepcionalmente puede solicitarla el demandado, porque el accionante no puede ser obligado a litigar contra otro que el demandado originario; pero es generalmente admitido que “el juez

puede desestimar la oposición del actor en los supuestos en que, por razones de economía procesal, resulte manifiestamente conveniente la citación del tercero" (Palacio, *op. cit.*, t. III, p. 250 y 251).

Ahora bien, si el tercero citado coactivamente por decisión fundada del juez, como ocurre en el *sub lite*, comparece al juicio, contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y solicitando su rechazo, y a su vez reclama se cite en garantía a su asegurador, todo lo cual es proveído de conformidad y teniéndoselo por parte; o si contesta la demanda, pide su rechazo con costas, ofrece prueba y opone excepciones; ¿en que posición queda en el proceso?; ¿es parte demandada o no lo es?; ¿puede ser condenado o no?

Tales cuestiones han merecido respuestas disímiles, tanto en doctrina como en la jurisprudencia. Sólo a título de ejemplo, señalo que la tesis negativa a la última pregunta es defendida, entre otros, por Fenochietto y Arazi (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado*, Bs. As., 1983, t. 1, p. 344) y por la jurisprudencia mayoritaria del fuero (ver la obra precitada, *loc. cit.*, nota 2); en pro del criterio opuesto, es decir en defensa de la tesis positiva, cabe citar a Yáñez Álvarez (*La intervención de terceros en el proceso civil*, JA, doctrina 1970, p. 27 y 31), Fassi (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., 1971, t. 1, p. 192), y Colombo (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, 4ª ed., Bs. As., 1975, t. I, p. 208). En cuanto a la jurisprudencia que admite que el citado, en supuestos análogos a los expuestos aquí, pueda ser condenado, cabe citar CNEspCiv Com, Sala V, 31/8/83, JA, 1984-III-593; íd., íd., 7/4/83, JA, 1984-III-557; SCBA, 7/8/84, LL, 1985-A-594.

Para casos como el presente, en que los citados actúan en el proceso en defensa de intereses propios y controvierten las pretensiones del actor, considero que son partes demandadas en la causa, por lo que no pueden ser omitidos en la sentencia, la cual sin duda debe afectarlos como a los litigantes principales (art. 96, Cód. Procesal).

Es verdad que si el citado no propone demandas, ni lo hacen las partes contra él, no se convierte en parte aunque "permanece en la situación de tercero sometido a la resolución, con todos los derechos y deberes inherentes a tal calidad" (Chiovenda, Giuseppe,

Instituciones de derecho procesal civil, trad. de la 2ª ed. italiana, 1ª ed., Madrid, 1940, vol. II, p. 276); pero una vez ingresado al litigio, puede permanecer como espectador pasivo o bien adoptar diversas posiciones, como hacerse litisconsorte del actor o del primer demandado, coadyuvar con una parte, proponer demandas o reconvenir, y las partes a su vez puedan proponer contra él demandas, excepciones y reconvenções (Chiovenda, *op. cit.*, vol. II, p. 277).

Puesto que, como lo enseña el precitado tratadista italiano, “es parte aquel que pide en propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley, y aquél frente al cual es pedida” (*op. cit.*, vol. II, p. 265), cabe aseverar que, cuando el citado como tercero en virtud de una orden del juez del proceso comparece y se opone, en nombre propio, a las pretensiones del accionante y reclama su rechazo —todo con anuencia del actor— se convierte a su vez en demandado, y en tal caso cabe que se lo incluya en la sentencia. Como dice Colombo, “la sentencia gravita porque el tercero se ha convertido en parte, siempre y cuando se le haya acordado la posibilidad de intervenir en la oportunidad debida” (*op. cit.*, t. I, p. 208). Se trata, en tal caso, del citado coactivamente que asume una intervención litisconsorcial o autónoma, por lo cual está, como legitimado sustancial, en la misma posición procesal que una de las partes principales como litisconsorte; en consecuencia, la sentencia dictada después de su intervención “lo afecta como a los litigantes principales (art. 96, ap. 1ª, Cód. Procesal), precisamente porque ése es el motivo de la intervención” (Yáñez Álvarez, *op. cit.*, p. 27).

Por último, señalo que en mi opinión la inclusión del tercero, con intervención litisconsorcial o autónoma, en la sentencia y su ulterior ejecutabilidad contra él, no vulnera el principio de congruencia al condenar a quien originariamente no fue demandado, porque la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio, como lo establece el art. 163, inc. 6º, del Cód. Procesal (conf. SCBA, 7/8/84, voto del doctor Negri, LL, 1985-A-594).

Llego así a la conclusión de que el interventor litisconsorcial o autónomo que con anuencia o sin oposición del actor, actúa con autonomía en el juicio como litisconsorte del demandado, es parte y debe ser incluido en la sentencia.

Tal posición litisconsorcial es innegable, a mi entender, con respecto a las firmas "Adar SA, Comercial, Industrial y Financiera" y "Edifé SA" quienes fueron sucesivas propietarias del inmueble en que se efectuaron las obras de las que provinieron daños a la finca del actor teniendo en cuenta que la demanda fue originariamente dirigida contra el demandado principal "y quien resulta propietario del inmueble calle Santa Fe 4922/32". No obsta a esta conclusión la circunstancia que señala la sentencia apelada, de haber desistido el actor de su demanda contra quien, a fs. 15, indicara como presunto propietario de dicho inmueble, porque tal desistimiento lo efectuó el accionante "en atención a la documentación acompañada por 'Edifé SA' y lo manifestado por ésta en su escrito de contestación de demanda de fs. 106/109", lo cual implica evidentemente que, habiéndose demostrado que los propietarios de dicho bien fueron sucesivamente Adar SA y Edifé SA, la acción continuaba contra ellas y no contra quien había actuado en la compra como mandatario de la última.

En cuanto a "Patrigan SA", también considero que su intervención fue litisconsorcial del demandado principal; adviértase que éste fue demandado en su condición de arquitecto a cargo de la construcción de la obra vecina a la finca del actor, señalándose que "el desmoramiento del muro se debió indudablemente a que los responsables de la construcción... procedieron con evidente negligencia..." y que el accionado Fischman, al contestar la demanda admite haber sido el director de obra y pide que se cite a Patrigan SA por haber sido la firma que lo contrató para la construcción "pues era la encargada de la misma". De lo expuesto resulta, con claridad, que la pretensión del accionante en la demanda se dirigió contra el propietario del inmueble del que sostuvo que derivaron daños a su propiedad, y contra los responsables de la construcción a los que atribuyó culpa o negligencia. La calidad de empresa constructora de dicha obra atribuida a Patrigan SA no fue desconocida por ésta al contestar la demanda y fue expresamente reconocida por su representante legal al absolver posiciones.

Por lo tanto, juzgo que la sentencia debió incluir como codeemandados, además de Fischman, a las firmas "Adar SA", "Edifé SA" y "Patrigan SA", las dos primeras como sucesivas propietarias de la obra de la que provinieron los daños que reclama el actor y la última como empresa constructora de tal obra. Ello debe ser subsanado en este pronunciamiento, atendiendo el agra-

vio expresado al respecto por el actor y en conjunto por Fishman, Adar SA y Patrigan SA y, por ello, estos tres codemandados deben ser condenados; en cambio, no ocurre lo mismo con Edifé SA, que no apeló la sentencia y no hubo agravios de las partes a su respecto.

IV. Los demandados se agravian de que la sentencia, como fundamento de la condena, hiciera fe de las conclusiones de la pericia de ingeniero de fs. 283/287. Aducen que el perito no contestó en forma concluyente, sino dejando sentadas opiniones sólo basadas en presunciones, posibilidades o probabilidades.

En primer lugar, cabe tener presente que en sus dictámenes los peritos exponen opiniones, fundadas en sus conocimientos y experiencia. Además, la pericia de fs. 283/287 no fue observada ni impugnada por ninguna de las partes, y tampoco se solicitaron explicaciones al experto.

Esta Sala tiene resuelto que “una pericia sólo puede impugnarse mediante la demostración cabal de la incompetencia técnica y corresponde a las partes, en ejercicio del control de la litis, manifestar con oportunidad la disconformidad del resultado o pedir explicaciones aclaratorias”. “Omitido todo esto y a falta de otros elementos de juicio que contradigan la opinión del perito, ese dictamen valdrá como elemento decisivo para la resolución del juicio” (26/6/80, “Perel, Alberto O. c/Juan, Guillermo”, *ED*, 15-759, sum. 10).

Por lo tanto, considero que debe desestimarse el agravio.

V. La actora se queja, además, de que la sentencia apelada no contemple la actualización del monto de la condena hasta la oportunidad de su efectivo pago.

Considero que el agravio debe ser admitido ya que la indexación debe ser llevada hasta la fecha del pago de la deuda, en pro de la integridad del resarcimiento, asegurando así al acreedor el cumplimiento en moneda constante de lo que le es debido (conf. CNCiv, Sala F, 2/10/79, *ED*, 14-650, sum 348).

VI. La condena deberá extenderse a la citada en garantía “Líder Compañía Argentina de Seguros, SA” (ver fotocopia de póliza de fs. 72/78 y escrito de fs. 141) y en la medida del seguro (art. 118, ley 17.418) que, dada la posible existencia de pagos con relación al mismo siniestro que invoca la aseguradora y lo expresado por la perito contadora a fs. 344, deberá determinarse por vía de ejecución de sentencia.

VII. Por todo lo expuesto, disposiciones legales, doctrina y jurisprudencia citadas, propongo que se confirme la sentencia apelada con la salvedad de que el monto de la condena se actualizará desde la fecha de dicha sentencia hasta la fecha de su efectivo pago según las variaciones de los índices de precios al por mayor, nivel general, que publica el Indec y que se condena a su pago, con los intereses que indica dicho pronunciamiento, a los demandados Roberto Fischman, "Adar SA Comercial, Industrial y Financiera" y "Patrigan SA" en forma solidaria y a "Líder Compañía Argentina de Seguros SA" —esta última como aseguradora de "Patrigan SA" y en la medida del seguro, que se determinará por vía de ejecución de sentencia—, y con costas a cargo de los demandados en ambas instancias.

Los doctores Bueres y Ambrosioni, por razones análogas a las aducidas por el doctor Russomanno, votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada con la salvedad de que el monto de la condena se actualizará desde la fecha de dicho pronunciamiento hasta la fecha de su efectivo pago según las variaciones de los índices de precios al por mayor, nivel general, que publica el Indec y que se condena a su pago, con los intereses que indica, la sentencia confirmada, a los demandados Fischman, "Adar SA Comercial, Industrial y Financiera" y "Patrigan SA" en forma solidaria y a "Líder Compañía Argentina de Seguros SA" —esta última como aseguradora de "Patrigan SA" y en la medida del seguro, que se determinará por vía de ejecución de sentencia—, y con costas a cargo de los demandados en ambas instancias. Carlos E. Ambrosioni - Alberto J. Bueres - Mario C. Russomanno (*Secr.*: Antonio R. M. Coghlan)*.

PROPOSICIONES

1) ¿En qué carácter intervienen en el proceso las firmas "Adar SA", "Edifé SA" y "Patrigan SA"?

2) ¿Qué efectos tiene una sentencia con respecto a aque-

* CNCiv, Sala D, 6/11/85, "Del Plata Construcciones SA c/Fischman, R. y otro", LL, 1986-D-430.

llos que intervinieron en carácter de terceros (art. 94, Cód. Procesal)?

3) ¿Considera usted que un tercero puede ser condenado en un proceso? Funde su respuesta.

4) ¿Qué resolvió la Cámara al respecto?

5) ¿Que diferencia hay entre un litisconsorte y un tercero?

6) ¿Por qué el tribunal entiende que las firmas antes mencionadas asumen una posición litisconsorcial?

7) Confronte un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Especial Civil y Comercial, obligatorio para la nueva Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de acuerdo con el art. 5º de la ley 23.637, recaído en la causa "Carenzo, Julio A. c/Ortiz de Zárate, Isabel", 17/11/88. Informe qué criterio fue adoptado y si sería aplicable al presente caso el caso nº 4.

8) Confronte la solución del presente caso con la del fallo plenario indicado en el nº 4 y establezca las diferencias de criterio que encuentre.

9) Para una mejor comprensión del fallo se recomienda la lectura del comentario al mismo efectuado por Colombo, Carlos J., *El proceso con pluralidad de partes y las figuras procesales que lo integran*, LL, 1986-D-425.

4. TERCEROS. INTERVENCIÓN. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY

En Buenos Aires, a los diecisiete días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, en los autos "Carenzo, Julio A. c/Ortiz de Zárate, Isabel y/o propietario s/sumario", expte. 7560/88 -Reg. sec. gral.-, reunidos en Acuerdo Plenario los jueces de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, con el objeto de establecer la doctrina legal aplicable respecto de la siguiente cuestión:

"Si procede la condena del tercero citado a juicio, en los términos del art. 94 del Cód. Procesal, que compareció al pleito y éste se sustanció con su intervención plena, demostrándose que la controversia es común a todos los intervinientes".

A la cuestión propuesta, la mayoría, en forma impersonal, dijo:

El temario de la convocatoria a este acuerdo autoriza a formular consideraciones que llevan a determinar la respuesta negativa respecto al tema a tratar.

Fenochietto y Arazi (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., 1983, t. 1, p. 336) explican la finalidad de la citación al tercero al expresar: "Ella se hace a fin de anoticiar de la existencia del juicio por los efectos que pudiera tener la sentencia en un futuro proceso" y en la citada obra (ed. 1985, t. 1, p. 344) dicen: "El principal problema que plantea el artículo que comentamos -96, Cód. Procesal- es el de determinar si el tercero traído a juicio por el demandado y que, a su vez, estaba legitimado para ser demandado puede, eventualmente, ser condenado", pronunciándose en forma negativa, pues afirman que la sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio (art. 163, inc. 6º, Cód. Procesal). Si el demandante no pidió la condena contra el tercero, el juez no puede condenarlo ya que, si procediere de otra forma fallaría más allá de lo pedido. Otra es la situación, para los autores citados, si el actor pide ampliación de la demanda (*op. cit.*, t. 1, p. 345). Los nombrados aclaran: "El supuesto del artículo que comentamos -94- no es propiamente de intervención 'obligada'. El tercero intervendrá en el proceso si lo desea y su falta de respuesta a la citación no permite considerarlo rebelde" (p. 336).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (*LL*, 1982-B-473, 36.081-S), ha resuelto que la citación obligada del tercero, en los términos del art. 94 del Cód. Procesal, prevé entre sus hipótesis de admisibilidad el caso de la convocatoria a juicio de quien, por la relación jurídica que lo liga a una de las partes, pueda ser objeto de una eventual acción regresiva y a fin de cubrir el posible planteo de la *exceptio malis processus*, en el juicio ulterior.

La sentencia de condena a quien no fue demandado sino citado como tercero, se aparta de las normas que regulan la situación de quien interviene en tal carácter, habida cuenta de que sólo se posibilitó su intervención en aquella condición y no como accionado (conf. CNFedCivCom, Sala II, *LL*, 1983-D-642). Una cosa es dirigir la demanda contra otra persona distinta a la originariamente demandada, que de ser admisible esa ampliación sería citada como codemandada, y otra cosa diferente es solicitar la inter-

vención en el proceso de un tercero, a cuyo respecto el art. 96 de la legislación adjetiva no significa que se pueda llegar a un pronunciamiento donde se lo absuelve, o se lo condena (conf. Sala II, *ED*, 112-399 y Sala III del citado tribunal, *LL*, 1985-B-404).

La Sala I de la Cámara Federal de La Plata (*JA*, 1985-I-417) se ha pronunciado en el sentido de que la citación del tercero no introduce un nuevo protagonista principal en la contienda y el tercero citado no es un nuevo demandado, sino que el fundamento de la intervención coactiva del sujeto pasivo de una eventual pretensión regresiva, reside en la conveniencia de evitar que en el futuro proceso el demandado pueda argüir la *exceptio mali processus* o de negligente defensa. Con este alcance el art. 96 del Código citado establece que la sentencia afecta al tercero como a los litigantes principales pero ello no significa que pueda recaer condena contra él. La sentencia condenatoria sólo constituye antecedente favorable a la fundabilidad de la pretensión regresiva que se interponga frente al citado, pero no puede ejecutarse frente a éste (conf. CApelCivCom Junín, *ED*, 112-479). Por esto es que el comparendo del tercero al juicio –como sujeto procesal– no importa un deber sino una facultad procesal con la finalidad de hacer saber los derechos que estime le puedan corresponder. No cabe confundir el concepto de “tercero” con el de “parte”: aquél es todo sujeto al que eventualmente se permite incluir en el proceso en defensa de un interés propio (art. 90, inc. 1º, Cód. Procesal). La actividad será accesoria a la de la parte a la que se subordine (art. 91, párr. 1º).

La Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo en el fallo registrado en *JA*, 1987-I-88, síntesis, dijo que “la regla contenida en el art. 96 del Cód. Procesal según la cual la sentencia afecta a determinados terceros como a los litigantes principales no significa que pueda recaer la condena sobre ellos sino que, sólo constituye un antecedente favorable a la fundabilidad de la pretensión de regreso que se interponga frente al citado pero no puede ejecutarse contra éste”.

En igual sentido se ha pronunciado la CFed Paraná (ver fallo en *JA*, 1984-II-472; CNCiv, Sala C, *ED*, 65-143; 66-526; *id.*, Sala D, *ED*, 78-349; *id.*, Sala F, *ED*, 90-307; *id.*, Sala G, *LL*, 1985-D-204; *id.*, Sala A, *LL*, 1985-A-582; CNCom, Sala A, en autos “Ital Constr. SA c/Coop. de Vivienda Ltda. Martín Güemes”, síntesis publicada en *ED*, 124-280, sum. 916).

Por ello, votamos por la negativa, es decir, que no procede la condena del tercero citado a juicio, en los términos del art. 94 del Cód. Procesal, que compareció al pleito y éste se sustanció con su intervención plena, demostrándose que la controversia es común en todos los intervinientes.

En consecuencia el tribunal resuelve: 1º) Que no procede la condena del tercero citado a juicio, en los términos del art. 94 del Cód. Procesal, que compareció al pleito y éste se sustanció con su intervención plena, demostrándose que la controversia es común en todos los intervinientes.

2º) Coincidiendo la doctrina precedente con el fallo de la Sala III en lo que ha sido motivo del recurso de inaplicabilidad de la ley, confirmase la sentencia.

3º) Regístrese. Se deja constancia que no firma el doctor Vitacco por encontrarse en uso de licencia (art. 109, RJN) y que tampoco lo hace el doctor Lériida por ausencia circunstancial (art. 109, RJN). Archibaldo Mc Garrell - Marcelo Achával - Néstor Cipriano - Julio Ojea Quintana (*con ampliación de fundamentos*) - Eduardo Fermé (*con ampliación de fundamentos*) - Benjamín Zaccheo - Judith Lozano - Carlos Degiorgis - Jorge Almeida Hansen - Julio Moreno Hueyo - Carlos Polak - Jorge Giardulli - Emilio Pascual - Gladys Álvarez - Hernán Daray - Carlos Gárgano (*con ampliación de fundamentos*).

Ampliación de fundamentos de los doctores Gárgano, Fermé y Ojea Quintana. La citación del tercero tiene como finalidad que la sentencia a dictarse pueda serle oponible en un eventual proceso ulterior, pero ello no autoriza a dictar pronunciamiento en su contra si la parte actora no lo demandó (CSJN, 22/3/84, "Steimberg, J. c/Mana, SA y Prov. de Buenos Aires s/cobro de pesos", S-215-XVIII). El principio de congruencia procesal obsta a la posibilidad de su condena (art. 163, inc. 6º, Cód. Procesal) pues el actor no dirigió la demanda contra él (CSJN, 4/11/86, "Prov. del Neuquén c/Bigatti, M. J. s/cobro de pesos", N-176-XVIII; íd., 24/12/87, "Prada, I. R. c/Prov. de Buenos Aires s/daños y perjuicios", P-414-XX; íd., 16/2/88, "Discam, SA c/Prov. de Buenos Aires, s/daños y perjuicios", D-116-XXI). Carlos H. Gárgano - Julio M. Ojea Quintana - Eduardo L. Fermé.

La minoría dijo:

El tema que provocó esta convocatoria a plenario es controvertido tanto en doctrina como jurisprudencia. En favor de la

tesis que postula la inclusión en la condena al tercero traído a juicio se encuentra la norma del art. 96 del Cód. Procesal que prevé: “En todos los supuestos la sentencia dictada después de la intervención del tercero o de su citación, en su caso, lo afectará como a los litigantes principales”.

Cabe señalar en este sentido que el legislador ha querido evitar la actividad jurisdiccional múltiple y que el precepto mencionado no distingue entre el tercero y los litigantes entre ellos el de agilidad y economía procesal.

Por estos fundamentos la minoría vota en forma afirmativa al temario propuesto. Judith R. Lozano - Carlos R. Degiorgis Jorge A. Almeida Hansen - Julio R. Moreno Hueyo - Carlos Polak - Jorge A. Giardulli - Emilio M. Pascual - Gladys S. Álvarez*.

PROPOSICIONES

- 1) Confronte el presente caso con el n° 3.
- 2) ¿Cuál fue la cuestión propuesta en el plenario?
- 3) ¿Cuál fue el criterio de la mayoría? Funde su respuesta.
- 4) ¿Cuál fue el criterio de la minoría? Funde su respuesta.
- 5) ¿Cuál es la doctrina legal aplicable?
- 6) Confronte el presente caso con el n° 96.
- 7) Observe cómo se ha constituido la mayoría y la minoría.
- 8) ¿Qué forma asumen los votos de mayoría y minoría?
- 9) Los jueces de Cámara que lo estimen pertinente ¿pueden ampliar los fundamentos? ¿En qué plazo?

5. TERCEROS. INTERVENCIÓN. OBLIGATORIEDAD

Es principio generalmente adoptado en doctrina y jurisprudencia, que la intervención coactiva de tercero debe ser interpretada

* CNEspCivCom, en pleno, 17/11/88, “Carenzo, J. c/Ortiz de Zárate, J. y/o propietario s/sumario”, ED, 131-568.

con criterio restrictivo cuando es requerida por la parte demandada, ya que compele al actor litigar contra quien no ha accionado.

Si bien la ley no exige que el demandado demuestre cuál es la relación jurídica que lo une con el tercero como requisito para dar curso a su petición ésta debe revestir seriedad suficiente para justificar la excepcional alteración que habrá de producirse en la composición originaria del pleito (conf. esta Sala *in re*, "Lirosa, SA c/Maremar SRL s/inc. de Apelación", 17/9/86).

En el caso se alega, con sustento en prueba documental agregada en autos, que el tercero habría percibido, en nombre del actor, las sumas que ésta reclama en el pleito. Esa circunstancia aparece suficientemente respaldatoria de la factibilidad de incorporar al tercero a la litis contra el cual –eventualmente– podría intentarse una acción del regreso.

A mérito de lo expuesto, se revoca el decisorio apelado, y encomiéndase al magistrado de la causa el proveimiento de la citación pedida, conforme con lo normado por los arts. 94 y 95 del Cód. Procesal. Las costas se imponen, en ambas instancias a la actora vencida. Helios A. Guerrero - Juan M. Garzón Vieyra - Rodolfo A. Ramírez (*Secr.*: Adriana F. Gómez)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿En qué carácter se admite la citación del tercero de acuerdo con los artículos del Código Procesal que se citan?
- 2) ¿Quién pide la citación del tercero?
- 3) ¿Por qué la pide?
- 4) ¿Qué efectos tendrá la sentencia que se dicte después de la intervención del tercero?
- 5) ¿La sentencia será ejecutable contra el tercero?
- 6) Confronte con los casos n^{os} 3 y 4.

* CNCom, Sala E, "Lotierzo, M. A. c/Faeco, SRL", 7/10/87, ED, 129-335.

6. NULIDAD PROCESAL. CARÁCTER

Considerando: I. Todas las nulidades procesales son relativas y por ende convalidables. De ahí que aun cuando la irregularidad sea importante impide su declaración el consentimiento del interesado, pues los derechos deben hacerse valer en la forma y oportunidad que correspondan (conf. Podetti, *Tratado de los actos procesales*, p. 481; Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, p. 378, n° 235; Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, 2ª ed., t. I, p. 352, n° 151; Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, 2ª ed., t. I, p. 646, Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial... anotado y comentado*, t. II, p. 155; CNCiv, esta Sala, R. 265.268, 23/7/80, 264.367, 6/6/80, 271.639, 23/6/81; íd., Sala C, 9/5/75, ED, 63-381; íd., Sala F, ED, 61-397, entre otros).

Así, quien tuvo a su alcance el medio de impugnación y no lo hizo valer presta su conformidad a los eventuales vicios procesales que pueden haber existido, y en ese caso su conformidad trae aparejada la aceptación (conf. Colombo, 4ª ed., *op. cit.*, t. I, p. 312, 4ª ed. y jurisprudencia allí citada).

En la especie, la nulidad articulada de todo lo actuado en autos desde fs. 36 constituye un claro planteo de índole procesal sujeto en consecuencia a los principios antes expuestos. Desde esta perspectiva, su extemporaneidad se hace patente por la falta de impugnación dentro del quinto día de cualquiera de las notificaciones cursadas con posterioridad al escrito de fs. 36 a todo lo largo de este juicio, en la persona del demandado, y en un domicilio que este mismo constituyó.

Repárese en que ni en su escrito de promoción del incidente ni ahora en el memorial, el nulificante ha cuestionado la recepción de cualquiera de dichas notificaciones. En tal sentido, el conocimiento requerido por la ley adjetiva como determinante para el cómputo del plazo fijado para deducir la nulidad, no es otro que el que puede tomar cualquier persona capaz y consciente de sus actos pues para el específico de los temas del derecho están los abogados a cuyo asesoramiento debió recurrir el demandado a fin de evitarse las consecuencias que se seguirían de su propia negligencia. Como bien lo destaca la actora, de seguirse el criterio

del apelante debería concluirse en la imposibilidad de un planteo de nulidad de la notificación de la demanda en cualquier tipo de procesos, salvo que el emplazado mismo fuera profesional del derecho.

Por dos veces Piñeyro recurrió al mismo arbitrio que ahora observa prescindiendo en las dos ocasiones de la asistencia letrada. La primera para allanarse a la acción promovida, luego para acordar el monto de la deuda reconocida en la sentencia y la forma de pago, sin perjuicio de que además concurrió a la Secretaría para ratificarse del escrito de fs. 36 según acta de fs. 40 vuelta.

La nulidad, pues, no pudo ser intentada por quien expresamente autorizó el acto que luego impugna ya que "es un principio jurídico que la nulidad de un acto no puede ser invocada por quien contribuyó a su celebración" (Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, p. 724), haciendo valer la propia torpeza como determinante de su planteo (esta Sala, R. 268.539, 5/3/81).

Los argumentos invocados por el demandado para justificar su silencio y la extemporaneidad del planteo, carecen de toda seriedad y sustento jurídico. La pretensión implicaría dejar librado a su arbitrio la facultad de formular la impugnación, extendiendo el plazo para hacerlo hasta tanto decidiera recurrir a la consulta profesional y al auxilio del patrocinio letrado.

Por otra parte, si bien la notificación de fs. 67 fue cursada a un letrado que no se había presentado al juicio, el mismo auto fue notificado en la persona del quejoso según instrumento de fs. 44 que éste no niega haber recibido ni cuestiona de nulidad.

En consecuencia, y desde un punto de vista estrictamente procesal la extemporaneidad del planteo obliga a su rechazo y torna innecesaria la producción de la prueba ofrecida.

Y esto es así también aun cuando se intente fundar la pretensión en la existencia de un vicio de la voluntad. Es claro que el embargo trabado sobre bienes de su patrimonio en modo alguno puede constituirse en la "amenaza injusta" que la ley exige para tener por viciada la libertad del agente (art. 937, Cód. Civil). Para que ella dé lugar a la violencia o intimidación debe estar calificada por la injusticia, y obviamente no hay vicio de la voluntad si de lo que se trata es del ejercicio de un derecho otorgado por la ley al acreedor para asegurarse el cobro de una suma de dinero

(conf. Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 585, n° 1778/1779).

II. Aun cuando la sentencia de fs. 78/71 no indica expresamente el día preciso que deberá tomarse para calcular la tasa allí dispuesta, no cabe otra conclusión que debe ser la vigente por treinta días al 1° de cada mes pues es a partir de allí que se practica la liquidación que contempla un período completo. Las variaciones periódicas en las tasas de acuerdo a las disposiciones del organismo oficial no pueden en consecuencia avalar las pretensiones del demandado para dejar de lado los claros términos del acuerdo de fs. 85.

Sin embargo debe reconocerse razón al quejoso en cuanto a la modificación que el juzgado —de oficio— introduce en la liquidación según las especificaciones de fs. 141 para los períodos del 1/8/80 al 31/8/80 y 1/9/80 al 30/9/80. En efecto, si bien el silencio del deudor no obliga al juzgado, ello no lo autoriza para otorgar al acreedor mayores beneficios que los que él mismo ha reclamado, con grave desmedro del principio de congruencia que debe observarse en las decisiones jurisdiccionales.

III. Por estas consideraciones, se resuelve confirmar la resolución de fs. 139/141 en lo principal que decide, revocándola sólo en cuanto a la observación que el juzgado de oficio introdujo a fs. 141 respecto de los intereses calculados por los períodos del 1/8/80 al 31/8/80 y 1/9/80 al 30/9/80. Con costas al demandado sustancialmente vencido (art. 69, Cód. Procesal). Ricardo L. Burnichon - Armando J. Fernández del Casal - Leopoldo L. V. Montes de Oca (*Secr.*: Ana M. Luaces) *.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Qué carácter tienen las nulidades procesales?
- 2) ¿Qué quiere decir que las nulidades procesales son convalidables?
- 3) ¿En qué consiste el consentimiento del interesado?
- 4) ¿Cuándo media consentimiento tácito?

* CNCiv, Sala G, 17/11/81, "Pucci, H. J. J. c/Piñeyro, J. E", LL, 1982-B-361.

5) En el presente caso ¿por qué medió consentimiento del interesado?

7. NULIDAD PROCESAL. AUSENCIA DE CITAS LEGALES

Considerando: I. Contra la resolución de fs. 10 se alza la actora, expresando agravios a fs. 15/19, cuyo traslado fuera evacuado a fs. 23/25.

II. Debemos, en primer término, rechazar el pedido de nulidad que efectúa la actora con fundamento en la falta de aplicación de las fuentes de derecho y en segundo término, por no analizar todas las alegaciones vertidas por el recurrente.

Debemos en primer término decir que la finalidad del instituto de la nulidad y los principios generales que regulan la materia, es la de reparar algún perjuicio y su objeto inmediato la invalidación de la sentencia dictada sin sujeción a las formas legales para hacer posible una sentencia ajustada a derecho, desde que las nulidades procesales carecen de fin en sí mismas y “su declaración comporta, en definitiva, una vía indirecta para asegurar la justicia del caso” (SCBA, 5/10/71, AS, 971-II-87; *DigLL*, 2-X-121, sum. 31).

Si bien es cierto que el *a quo* no ha manifestado en su resolución, citas legales, jurisprudencia, etc., que avalen su decisorio no lo es menos que la resolución no se aparta del derecho vigente por lo que no se hace necesario en el caso, la aplicación de una medida tendiente a reparar un daño, invalidando un fallo judicial.

A ello, debe agregarse que “el juez no está obligado a considerar al resolver, todas las medidas probatorias sustanciadas; la convicción del juzgador se forma bajo las reglas de la sana crítica. Por ende, puede omitir el examen de aquellas diligencias que conceptúe innecesarias para su fallo, o las que repunte ineficaces” (“López, Juan A. c/Cascella, Juan A.”, Sala IV, expte. n° 38.697, citando a Alsina, *Tratado*, t. II, p. 560).

III. Desestimada, pues, la nulidad de la providencia, corresponde analizar los agravios referidos a la declaración de caducidad de instancia respecto del incidente de beneficio de litigar sin gastos.

Entendemos, concordando con Parry, Adolfo E., *Perención de la instancia*, p. 299, que el Código Procesal establece, para la declaración de pobreza o beneficio de litigar sin gastos, un procedimiento que importa un juicio contencioso, dejando a salvo que no causa estado.

De lo expuesto se debe inferir que la parte contraria citada podrá preguntar a los testigos, tacharlos, producir prueba y apelar, por lo que no puede de ninguna manera aceptarse que no le corresponda solicitar el pedido de caducidad de instancia como lo pretende el recurrente. Así lo ha resuelto esta Sala (ver expte. n° 64.306. "Gaspar c/Selas", 9/4/80).

Por todo ello, el tribunal resuelve confirmar la resolución apelada. Con costas. Luis M. Ambrosioni Bosch - Hugo M. Galtieri - Ana M. Moyano Escalera de Izurrieta y Sea (*Secr.*: Miguel G. Lemega)*.

PROPOSICIONES

- 1) ¿Por qué razón la Cámara desestima la nulidad planteada por la actora?
- 2) ¿En qué casos la Cámara debe declarar la nulidad del pronunciamiento de primera instancia?
- 3) ¿Qué carácter tienen las nulidades procesales? ¿Por qué?
- 4) ¿Es susceptible de ser declarada la caducidad del beneficio de litigar sin gastos? ¿Por qué?

* CNEspCivCom, Sala IV, 30/6/83, "Dufrechou, R. C. c/La Ley SA", LL, 1983-C-529.