

REFORMAS INTRODUCIDAS AL REGIMEN DE NULIDADES PROCESALES POR EL DECRETO 2282 DE 1989

Por DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Profesor de Derecho Probatorio de la
Universidad Externado de Colombia; Miembro
correspondiente de la Academia Colombiana
de Jurisprudencia y de los Institutos Iberoamericano,
Panamericano y Colombiano de Derecho
Procesal; Consejero de Estado.

Con el Decreto 2282 de 1989 se introdujeron algunas modificaciones y ajustes al régimen de "nulidades procesales" previsto en el Código de Procedimiento Civil Colombiano de 1970, tendientes, según el propósito de la Ley de Facultades (30 de 1987), a simplificar el trámite de los procesos judiciales. Estas modificaciones y ajustes, tratan de corregir fallas que con cierta frecuencia se presentaban en la práctica y que de alguna manera contribuían a la demora en la definición de los juicios, razón por la cual resulta de particular interés, para quienes vivimos en el mundo del proceso, adentrarnos en su estudio.

Para facilitar la comprensión de los temas, objeto de análisis, dedicaremos un espacio a los fundamentos constitucionales de las nulidades procesales; al concepto de las formas; a los principios que orientan el sistema de nulidades procesales. Todos estos aspectos bien podemos agruparlos dentro del rubro de **generalidades**. Luego abordaremos los aspectos de "la nulidad en la comisión" y "las causales de nulidad"; "las nulidades en los procesos ejecutivos y en aquellos donde haya remate de bienes"; la oportunidad para proponer nulidades y el "saneamiento" de éstas; la declaración oficiosa; los requisitos para proponerlas y los efectos de las nulidades; y, los recursos contra las providencias que deciden sobre nulidades, temas éstos que constituyen propiamente el interés de nuestro trabajo y que conforman el capítulo de **particularidades**.

I. GENERALIDADES

A. Fundamento constitucional de las nulidades procesales

Toda nulidad procesal encuentra su razón de ser en el derecho de defensa y en el concepto de debido proceso, consagrados como principios constitucionales en el artículo 26 de nuestra carta fundamental, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Sin lugar a equívocos podemos afirmar que la consagración legal de determinado motivo de nulidad se hace en función y observando siempre, como criterios orientadores tales principios. Importa, por ello, tener bien de presente, en el análisis que se haga de cualquier causal de nulidad y en caso concreto, lo que debemos entender por "derecho de defensa" y "debido proceso".

El derecho de defensa, ha dicho la Corte, "en la práctica se descompone, entre otros en los derechos de impugnación y contradicción esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación"⁽¹⁾. Apunta ese derecho, de eminente raigambre constitucional, proyectando las expresiones de la Corte, a que la parte demandada tenga la oportunidad de oponerse o allanarse a las pretensiones, discutir los hechos en que éstas se apoyan, solicitar pruebas, presentar alegatos de conclusión y tener la posibilidad de conocer e impugnar las distintas providencias que se produzcan en el desarrollo del debate; y ese mismo derecho de defensa impone que la parte actora pueda pronunciarse sobre los medios de defensa propuestos por el demandado y pedir pruebas para desvirtuarse, presentar alegatos de conclusión y, en fin, conocer y tener la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen a lo largo del proceso.

Por su lado, el debido proceso se traduce básicamente en que los asociados deben someter sus controversias al conocimiento de los jueces, instituidos para administrar justicia, conforme a los varios factores que fijan la competencia, utilizando los cauces que la ley indica para cada caso, con observancia de las etapas y formalidades diseñadas para los diversos tipos de proceso. Es, entonces, un pecado contra este principio acudir al juez que primero se le ocurra al litigante, o escoger la vía procesal que a éste o al Juez mejor le parezca para desatar una determinada controversia, sin parar mientes en las reglas de competencia y en los procedimientos previstos en las leyes para debatir el pretense derecho, cuya tutela jurisdiccional se persigue.

Empero, nuestro régimen de nulidades procesales no hace ciego homenaje a los principios o fundamentos constitucionales que se acaban de mencionar, pues,

(1) Sentencia de 10 de mayo de 1983 citada por Eustorgio Sarria M., en Constitución Política de Colombia, Edit. Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1986, pág. 45.

el legislador ha señalado, con cierta presuntuosidad de sabiduría y omnipotencia, no solamente los casos en que potencialmente pueden resultar violados o infringidos tales principios que ameriten ser sancionados con nulidad, sino que también se tienen previstos otros mecanismos diferentes para corregir eventuales irregularidades, como acontece con las facultades del Juez en la admisión de la demanda, la posibilidad de que la parte demandada proponga excepciones previas y los recursos que se brindan para impugnar las decisiones equivocadas, pero que por sí mismas no justifican la declaratoria de nulidad.

Pertinente resulta señalar lo que sobre el alcance del artículo 26 de la Constitución dijo la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de agosto de 1959, la cual mantiene su vigencia. En dicha sentencia la Corte expuso:

"Pero dicha disposición constitucional ha tenido que ser desarrollada por la ley, por contener un principio de derecho que por regla general no puede operar dentro del proceso civil en forma directa, respecto a cuya transgresión no prevé la Carta determinada sanción. Las leyes son las que vienen a establecer concretamente las formas de los juicios y por tanto las sanciones cuando éstas se vulneran, razón por la cual existe una graduación que va desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad sin consecuencias positivas en virtud de la ejecutoria de determinada providencia..." (Ver Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil, pág. 417).

Lo anterior pone de presente que no todo incumplimiento de normas procesales conduce a la nulidad o anulación del acto producido con inobservancia total o parcial de aquéllas.

B. La nulidad como manifestación del formalismo

El concepto de forma, subestimado y mirado con displicencia por algunos, sin desentrañar su verdadero significado, cobra inconmensurable importancia en el mundo del proceso, pues es inconcebible un debate judicial sin que tenga un modo visible de existir y garantizar el momento o las oportunidades en que deban realizarse los distintos actos que lo van integrando y llevando hacia su meta, esto es, la sentencia.

La forma, tal como la afirma el catedrático uruguayo ADOLFO GELSI BILDART⁽²⁾, "puede considerarse como el aspecto exterior o aparente del acto procesal, su manifestación externa, la encarnación sensible de la voluntad actuante, lo que hace que integre el mundo de la realidad natural y pueda ser captada por los

(2) De las Nulidades de los Actos Procesales, Ediciones Jurídicas, Amalio M. Fernández, Montevideo, Primera Edición, 1981, pág., 114

sujetos intervinientes en el proceso; es pues, lo fenoménico o experiencial del acto, vale decir aquello que del acto pueden aprehender los sentidos de los hombres".

La magnitud de la forma la expresa CARNELUTTI cuando dice que la voluntad "actúa mediante un cambio en el mundo exterior en el cual el acto adquiere vida sensible y que, por tanto, constituye su forma por ende, la forma representa el "corpus" del acto, del cual la causa y la voluntad constituyen en vez, el elemento íntimo y vital". (Citado por Adolfo Gelsi Bidart, pág. 114).

El autor uruguayo anteriormente citado señala que el momento o el período y el lugar en que debe realizarse el acto también responden al concepto de forma y a tal amplitud se remiten generalmente quienes hablan de las "formas procesales" que incluyen toda la ordenación externa, la disposición de los distintos actos procesales, estableciendo dónde, cuándo y de qué manera han de efectuarse. (Cfr. ob.cit., pág. 115).

El proceso reclama, entonces, por antonomasia un mínimo de reglamentación irrenunciable, que tiene que ver con el sujeto jurisdiccional ante el cual deben acudir los litigantes para exponer y comprobar sus respectivos puntos motivo de controversia; con el momento en que se han de suceder las fases del proceso; y con el modo de reflejar objetivamente los actos realizados.

La forma surge, así, como la necesidad más conveniente para garantizar los derechos individuales, pues de antemano se le hace saber a la parte cómo, cuándo y de qué manera podrá hacer valer sus derechos, con lo cual se reducen al mínimo posible las sorpresas, las colusiones etc., "que tienen campo propicio donde predomina lo arbitrario, lo que se hace para cada caso particular, según las circunstancias objetivas o el humor de quien dirige".⁽³⁾ Con acierto decía Montesquieu, comparando el estado de la justicia en los países gobernados con el despotismo y en los que tienen gobiernos liberales que "las molestias, los gastos, las tardanzas, los mismos peligros de la justicia son el precio que cada ciudadano da por su libertad" y que bajo un régimen despótico el modo de conducir los litigios "es indiferente, con tal de terminarlos"; inconclusas, en idéntico sentido son las siguientes palabras de Ihering: "Enemiga jurada de lo arbitrario, la forma es la hermana gemela de la libertad" (Citado por Gelsi, pág. 121).

El respeto u observancia a la forma, sin embargo, no puede obedecer a mero tributo irreflexivo a la misma, sino que ello debe, antes que todo, responder a la necesidad de mirar al proceso como un mecanismo o instrumento para alcanzar la definición justa y equilibrada de las controversias sometidas al conocimiento del aparato jurisdiccional. La observancia de las formas procesales no es, pues, un fin en sí mismo, porque lo que se busca es la realización del derecho sustancial, en

(3) Adolfo Gelsi Bidart, Ob. cit. pág. 121

cuya causa se debe abogar por la simplificación de aquellas, aproximándolas como decía Couture, a las formas "que son propias de la vida práctica" y que en buen momento consagró el artículo 4º de nuestro estatuto procesal civil de 1970, como principio rector del procedimiento, la realización de los derechos sustanciales.

Con acierto afirma el profesor JAIRO PARRA QUIJANO ⁽⁴⁾ "que la violación de las formalidades no es lo que se sanciona con la nulidad, sino la violación del derecho que la forma tutelaba".

C. Principios orientados de las nulidades procesales

El Derecho Procesal en general está orientado por unos principios fundamentales que le dan autonomía y fisonomía propias los cuales acentúan la necesidad de su presencia en materia de nulidades procesales, cuya comprensión contribuirá a la recta interpretación. Tales principios son los siguientes:

1. Principio de la especificidad o "Paz de nulite sans texte". En nuestro régimen de nulidades este principio es básico y significa que no hay defecto capaz de estructurar nulidad alguna sin ley que expresamente la establezca, en lo cual se sigue al Derecho Francés. Es un principio que como lo dice Adolfo Gelsi Bidart ⁽⁵⁾ "En vez de establecer reglas genéricas, lo cual supone una ulterior valoración de los casos particulares para determinar si cabe o no esa extrema consecuencia, el legislador expresa que en ausencia de tales o cuales requisitos un acto es nulo". Y, agrega "que se trata de averiguar si la situación de la vida está contemplada por el Código como un caso de nulidad".

Muchas críticas se le han formulado a este principio por los teóricos, pero no puede dejarse de lado que tiene su aspecto beneficioso, toda vez que impide las sorpresas y conductas desleales, pues, por tratarse de reglas estrictas no es posible, conforme a conocido principio de hermenéutica, extender las causales previstas en la normatividad positiva a informalidades diferentes. Se encuentra enunciado al comenzar el texto del artículo 140 del C. de P.C. al prescribir que "el proceso es nulo en todo o en parte **solamente** en los siguientes casos: "... Esto mismo se leía en el anterior artículo 152 *ibidem*."

2. Principio de la protección.- El proceso como conjunto sucesivo de actos, goza por decirlo de alguna manera, de una presunción de legalidad. Es decir que mientras no se declare su invalidez están llamadas a surtir plenos efectos todas sus actuaciones.

(4) Parra Quijano Jairo, Nulidades Procesales, en Estudios Procesales, publicación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Impreso en Expoartes Ltda. Bogotá, 1988, pág 285.

(5) Ob. cit., pág. 127.

Se debe, por tanto, abogar por mantener incólume las actuaciones surtidas; y la nulidad deviene como medida extrema, cuando no haya manera o posibilidad de salvarla. Es un principio que se compadece con el respeto a la actividad de los Jueces en su función de administrar justicia y que busca evitar el derroche de la actividad jurisdiccional.

3. Principio de lealtad procesal.- La razón de ser de este principio radica en que la parte afectada con una determinada irregularidad procesal, sancionada con la nulidad, debe proceder de inmediato a ponerla de presente, a través de los mecanismos procesales establecidos, como recursos, excepciones previas o peticiones de nulidad, sin esperar sacar ventaja o resultado provechoso de la actuación ineficaz. Se pretende evitar la maniobra de que el interesado alegue la nulidad solamente si el proceso en su marcha se presenta desfavorable, pues, comportamiento de esta estirpe constituye típico acto desleal y al máximo se debe procurar erradicarlo.

4. Principio de la disponibilidad.- La mayoría de los derechos que se ventilan en la jurisdicción civil son de contenido eminentemente patrimonial y ubicables, por ende, dentro de los poderes dispositivos de las partes (Arts. 16 y 16 del C.C.). Consecuencia de esta realidad es por lo que las partes, en un momento dado, pueden renunciar a los derechos y facultades procesales, en la medida que no se atente contra el orden público y las buenas costumbres, o afecte de manera directa a terceros. (Art.340 del C. de P.C.).

De manera que frente a eventual vicio que constituya nulidad, las partes pueden hacer caso omiso del mismo y se entenderá que lo están renunciando, o perdonando, bien por manifestación expresa o por conducta concluyente.

5. Principio de preclusión.- El proceso como división cronológica de sus distintas actuaciones y fases, impone a las partes diligencia en el ejercicio de sus derechos y defensas, por lo cual el ordenamiento positivo brinda concretos oportunidades, pero llamadas a declinar cuando se guarda silencio o cuando se protestan tardíamente.

En el caso del saneamiento de las nulidades procesales la preclusión se presenta cuando la parte real o eventualmente afectada con una determinada actuación irregular, actúa sin manifestar su rechazo, o ejecuta ciertos actos que son incompatibles con la alegación posterior de la nulidad.

6. Principio de "Paz de nullite sans grief", o principio de "La Trascendencia".- Ninguna declaratoria de nulidad se justifica sin que la actuación irregular irroque perjuicio a la parte que la alega. Cuando los derechos de las partes han sido garantizados dentro del debate, no se justifica decretar la nulidad, a pesar de la existencia de la irregularidad, porque en tal caso ésta se torna vana o inocua y, por

consiguiente, ningún beneficio se estaría tributando a la pronta administración de justicia que a gritos reclama la sociedad entera. En otros términos, la nulidad por la nulidad misma, no puede ser de recibo.

II. PARTICULARIDADES

A. Nulidad en la comisión

Los artículos 31 a 36 del C. de P.C., regulan lo atinente a la comisión y, concretamente, en el artículo 34 se contemplan los poderes del comisionado, cuyo exceso o desbordamiento en los límites del encargo o comisión, es sancionado con nulidad de la misma. Tres ajustes se le hicieron a esta norma por el Decreto 2282/89, que valen la pena destacar, a saber:

1. En cuanto a **las facultades**, en sí del comisionado se insiste, en el inciso primero, que debe "resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos" y, se agrega, que "sobre la concesión de las apelaciones que se interpongan se resolverá al final de la diligencia".

Se precisa y aclara una vieja polémica que existía sobre el particular, especialmente cuando el comisionado era funcionario de policía, pues, en muchos casos se abstenían de resolver sobre la concesión de las apelaciones interpuestas para dejar tal punto al funcionario comitente.

2. En el inciso segundo que consagra la oportunidad para que las partes aleguen la eventual nulidad, por exceder el comisionado los límites de las facultades, se prescribe que ello puede hacerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de "la notificación del auto que ordene agregar el despacho diligenciado al expediente". Es decir, ya no será dentro de los cinco (5) días siguientes "al recibo del despacho diligenciado", la oportunidad para alegar las nulidades, como exegéticamente se venía interpretando por algunos, sino que se establece como punto de referencia la notificación del auto que tome cuenta del diligenciamiento, como es lo correcto.

Con esta precisión se garantiza la publicidad del acto y se concreta la oportunidad para la fatal operancia del principio de la preclusión, pues, tal como está redactado el precepto original y bajo exagerado rigorismo, las partes tenían que estar pendiente **todos los días** sobre la eventual llegada de la actuación del comisionado.

3. Finalmente, se agrega un párrafo importante en el que se dispone que "solamente podrá alegarse la nulidad por falta de competencia territorial del comisionado, en el momento de iniciarse la práctica de la diligencia".

Nos parece sumamente acertado este precepto, porque con él se brinda culto a la lealtad que se deben las partes dentro de todo debate judicial, ya que las inconformidades que los interesados tengan respecto de una determinada situación deben hacerlas saber o ponerlas de manifiesto tan pronto se conozcan las circunstancias que las generen y no dejar transcurrir el tiempo a la espera de sus resultados para alegarlas o no. Además, ese precepto guarda armonía con el principio de la economía procesal y la protección legal, que en comienzo, reclaman los actos procesales.

B. Causales de nulidad

Digamos antes que todo que el orden número en el Código fue cambiado pues, actualmente el capítulo de las "Nulidades procesales" estaba consagrado por los artículos 152 al 159 del C. de P.C., mientras que con la reforma de 1989 se ubica en los artículos 140 a 147.

Ahora bien, el Decreto 2282 de 1989 mantiene incólume o intacto **el principio de la especificidad**, básico en esta materia, el que, como se dijo antes, consiste en que no hay defecto capaz de estructura nulidad alguna sin ley que expresamente la establezca.

En este orden de ideas, encontramos, pues, que el nuevo artículo 140 del C. de P.C. repite las causales establecidas en el primitivo artículo 152, aunque, respecto de algunas, introduce ciertas correcciones y modificaciones, así:

1. En cuanto a la causal 5a. que consagra la nulidad cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión del proceso, se cambia la locución "y antes de la oportunidad para reanudarlo", por la que dice "**o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida**".

Se trata sencillamente de aclarar que además de los casos de interrupción o suspensión cuando objetivamente, se dan, la nulidad también se presenta cuando el proceso se reanuda antes de la oportunidad debida, porque con la redacción anterior podría entenderse que solo se presentaba el vicio cuando se adelantara antes de la oportunidad para reanudarlo.

2. En la causal 8a. que actualmente habla de la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, se hace extensiva cuando los vicios de la notificación se dan respecto del **representante** del demandado o de su **apoderado**; y, también la extiende frente al mandamiento ejecutivo, corrección o adición de éste, o, del auto admisorio de la demanda (Ver artículo 89, numeral 4o.). Por otra parte, se suprime la expresión "o su emplazamiento".

No se trata de una modificación novedosa, sino que apenas se plasma una situación que con mucha frecuencia se da en la práctica, cual es la de que el demandado puede recibir notificaciones no solo de manera directa y personal, sino a través de su representante o de apoderado judicial. De otro lado, se consagra la eventualidad de que la notificación irregular puede presentarse respecto del auto mandamiento ejecutivo, o con relación al auto que admite corrección o adición de la demanda. La supresión de la expresión "o su emplazamiento" se justifica en la medida en que el emplazamiento es un rito previo para llegar a la notificación y, por tanto si aquel se hace de forma ilegal obviamente comprenderá también a la notificación que viene a ser su consecuencia.

3. La causal 9a. prevé la indebida notificación a las personas indeterminadas que deben ser citadas como partes se adiciona en el sentido de hacerla extensiva "a personas determinadas", lo cual se presenta cuando éstas, obviamente, no tienen la calidad de demandadas, porque entonces la causal sería la consagrada en el numeral 8o., tal como sucede con el tercero acreedor hipotecario que resulte del certificado del registrador, como consecuencia del embargo de un inmueble.

4. El inciso final del original artículo 152, ahora, repetimos, 140, que dice: "Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia...", fue adicionado con la locución "**salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla**".

Esta redacción nos parece afortunada y no es más que desarrollo de los principios de la protección de los actos procesales, lealtad procesal, disponibilidad de los derechos de las partes y preclusión, a los cuales más adelante se les hará comentario especial, cuando se hable del saneamiento.

5. Finalmente en el párrafo del nuevo artículo 140 se reemplaza la palabra "impugnar" por la de "reclamar" cuando se dice que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se **reclaman** oportunamente, lo cual obedece a un ajuste o precisión puramente terminológicos.

C. Nulidades en procesos ejecutivos y en aquellos que haya remate de bienes

El proceso ejecutivo que como bien se sabe no termina con la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución o la venta del bien gravado con prenda o hipoteca, para el caso de los ejecutivos con base en garantía real, cuenta, además de las causales establecidas en el artículo 140, con las señaladas en el artículo 141 *ibidem*. Las dos causales adicionales allí establecidas se hacen extensivas a

aquéllos "en los que haya remate de bienes", como puede ser el caso de los divorcios. Dichas causales fueron objeto de las siguientes modificaciones.

1. La causal prevista en el numeral 1º, ahora solo contempla el evento de librar ejecución después de la muerte del deudor sin que se haya cumplido el trámite prescrito por el artículo 1.434 del Código Civil, mientras que en el texto original la misma causal se establecía para el caso de que después de librado el mandamiento de pago muriera el ejecutado y la ejecución continuara sin cumplirse el noticiamiento previsto en el citado artículo 1.434. Ese motivo de nulidad que tiene su razón de ser en la especial consideración que se le brinda a los herederos para que conozcan las deudas del causante y puedan proponer excepciones o pagarlas en guarda de su memoria, tal cual ocurría en el Derecho Romano aunque el demandado que muere siga contando con la defensa de su apoderado judicial constituido en vida, o por quien designen los herederos en virtud del fenómeno de sucesión procesal establecido en el artículo 60 del C. de P.C., por constituir típico caso de **interrupción** del proceso, debía desaparecer del artículo 153 del C. de P.C., como en efecto aconteció con el nuevo artículo 141.

No es, entonces, que la señalada circunstancia haya desaparecido como causal de nulidad como a la ligera podría pensarse, pues en verdad lo que se le dio fue el tratamiento que su naturaleza reclamaba, dado que al constituir causal de interrupción del proceso era innecesario contemplarla nuevamente como causal especial de nulidad, por cuanto el numeral 5º del artículo 140 del C. de P.C. recoge los eventos de interrupción como causal de nulidad. Así, encontramos por tanto, en el numeral 3º del nuevo artículo 168 del C. de P.C. que el proceso o la actuación posterior a la sentencia se interrumpirán "por la muerte del deudor, en el caso contemplado en el artículo 1.434 del Código Civil", esto es cuando muerto el deudor no se notifica la existencia del título ejecutivo a los herederos del demandado y se dejen transcurrir ocho días contados a partir de dicha notificación, para continuar **o llevar adelante la ejecución**; y, las causales de interrupción establecidas en dicho artículo 168 están previstas como nulidad en el numeral 5º del nuevo artículo 140 **ibídem**.

2. La misma causal 1a. del nuevo artículo 141 fue adicionada en el sentido de que "los títulos ejecutivos serán notificados a los herederos como se dispone en los artículos 315 a 320", lo cual debe entenderse en armonía con lo establecido por el último inciso del artículo 81 del C. de P.C., que permite dirigir la demanda de ejecución aún contra herederos indeterminados y obviamente contra los conocidos, caso en el cual previo a librar el mandamiento de pago deberá darse a conocer de los herederos la existencia del título ejecutivo que se invoque como base de la pretensión, así sea recurriendo al emplazamiento previo para que se surta dicha diligencia con curador **ad-litem**.

3. En lo que respecta a la causal 2a. del citado nuevo artículo 141 que establece la oportunidad para alegar la nulidad por falta de las formalidades prescritas pa-

ra hacer el remate de bienes, limita su proposición hasta antes de **"proferirse el auto que lo aprueba"** (el remate); sustituyendo así la norma original que la extendía hasta antes de **"proferirse el auto que lo aprueba"** (el remate); sustituyendo así la norma original que la extendía hasta antes de "la ejecutoria del auto que lo aprueba". Cabe recalcar sobre la orientación de que los eventuales vicios deben alegarse antes de que se conozca el resultado de una actuación judicial, a la espera de que ésta beneficie o no a una determinada parte.

D. Oportunidad para proponer las nulidades

El precepto que contenía el artículo 154 del C. de P.C., que ahora corresponde al 142, se mantiene en el sentido de que las nulidades "podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia o durante la actuación posterior a ésta", pero precisa que las alegadas con posterioridad a la sentencia deberán haber tenido **ocurrencia en ella**, con lo cual se persigue que "todo lo concerniente a nulidades se discuta en lo posible, dentro del proceso mismo" como ha sido doctrina de la Corte⁽⁶⁾. Esta regla tiene su aplicación en la medida en que la nulidad no sea saneable, o que de serlo no haya sido subsanada porque de lo contrario deberá rechazarse de plano. De otro lado, se contempla la posibilidad de alegar la nulidad cuando el vicio se ha originado en la sentencia, como cuando existiendo prejudicialidad se dicta ésta, haciendo caso omiso de la suspensión del proceso oportunamente decretada.

Se establece en el nuevo artículo 142 que la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma **"podrá también alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339..."**, si no se alegó por la parte con anterioridad dentro del proceso, lo cual está en consonancia con la regla ya establecida de que tal causal podía alegarse como excepción durante la ejecución de la sentencia. Esta regla también se establece para el proceso ejecutivo, pero mientras el mismo "no haya terminado por el pago total a los acreedores o por causa legal". (Inciso 4, artículo 142 ibidem).

E. Trámite de las nulidades

El actual artículo 142 del C. de P.C., impone el rito incidental para tramitar las nulidades pero en la medida que sea necesaria la práctica de pruebas porque de lo contrario el inciso quinto del citado precepto establece que la solicitud de nulidad se resolverá "previo traslado por tres días a las otras partes", lo cual es un homenaje a la economía procesal.

(6) Sentencia Sala Civil de Julio 19 de 1989, en Extractos de Jurisprudencia, Tercer Trimestre de 1989 Tomo 3, Edt. Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, pág. 42

F. Requisitos para alegar la nulidad

El nuevo artículo 143 del C. de P.C., mantiene la orientación de que la nulidad no podrá alegarse por quien haya dado lugar al hecho que la origina y hace extensiva la prohibición "a quien no la alegó como excepción previa habiendo tenido oportunidad para hacerlo". Este agregado debe entenderse que es válido siempre y cuando la causal sea de naturaleza subsanable, porque las no saneables pensamos que sí pueden alegarse, en cualquier oportunidad, por cualquiera de las partes y, obviamente, declararse de oficio por el juez. Es el mismo fenómeno previsto por el artículo 100 del C. de P.C., que gracias a la reforma hoy presenta gran claridad y consonancia con el tema que se acaba de tocar.

En el inciso quinto de este artículo 143, cuyo texto original establecía que no podría proponer la falta de competencia territorial quien hubiere actuado en el proceso sin alegarla en excepciones previas o durante el traslado de la demanda, fue modificado para extender tal prohibición también a la falta de competencia por los demás factores que la determinan, **excepto por el aspecto funcional**, el cual obedece a la calidad de las partes y la distribución del trabajo entre los funcionarios, en cuya virtud el conocimiento del proceso corresponde, por excepción a un Juzgador o corporación determinados, dentro de la organización jerárquica, como acontece con los procesos en los que sean parte agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno Colombiano, o con los Jueces de la República, respecto, en este último caso, con las demandas por responsabilidad patrimonial originada en los eventos previstos por el artículo 40 del C. de P.C.

III. CAUSALES NO SANEABLES

Legislativamente se ha venido consagrando como no saneable la falta de jurisdicción; el trámite inadecuado, o cuando el Juez procede contra providencia ejecutoriada del Superior o revive procesos legalmente concluidos o se pretermite íntegramente la respectiva instancia, fenómenos que también debían presentar igual tratamiento. Ahora esa doctrina jurisprudencial se recoge en el último inciso del nuevo artículo 144, que corresponde al 156 original, en el que se prescribe: "No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3 y 4 del artículo 140... ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional"; pero para la causal 4a. que es la de tramitar la demanda por **proceso** diferente al que corresponde, prevé que es saneable cuando el asunto que debía tramitarse por proceso especial se adelantó como ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida.

De manera que la nulidad por trámite inadecuado que había sido tratada reiteradamente como de naturaleza no saneable, se convierte en saneable, cuando se acude a los esquemas del proceso ordinario; lo anterior responde al criterio de que

este proceso es el que mayores garantías y oportunidades de defensa brinda a las partes y, por lo mismo, no se justifica dejar sin efecto una actuación en donde las partes, estando a derecho han gozado de aquellas. Queda así, un tanto reevaluada la reiterada doctrina de la Corte, según la cual dicha causal se configuraba en los casos en que un conflicto de intereses, para su composición por la justicia, se somete a un procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando debiéndosele imprimir, según las pretensiones deducidas en la demanda, el trámite ordinario, se lo hace transitar por el sendero del abreviado o del especial, en todo o en parte; o cuando siendo de una de estas dos clases, se tramita indistintamente por una o por la otra vía, **o se acude a las fórmulas esquemáticas propias del proceso ordinario**" (He subrayado). (Cas.30 de enero de 1975)

Queda, aclarado, entonces, que no admiten saneamiento las causales de nulidad por falta de jurisdicción; por falta de competencia funcional; por haber procedido el Juez contra providencia ejecutoriada del superior; por haber revivido proceso legalmente concluido o por pretermitir integralmente la respectiva instancia y, finalmente, la de trámite inadecuado, pero tan solo en los eventos de que se siga un sendero especial por otro especial distinto o, uno abreviado por uno ordinario, o uno especial en vez del ordinario, pues recuérdese que de conformidad con el inciso final del artículo 144 "No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3 y 4 del artículo 140, salvo el evento previsto en el numeral 6 anterior (cuando un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida), ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional".

Lo anterior quiere significar que si el demandante señala en su demanda un trámite procesal distinto del indicado por la ley, el Juez deberá aplicar el artículo 86 del C. de P.C., como acertadamente lo pone de presente Hernán Fabio López⁽⁷⁾: "Le dará el trámite que legalmente le corresponda;... si el Juez nada observa, podrá el demandado emplear o la reposición contra el auto admisorio de la demanda o la excepción previa del numeral 8º del artículo 97, trámite por proceso diverso; si tampoco esto sucede precluye la etapa para la adecuación del trámite y como el que se sigue y que no corresponde en principio, es el ordinario, vino a operar el saneamiento que explicamos".

A pesar de la bondad que presenta la norma en comento, bien vale la pena observar que no en todos los eventos de trámite especial a los que equivocadamente se les imprima el del ordinario, podamos entender saneada la nulidad. En efec-

(7) López Blanco Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Civil Colombiano, Tomo I, Parte General, Edt. ABC, Bogotá, 1991, pág. 698.

to, creemos que esa solución no puede tener aplicación por ejemplo, para las sucesiones que se tramiten como ordinario, ni para los mal llamados "asuntos de jurisdicción voluntaria" que se les llegare a imprimir la secuencia ordinaria, para no citar los ejecutivos, las expropiaciones, etc. En estos eventos y en muchos otros, se desnaturaliza de tal manera los trámites procesales, que difícilmente podría afirmarse el cumplimiento del "debido proceso" consagrado por el artículo 26 de nuestra Carta Política.

Por el anterior razonamiento, no podemos estar de acuerdo con el doctor López Blanco⁽⁸⁾ cuando concluye que en la hipótesis de la norma analizada el proceso "debe finalizar esa actuación como proceso ordinario con todas sus consecuencias incluyendo la posibilidad del recurso de casación, por cuanto el saneamiento es integral". Nuestro parecer radica en que algunos procesos especiales resisten tal alteración al ordinario, en tanto que otros, tal vez la mayoría, se desnaturalizarían por completo. Por el contrario, cabe afirmar, sin duda alguna, que dicho saneamiento operará en el evento de imprimirle a un asunto abreviado el trámite del plenario.

IV. CAUSALES SUBSANABLES

Como bien se sabe no todas las causales de nulidad establecidas en el Estatuto Procesal Civil pueden ubicarse dentro de la naturaleza de las insubsanables es así como el Legislador califica algunos comportamientos o conductas procesales de las partes como constitutivos de saneamiento de eventuales o reales vicios que hubieren ocurrido durante determinada actuación. Tales comportamientos encuentran su razón de ser en los principios señalados en la parte general de este trabajo, fundamentalmente los de lealtad procesal, preclusión, disponibilidad, protección del acto procesal y de la trascendencia, y por ello, nos sentimos relevados de hacer nuevos comentarios al respecto.

El nuevo artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, en vez de consagrar solamente cuatro numerales tipificadores de circunstancias subsanables de las nulidades, como lo establecía el antiguo artículo 156, enumera 6 circunstancias, que basadas en los principios señalados anteriormente, entienden un saneamiento tácito o expreso del vicio o defecto procesal que pudo haber tenido ocurrencia.

Suscintamente, entre otras razones por cuanto el artículo 144 es suficientemente claro al respecto, hacemos alusión a los 6 numerales de dicha preceptiva. Tales hipótesis son las siguientes:

(8) López Blanco Hernán Fabio, Ob. cit., pág. 699.

"1. Cuando la parte que podía derogarla no lo hizo oportunamente". Constituye conducta concluyente de no tener interés en la anulación del proceso o de la parte del mismo, afectados por la causal respectiva, pero que en todo caso es susceptible de saneamiento.

Con respecto al párrafo anterior bien puede suceder que habiendo tenido ocurrencia cualquiera de las causales que la ley señala como motivos de interrupción o suspensión del proceso, previsto en los artículos 168 y 170 del Código de Procedimiento Civil, la parte legitimada para alegarla y que gozó de la oportunidad para hacerlo "no lo hizo oportunamente". Esta última expresión "oportunamente", tiene precisión legal en cuanto al fenómeno de la interrupción del proceso ocasionado por enfermedad grave, puesto que el inciso segundo del artículo 142 del Estatuto Procesal, perentoriamente determina que "deberá alegarse dentro de los cinco (5) días siguientes al en que haya cesado la incapacidad", obviamente que se impone entender que la parte interesada hubiere gozado de la oportunidad para alegarla y sin embargo se abstuvo de hacerlo, como cuando durante la incapacidad o inmediatamente habiendo cesado esta presenta cualquier clase de memoriales sin que de manera simultánea o coetánea protestare la nulidad.

Bien vale la pena, con respecto a este fenómeno de interrupción del proceso por "enfermedad grave", especialmente del apoderado judicial de alguna de las partes, traer a cuento la doctrina de la Corte⁽⁹⁾ en cuanto enseña que "...no basta para la prosperidad de la causal de nulidad en que incide la interrupción del proceso, por "enfermedad grave" del apoderado de una de las partes, "la demostración de tal hecho y su calificación médica, sino que además es indispensable acreditar plenamente el elemento de irresistibilidad, o sea, la imposibilidad absoluta de utilizar el término de que se trata durante la gravedad de la afección, como también la misma imposibilidad de valerse por los medios legales otorgados para evitar la preclusión de dicho término". Porque a quien está en condiciones de desenvolver sus facultades intelectivas, así las puramente físicas hayan sufrido desmedro que imposibilite o haga dificultosa su traslación de un lugar a otro, no le es dado tenerse por excusado en orden, a encausar su actividad profesional, ya que esta puede satisfacerse provisionalmente si se apela al remedio de la sustitución de poder, sin que procedimiento semejante implique deslealtad con el patrocinado en el pleito..."

"2. Cuando todas las partes o la que tenía interés en alegarla, la convalidaron en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada". Si tácitamente es posible sanear un motivo de nulidad, por omisión al no alegarla en oportu-

(9) Casación Civil, Noviembre 28 de 1979, Mag. Pon. Dr. Héctor Gómez Uribe. Jurisprudencia Civil, 1979, Jairo López Morales, Tomo I, pág. 446 y 447.

tunidad, con mayor razón cuando de manera manifiesta todos los interesados o legitimados para proponerla desean convalidar lo actuado, aún con posterioridad a su declaración judicial, pero en todo caso, "antes de haber sido renovada la actuación anulada".

"3. Cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente". Conviene aclarar que este numeral estriba en el saneamiento de la nulidad con base en la circunstancia de que la persona legitimada para alegarla, ingresa al proceso y actúa en él sin protestar los motivos que generan la invalidación de lo actuado. Bien puede entenderse como un perdón tácito del motivo de invalidación, claro está, basado en el principio de la preclusión de oportunidades.

"4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal, cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa". Estas situaciones están suficientemente explicadas en la parte general de este trabajo, al hablar del provecho o utilidad que debe reportar la nulidad, pues, bien se dijo que no se puede justificar la nulidad, por la nulidad misma, como tampoco por cualquier elemental informalidad. Así, si una de las partes destinatarias de la notificación de cierta providencia, a quien no se le practica o no se le realiza en legal forma, de toda suerte recurre dicha providencia o utiliza oportunamente el traslado que con ella se le concede, mal puede pensarse en que hubiere operado el motivo de nulidad, dado que el vicio procesal o defecto en la actuación no puede enervar el pleno conocimiento de la providencia por comunicar, ni mucho menos afectar el sagrado derecho de defensa.

"5. Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa". Saneada esta nulidad el Juez seguirá conociendo del proceso. Bien sabido es que la competencia del Juez dimana de diferentes razones o circunstancias. Quiso la nueva legislación que todos los factores distintos del funcional, en materia de nulidades, tengan la característica de ser saneables o convalidables, especialmente cuando habiéndose respetado la oportunidad para aducirlos como excepción previa, el demandado dejó precluir dicha oportunidad sin hacerlo. (Art. 100 C. de P.C.). Se trata de un fenómeno de convalidación de la incompetencia del Juez, puesto que él seguirá conociendo del proceso en virtud del saneamiento tácito del inicial vicio procesal salvo, como claramente lo dice este numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con la parte final del artículo 100 *ibídem*, del factor funcional. Es que tratándose de esta determinante, no les es posible a las partes el saneamiento expreso y mucho menos, tácito de la competencia.

En punto tocante al numeral 6 del citado artículo 144 sobre saneamiento de la nulidad, cuando el proceso que debía tramitarse como especial se adelantó como

ordinario, "y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida" algunos comentarios hicimos atrás y nos parece que no sea oportuno reiterarlos. En fin cabe afirmar que este numeral hubiera quedado mejor concebido si en vez de generalizar la alteración del proceso correspondiente, o lo que es igual, del debido proceso se hubiera prescrito que el cambio de trámite del proceso abreviado por el de ordinario, y aún el del verbal, por el de ordinario, de no protestarse oportunamente traería consigo el saneamiento del vicio procesal. Pero de manera alguna podemos aceptar la forma genérica como se redactó el numeral en comento.

V. DECLARACION OFICIOSA

Innovación importante presenta el nuevo artículo 145, que reemplaza el texto del artículo 157 del C. de P.C., al precisar que "de oficio" solo se pueden declarar las nulidades **no saneables**, en tanto que el texto original se refería de manera genérica, a todas "las nulidades" que llegare a observar el Juez y que no se hubieren saneado, concepto dentro del cual quedaban incursas las convalidadas por las partes.

De otro lado, se da giro total a la última parte del original artículo 157 del C. de P.C., al plasmar un razonamiento que venía siendo sostenido en forma aislada por algunos estudiosos de estas materias, consistente en que a partir del 1o. de junio 1990, la nulidad puesta en conocimiento por el Juez, **deberá alegarse dentro de los tres días siguientes**, so pena de quedar saneada; tal sería el caso de notificación del auto admisorio de la demanda en forma irregular. Como puede verse es una regulación totalmente opuesta a la que nos venía rigiendo, pues, allá si no se saneaba expresamente había que declararla, mientras que ahora si transcurre el término señalado, en silencio, se entiende saneada. Esas son claras voces del artículo 145 del C. de P.C., **In fine**.

VI. EFECTOS

El nuevo artículo 146 del C. de P.C., que consagra cuales son los efectos de la nulidad declarada, mantiene la regla de que la nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste, pero se adiciona el contenido de dicho artículo en el sentido de que "la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla". Se pone fin, de esta manera, a la disparidad de criterios que sobre este particular existía, pues hubo quienes sostuvieron que las pruebas practicadas dentro de una actuación a la postre declarada nula devenían en ineficaces no obstante que contra quien se pretendiera hacerlas valer hubiera tenido la oportunidad de controvertirlas.

Consideramos que la regulación introducida consulta las orientaciones de la economía procesal y la protección de la prueba, dado que no menoscaba los principios de publicidad y contradicción de la misma.

VII. RECURSOS

En primer lugar, no sobra decir que tanto el auto que decreta la nulidad como el que la niegue es susceptible de impugnación, a través del recurso de reposición, según la regla general prevista en el artículo 348 del C. de P.C.

Ahora, en lo atinente al recurso subsidiario de apelación, el cual, dicho sea de paso, no está previsto para el decreto o rechazo de la nulidad en la comisión, el artículo 159, sufrió importantes modificaciones. A propósito, el precepto sustituido se limitaba a establecer: "El auto que declare una nulidad en primera instancia es apelable en el efecto suspensivo, y el que la niegue en el devolutivo", mientras que el nuevo artículo 147 del Decreto 2282 de 1989 dispone: "El auto que decreta la nulidad de todo el proceso, o de una parte del mismo sin la cual no fuere posible adelantar el trámite de la instancia, será apelable en el efecto suspensivo. El que decreta la nulidad de una parte del proceso que no impida la continuación del trámite de la instancia, lo será en el efecto diferido". Se precisa de esta manera, que no toda apelación de auto que decreta la nulidad tiene la virtud de suspender el trámite de la instancia, pues si tal nulidad no impide su continuación, la alzada solo suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, prosiguiendo el curso del proceso ante el inferior en lo que no dependa necesariamente de ella, según el concepto de lo que se ha entendido por efecto "diferido".

De igual manera, la nueva norma guarda silencio sobre si el auto que niegue la nulidad es apelable o no, y siéndolo, en qué efecto, lo cual podría llevar a pensar que tal providencia quedó sin apelación. Sin embargo el artículo 351 del C. de P.C., soluciona la inquietud, pues en el numeral 4 se prevé claramente que es apelable la providencia que deniegue el trámite de incidente, o alguno de los trámites especiales que lo sustituya, como es el caso de la que accede a la solicitud contemplada en el inciso 5 del artículo 142 *ibídem* y la que los decida; mientras que, el numeral 8 establece que es apelable el auto que decida sobre nulidades procesales. De modo que, tanto el auto que rechace el trámite de la solicitud de nulidad como el que la decida es apelable.

Ahora bien, en cuanto al efecto en que debe concederse la apelación, se observará la regla contenida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 354 del C. de P.C., consistente en que la apelación de autos se otorgará en el efecto **devolutivo**, a menos que la ley disponga otra cosa.

Bogotá, febrero de 1991