



UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
CENTRO DE INVESTIGACIONES FACULTAD DE DERECHO
MONOGRAFÍA COMO OPCIÓN DE GRADO PARA OPTAR
POR EL TÍTULO DE ABOGADO
CRISTIAN CAMILO GÓMEZ CRUZ
CÓDIGO ESTUDIANTIL: 0300997
BOGOTÁ 2016

Las Nulidades En El Código General Del Proceso

Tabla de contenido

| | CONTENIDO | PAG. |
|---|---|--------|
| 1 | 1 INTRODUCCIÓN. <ul style="list-style-type: none"> • www.icdp.org.co/descargas/cgp/PresentacionCGP.pdf, presentación del CGP actas de aprobación de los textos normativos, cambios justificaciones de adhesiones o supresiones normativas. | 4 – 5 |
| 2 | 2 LAS NULIDADES PROCESALES: <ul style="list-style-type: none"> 2.1 Concepto de nulidad 2.2 Orígenes de la nulidad 2.3 Evolución de la nulidad procesal 2.4 Nulidad sustancial y nulidad procesal 2.5 Nulidad absoluta 2.6 Nulidad relativa 2.7 Principios orientadores de las nulidades 2.8 Nociones de las nulidades procesales 2.9 Como debe declararse una nulidad 2.10 Consecuencias de la declaratoria de nulidad 2.11 La nulidad como mecanismo para la protección de los derechos fundamentales <ul style="list-style-type: none"> ➤ la nueva regulación de la nulidad procesal Jesús miguel Hernández galilea editorial fórum pág. 6 ➤ la nueva regulación de la nulidad procesal Jesús miguel Hernández galilea editorial fórum pág. 7 ➤ Las nulidades en el derecho procesal civil, 6ed, CANOSA TORRADO FERNANDO pág. 59. ➤ Las nulidades en el derecho procesal civil, 6ed, CANOSA TORRADO FERNANDO pág. 65 ➤ Art 132 código general del proceso. ➤ MORÓN PALOMINO, M. La nulidad... cit. págs. 79-80. ➤ Art 132 código general del proceso. ➤ Art 136 parágrafo del numeral 4 código general del proceso ➤ Art 136 numerales 1 al 4 código general del proceso ➤ Sentencia t025/10 ➤ http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/2-%20REFORMAS%20INTRODUCIDAS%20AL%20REGIMEN.pdf ➤ Nulidades procesales Demanda. Notificación. Prueba I Juicio ejecutivo. Subasta judicial Escrito Alegato. Sentencia Recurso, incidente, excepción y acción de nulidad Legitimación. Efectos de la declaración 3ª edición actualizada y ampliada EDITORIAL Asn. EA DE ALFREDO y RICARDO DEPI\I., MA . CIUDAD DE BUENOS AIRES 2009 pág. 37 ➤ http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/2-%20REFORMAS%20INTRODUCIDAS%20AL%20REGIMEN.pdf ➤ Palacio derecho procesal civil iv. Pág. 145 ➤ http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/2-%20REFORMAS%20INTRODUCIDAS%20AL%20REGIMEN.pdf ➤ “La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno” revista de derecho universidad católica del norte pág. 69 ➤ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 304. ➤ Art 312 y siguientes código general del proceso ➤ Art 129 código general del proceso | 6 – 21 |

| | | |
|---|---|---------|
| | <ul style="list-style-type: none"> ➤ Las nulidades procesales en el nuevo código general del proceso, un análisis desde el derecho constitucional colombiano pág. 29-32 | |
| 3 | <p>3 TRÁMITE DE LAS NULIDADES Y CAUSALES.</p> <p>3.1 Concepto</p> <p>3.2 Oportunidad para proponer nulidades</p> <p>3.3 Nulidad por falta de jurisdicción y competencia</p> <p>3.4 Nulidad por proceder contra sentencia ejecutoriada</p> <p>3.5 Nulidad por omitir causales de interrupción o de suspensión</p> <p>3.6 Nulidad por indebida representación</p> <p>3.7 Nulidad por omisión para decretar o practicar pruebas</p> <p>3.8 Nulidad por omisión de alegatos de conclusión</p> <p>3.9 Nulidad por sentencia proferida por juez distinto a quien escucha los alegatos de conclusión</p> <p>3.10 Nulidad por indebida notificación</p> <p>3.11 Requisitos para alegar la nulidad</p> <p>3.12 saneamiento y convalidación de la nulidad</p> <p>3.13 Advertencia de la nulidad</p> <p>3.14 Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada</p> <p>3.15</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Art 136 numeral 4 código general del proceso ➤ Art 132 código general del proceso ➤ Art 135 inciso segundo código general del proceso ➤ Sentencia T-125/2010, C-590/05 -- concepto de nulidad taxativa, reglas sobre las nulidades explicadas en sentencia por parte de la corte constitucional. ➤ Arts. 1, 2, 4, 8, 10, 14 CGP Art 133 CGP. ➤ Pozo Silva Nelson, las nulidades procesales buenos aires editar 1987 pág. 59 ➤ art 134 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015 ➤ Art 127 al 138 CGP ➤ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 57 ➤ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 58 ➤ art 16 CGP factor subjetivo y funcional ➤ Mattiolo tratado de derecho judicial civil, 1ª ed., Edit. Reus, Madrid, Pág. 3 ➤ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 62-63 ➤ Sentencia c 641/02 ➤ Expediente Radicación número: 52001-23-31-000-2001-00122-01 (32800) ➤ http://www.icdp.org.co/revista/articulos/5/JulioAlbertoTarazonaNavas.pdf ➤ Expediente No 68679 31 03 002 2009 00083 MP Margarita Cabello Blanco 23 abril de 2014 corte suprema sala de casación civil. ➤ Proceso nº 35192 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO Aprobado acta N318. ➤ Nulidades procesales Demanda. Notificación. Prueba I Juicio ejecutivo. Subasta judicial Escri tOBo Alegato. Sentencia Recurso, incidente, excepción y acción de nulidad Legitimación. Efectos de la declaración edición actualizada y ampliada EOITORIAL Asn.EA DE ALFREDO y RICARDO DEPì\l.,MA . CIUDAD DU BUENOS AIRES 2009 pág. 35 ➤ Sentencia consejo de estado de 17 de julio de 2014 REF: Radicación No. 25000 23 24 000 2007 00076 | 21 – 43 |

| | | |
|---|---|---------|
| | <ul style="list-style-type: none"> ➤ art 132 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015. ➤ SENTENCIA T-1231/08 ➤ art 136 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015 ➤ http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-332-15.htm ➤ Art 29 Constitución política de Colombia ➤ art 137 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015 ➤ art 138 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015 | |
| 4 | <p>4 CONTROL DE LEGALIDAD.</p> <p>4.1 Concepto</p> <p>4.2 Noción de etapa procesal</p> <p>4.3 Hechos nuevos o sobrevinientes con vocación de nulidad</p> <p>4.4 Poderes del juez, ordenación e instrucción</p> <p>4.5 Poderes correccionales del juez</p> <p>4.6 Improcedencia de una solicitud de nulidad</p> <p>4.7 Celeridad y oralidad</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno” revista de derecho universidad católica del norte pág. 69 ➤ art 132 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015. ➤ Sentencia c 543 de 2011 ➤ art 42 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015 ➤ Expediente T-3.723.038 ➤ Sentencia c 874 de 2003 MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA ➤ Artículo 135 código general del proceso ➤ Auto 068 de 2007 relatoría corte constitucional. | 43 – 57 |
| 5 | <p>5 Comparativo Nulidades Del Código De Procedimiento Civil Y El Código General Del Proceso.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Artículos 16, 27, 101 y 138 del código general del proceso | 57 – 61 |
| 6 | <p>6 Conclusiones.</p> | 61 – 63 |

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

1. INTRODUCCIÓN

Las nulidades procesales son analizadas desde el punto de vista de su practicidad y forma de aplicarse como institución jurídica dentro del trámite procesal. Dicho concepto debe ser analizado desde su filología más no como un medio para dilatar el proceso en sí mismo, razón por la cual se afirma dentro del presente escrito que el código general del proceso, ley 1564 de 2012, es la consecuencia del trabajo de una comisión redactora encabezada por el Doctor Jairo Parra Quijano, presidente del instituto colombiano de derecho procesal, comisión que desde el año 2003 se encargaría de realizar una reflexión encaminada a resolver las necesidades actuales frente al servicio público de justicia, y que dio como resultado la redacción del texto actual del código general del proceso que no es otra cosa que un intento para lograr que las normas procesales tengan consonancia con la realidad dentro de los procesos litigiosos.

En este sentido, fue encaminada la intención de redacción y cambio, frente a las normas procesales, pues la solución que se ofrece en el código general del proceso, busca ir más allá de un cambio meramente normativo, pretende cambiar los esquemas de litigación que se tramitan con la vigencia del CPC por otros que permitan materializar en la práctica los principios consagrados en los primeros artículos del CGP, a saber: debido proceso, igualdad entre las partes, acceso a la justicia, concentración, intermediación, legalidad, entre otros.

Para lograr lo anterior, el CGP se apoya en las tecnologías de información disponibles en la actualidad para el envío de mensajes de datos, grabación de audiencias, y en general todos aquellos apoyos informáticos o tecnológicos que sirvan para agilizar el trámite procesal, también hace uso de los denominados poderes de instrucción y corrección que se le otorgan al juez a fin de lograr mantener a las partes al margen de actitudes o trámites que dilaten el proceso. Todo esto, sin dejar de lado la experiencia que ya se tenía acumulada con la vigencia del Código de Procedimiento Civil, experiencia que no es despreciable, pues data desde su entrada en vigencia en 1970.¹ y que será comparada con la vigencia del Código General del Proceso dentro del presente trabajo.

Como complemento a lo dicho anteriormente, el principio de oralidad se incorpora a los ritos del proceso civil para darle celeridad a las actuaciones y para permitir de

¹ <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/PresentacionCGP.pdf>

manera directa la intermediación del juez como principio rector, dicho principio se materializa también en el tema de estudio del presente escrito, es decir de las nulidades procesales; ya que las mencionadas nulidades deberán proponerse, entre bajo los ritos de la oralidad, en audiencia de manera verbal, o en el escrito de contestación de la demanda, so pena de perder la oportunidad procesal para proponerlas, lo que dejaría a la parte pasiva en eventualmente sin poder argumentar las razones por las cuales considera que se le están vulnerando los derechos de defensa, contradicción y juez natural.²

También, el CGP en su art 132 ordena al juez realizar un control de legalidad finalizada cada etapa procesal con el fin de sanear posibles nulidades o defectos dentro del proceso, y finaliza haciendo una advertencia “... *salvo que se trate de hechos nuevos no se podrán alegar en etapas siguientes...*” situación que exige de los litigantes también mantener el control de legalidad durante cada etapa procesal a fin de proponer a tiempo las nulidades que se presenten durante el trámite so pena de validación tácita, es decir, que el juez saneará todas aquellas nulidades que permita la norma sanear si es que la contraparte ha guardado silencio. Otra precisión referente al tema, cobra importancia frente a que las nulidades pueden proponerse en cualquier etapa procesal antes de la sentencia, o en caso que la nulidad se produzca en ésta, podrá también proponerse nulidad sobre dicha sentencia. Para efectos de comprender los efectos de dicha norma, podría decirse que si se pretende proponer una nulidad sobre etapas procesales que ya fueron objeto de control de legalidad por parte del juez, deberá sustentarse esta objeción de nulidad en hechos nuevos o desconocidos hasta el momento por las partes, pues a contrario sensu, no podrán las partes alegar nulidades frente a etapas que ya fueron objeto de control por parte del juez.

Otro aspecto a tener en cuenta para el litigante encuentra relevancia en las consecuencias que conllevaría el hecho de guardar silencio en audiencia frente a una posible nulidad, pues esta actitud pasiva faculta al juez para sanear la etapa procesal a pesar de ser la nulidad evidente.

En otras palabras, para efectos del presente estudio, son las nulidades procesales una herramienta con la que cuentan las partes y el juez para lograr pronunciamientos de fondo, que permitan materializar el derecho de acceso a la justicia de los colombianos, pero no se trata solo de lo que significa proponer una nulidad, sino la manera en la que el articulado del Código General del Proceso busca el saneamiento continuo del trámite procesal en aras de evitar desgastes innecesarios y así; lograr que en mayor grado de probabilidad, que todo proceso termine con un pronunciamiento que no hubiera sido viciado por dilaciones innecesarias.

² Sentencia c 518 /16 pág. 4

PALABRAS CLAVES: Nulidad procesal, debido proceso, derecho fundamental, juez natural, contradicción, juez natural, error, irregularidad, fin último de la nulidad, saneamiento de la nulidad.

2. LAS NULIDADES PROCESALES

2.1 CONCEPTO DE NULIDAD

No existe un concepto unificado en el mundo académico que pueda ponerse de presente como una verdad absoluta, sin embargo el art 1741 del CC establece; *“NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”*

Hay así misma nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

De un análisis frente a la norma transcrita puede concluirse que las nulidades se interpretan como anomalías, errores o defectos que se pueden presentar en el procedimiento o en el contrato (acto), y que trasgreden de manera genérica la ley, más concretamente para el objeto de estudio, trasgrede un numeral taxativo del artículo 132 y siguientes de la ley 1564 de 2012 normas que necesariamente se encuentran en concordancia con los postulados superiores de la constitución política de 1991, afectando de esta manera sustancialmente las garantías superiores. A pesar que de la misma norma pueden colegirse interpretaciones adicionales, se advierte que dichas nulidades como por ejemplo las nulidades de los contratos, no serán analizadas a profundidad dentro del presente escrito, por ser el tema central el de las nulidades, las contenidas en el código general del proceso, es decir las nulidades procesales.

Existen posiciones y análisis diversos que complementan un mismo escenario, en el que diferentes autores están de acuerdo en que las nulidades, no solo pertenecen a un régimen taxativo sino que deben procurar un resultado útil para el proceso y la decisión judicial, es decir, que deben cumplir con algunos requisitos de carácter filológico.

Como complemento a lo dicho, debe tenerse en cuenta que la ley y el acto, son elementos complementarios, y que no puede existir nulidad sin la existencia y concurrencia de ambos, pues en suma el acto debe adecuarse al mandato normativo, de lo contrario nace la nulidad al mundo jurídico, sin embargo esta nulidad no tiene efectos prácticos si no es declarada, ³ ha sido pues este un punto de análisis que de manera reiterada se ha venido discutiendo tanto en la academia como en las altas cortes, pues se introduce con lo dicho, los conceptos de eficacia y validez del acto; conceptos diferentes y con efectos completamente disímiles, pues desde el punto de vista de la eficacia puede predicarse que el acto, a pesar de estar viciado en efecto ha producido efectos en el plano de la realidad, más sin embargo tiene vocación de ser nulo, ahora será distinto establecer si el mismo acto es válido, pues esta situación corresponde a un análisis previo que hoy día deberá tener en cuenta el juzgador con el fin de establecer si los efectos del acto eficaz deben ser eliminados o dejar de ser tenidos en cuenta amén de la declaratoria de nulidad. ⁴

Sin embargo es importante resaltar que lo dicho anteriormente no siempre fue así, pues existe en la historia de la evolución del derecho, y más puntualmente tratándose de las nulidades procesales, elementos que deberán tenerse en cuenta para entender que las nulidades nacieron como una simple afectación a los rituales y formas del derecho romano, que hoy día podrían interpretarse como innecesarios, arcaicos y excesivos, pues en sus orígenes las nulidades procesales no se mostraban como una institución protectora de los derechos fundamentales sino como reglas a seguir dentro de un trámite procesal.

2.2 ORIGENES DE LA NULIDAD

Las nulidades, se remontan al derecho romano; como es bien sabido, nuestro sistema procesal y judicial deviene del derecho romano, sin embargo, para la época en que se aplicó, las nulidades procesales eran vistas como la simple violación al formalismo o la violación de los ritos establecidos para cada proceso

El derecho romano era solemne en todas sus formas, y habida cuenta de esto, establecía sanciones de nulidad a todo aquel acto que no se practicara conforme a los ritos de dicha solemnidad.

Pero el derecho es cambiante, evoluciona, y como se podrá apreciar a lo largo del presente escrito, las nulidades procesales pasaron de ser simples reglas apegadas a rituales y formalismos, para convertirse en una institución jurídica que propende

³ la nueva regulación de la nulidad procesal Jesús miguel Hernández galilea editorial fórum pág. 6

⁴ la nueva regulación de la nulidad procesal Jesús miguel Hernández galilea editorial fórum pág. 7

por buscar la protección de los derechos fundamentales consagrados en la constitución política colombiana art 29 CN.

Una mirada histórica, nos adentra a la óptica Francesa en la época anterior a la revolución donde imperaba a contrario sensu del derecho romano, una flexibilidad frente a las formas adoptadas por las partes dentro del proceso, pues estas, las partes, podían realizar las actuaciones procesales con mayor libertad ante el juez, no siendo necesario el excesivo ritualismo, y en donde la carencia de este, no generaba causales de nulidad.⁵

Hoy día, las nulidades procesales se someten únicamente al imperio de la ley, atendiendo a principios de tipificación de la norma, así como a las mencionadas garantías procesales, en donde las partes deben conocer de antemano, gracias al imperio de la ley, que tipo de actos procesales o hechos, dentro del proceso pueden tener vocación de nulidad.⁶

Para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, las nulidades procesales datan desde la adopción de la legislación española, la cual, a pesar de ser Colombia un estado soberano e independiente mantenía, ahora, no fue sino hasta 1970, que Colombia mediante los decretos 1400 y 2019 de 1970, que se sanciona el primer código de procedimiento civil colombiano, allí, en los artículo 140 y siguientes se establecen las reglas para el decreto de las nulidades procesales, pero no fue sino hasta el año 2009 cuando el legislador complementa el régimen de nulidades existente a través de la ley 1285 de 2009, que consagra las facultades con las que cuenta el juez para ejercer control de legalidad finalizada cada etapa procesal, decreto que buscó evitar dilaciones injustificadas al proceso, así como una solución a las maniobras dilatorias que se venían presentado en los esquemas de litigación de las partes. Hoy día Colombia cuenta con la ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, allí el legislador estableció las causales de nulidad en los artículos 132 y siguientes iniciando en su artículo 32, con la advertencia del mencionado control de legalidad.⁷

En suma, las nulidades pasan de ser un cumplimiento de reglas sin una finalidad concreta, a convertirse en una institución jurídica, que propende por buscar la protección a los derechos de las partes a tal punto que pretende convalidar aquellos actos que tengan vocación de nulidad, si los mismos no han afectado de manera real y directa los derechos que pretenden proteger.

2.3 EVOLUCIÓN DE LA NULIDAD PROCESAL

⁵ Las nulidades en el derecho procesal civil, 6ed, CANOSA TORRADO FERNANDO pág. 59.

⁶ Las nulidades en el derecho procesal civil, 6ed, CANOSA TORRADO FERNANDO pág. 65

⁷ Art 132 código general del proceso.

Las nulidades procesales nacen con la vigencia del derecho romano, del cual deviene nuestro sistema jurídico, allí dentro de este escenario, las nulidades procesales aparecen como el vademécum a seguir por jueces y partes para evitar que les fueran objetados sus actos dentro del proceso, pues la carencia de observar dichos mandatos normativos, generaba nulidades sobre lo actuado, situación que probablemente ponía en riesgo los postulados superiores.

Sin embargo, no existía código procesal propiamente dicho, la norma procesal nace como la consecuencia de la necesidad de contar con dichos postulados procesales para garantizar la consecución de las etapas del trámite procesal pues resulta insuficiente la postura del derecho civil, por cuanto de manera genérica establece en que momentos se podría presentar situaciones de nulidad.⁸

El autor en cita, vislumbra la necesidad de contar con normativas independientes que trataran de manera especial la *ineficacia*⁹ como institución independiente dentro del derecho procesal.

Ahora bien, el caso particular de nuestra legislación está lejos de concebir instituciones propias, por el contrario en el ordenamiento jurídico colombiano, las nulidades procesales datan desde la adopción de la legislación española como se estableció en líneas superiores, legislación que, a pesar de ser nuestro estado una nación soberana e independiente, mantuvimos dichas normas vigentes por un gran lapso, no fue sino hasta 1970, que Colombia mediante los decretos 1400 y 2019 de 1970, que se sanciona el primer código de procedimiento civil colombiano, allí, en los artículos 140 y siguientes se establecen las reglas para el decreto de las nulidades procesales, pero no fue sino hasta el año 2009 cuando el legislador complementa el régimen de nulidades existente a través de la ley 1285 de 2009, que consagra las facultades con las que cuenta el juez para ejercer control de legalidad finalizada cada etapa procesal, decreto que buscó evitar dilaciones injustificadas al proceso, así como una solución a las maniobras dilatorias que se venían presentado en los esquemas de litigación de las partes. Hoy día Colombia cuenta con la ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, allí el legislador estableció las causales de nulidad en los artículos 132 y siguientes iniciando en su artículo 32, con la advertencia del mencionado control de legalidad.¹⁰

2.4 NULIDAD SUSTANCIAL Y NULIDAD PROCESAL

⁸ MORÓN PALOMINO, M. La nulidad... cit. págs. 79-80.

⁹ MORÓN PALOMINO, M. La nulidad... cit. págs. 79-80.

¹⁰ Art 132 código general del proceso.

Las nulidades sustanciales y las procesales tienen su diferenciación conceptual arraigada principalmente a la fuente normativa que las hace nacer a la vida jurídica, para el primer caso, las nulidades sustanciales se encuentran descritas en la norma sustancial v.gr. art 1741 al 1756 del código civil, allí encontramos postulados que establecen de manera genérica los eventos en los que puede presentarse las nulidades de los actos que allí se regulan.

Por el contrario, las nulidades procesales se encuentran regladas, como su nombre lo indica en la norma procesal, que para el caso del presente estudio se trata del Código General del Proceso artículos 132 al 138, el cual consagra los momentos en los que se presentan actuaciones con vocación de nulidad y aquellas que aunque sean convalidadas no pueden ser saneadas dentro del proceso.

Pero, ¿por qué existe esta diferenciación?, una es fuente de la otra, como ocurre en la mayoría de situaciones jurídicas, la norma sustancial ofrece a la procesal su razón de ser, su sustento normativo o el derecho para que mediante el acto procesal el derecho sustancial se materialice, pero para el caso particular habrá que hacer algunas diferenciaciones importantes:

- La nulidad sustancial puede ser convalidada por acuerdo entre las partes.
- La nulidad procesal puede ser convalidada de manera tácita o expresa, sin que sea necesario el consentimiento de la parte que pretenda v.gr. dilatar el proceso.
- La nulidad sustancial regula las nulidades presentadas entre particulares y frente a los actos y contratos que puedan surgir con ocasión de la relación entre estos.
- Las nulidades procesales regulan los actos presentados dentro de un trámite procesal, y regula las relaciones entre las partes y el estado, representado por el poder judicial, quien en todo momento buscará proteger los derechos fundamentales de las partes en un plano de igualdad.
- Las nulidades sustanciales requieren de pronunciamiento judicial, mediante un proceso judicial específico para este fin v.gr. proceso declarativo de nulidad de matrimonio, nulidad que en el evento de no solicitarse no produce efectos, situación que no ocurre de la misma manera con el acto que encuentra vocación de nulidad, pues este seguirá produciendo efectos jurídicos hasta tanto no se adelante la declaratoria de nulidad.
- Las nulidad procesal también requiere de pronunciamiento judicial, sin embargo este pronunciamiento no se erige mediante un trámite procesal diferente, por el contrario, son declaradas dentro de un proceso judicial que puede no tener nada que ver con una declaratoria de nulidad v.gr. dentro de un proceso ejecutivo, y dichas nulidades pueden ser perfectamente no declaradas por el juez si dichos actos ha sido convalidados de manera

expresa o tácita por las partes, o si por el contrario la nulidad no reviste un daño directo a los postulados del debido proceso, es allí donde se puede verificar que a pesar que un acto sea posiblemente nulo (que tenga vocación de nulidad), este puede ser efectivo (producir efectos), y sin embargo no ser declarado nulo, ahora, las nulidades procesales no necesariamente deben ser solicitadas ante el juez, pues este tiene la obligación de realizar en cada etapa procesal el denominado control de legalidad con el fin de precaver futuras posibles nulidades.

2.5 NULIDAD ABSOLUTA

Nos referimos a nulidad absoluta cuando el hecho originador de nulidad, o con vocación de nulidad recae la búsqueda o consecución de un objeto o causa ilícita, o cuando el mismo hecho trasgrede u omite requisitos formales que las leyes prescriban para la realización de ciertos actos o contratos, el artículo 1741 del Código Civil, establece en que eventos se presenta la nulidad absoluta *“ART 1741 La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces...”

Esto es así si se tiene en cuenta el carácter protector de la institución de las nulidades, y encuentra sentido normativo y finalista en el sentido de propender en todo tiempo por la salvaguarda de los derechos de las partes, derechos fundamentales que si se analiza el artículo precedente se encuentran incluso dentro de la redacción del mismo articulado, veamos:

Nulidad producida por un objeto o causa ilícita: para el ordenamiento jurídico, más concretamente para el legislador no es permisible admitir que ciertos actos jurídicos produzcan efectos en el universo del derecho, en particular aquellos que nacen de un objeto o causa ilícita, es decir, que nacen como consecuencia del concurso delictual de una o más personas o que con el objetivo de producir efectos objeto ilícito, nazca un contrato o acto, en particular, hablando del proceso civil, no es permisible que una parte le sea permitido actuar de manera dolosa frente a los actos que pudiera desplegar dentro de un proceso, razón por la cual, por interpretación, el juez dentro del proceso deberá tener en cuenta este concepto con el fin de darle efectos de nulidad absoluta, a una actuación que dentro del proceso se hubiera adelantado por alguna de las partes con un objeto (fin último, o búsqueda de la consecuencia) o por una causa (la situación delictual o ilegal) que da paso al nacimiento del hecho con vocación de nulidad.

También es nulidad absoluta aquella que se origina en la inobservancia de las formalidades que exige la ley para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de los mismos actos y no al estado civil de las personas que acuerdan son nulidades absolutas según la norma citada, también es nulo el acto producido por las personas absolutamente incapaces, encuentra esta prohibición legal también sustento en la protección de los derechos de las partes, partes que no podrían encontrar de manera directa o por solicitud de estas protección a sus derechos como por ejemplo aplicación del principio de *igualdad entre las partes*, es este motivo por el cual la norma establece un protección especial para las personas incapaces con el ánimo de que no sean burlados sus derechos frente a negocios privados, situación que puede trasladarse perfectamente al escenario procesal, por ejemplo, si un incapaz que es representado o no por su apoderado judicial convalidara una actuación que en principio tiene vocación de nulidad, o si por ejemplo realizara actos directos para ponerle fin a un proceso judicial como v.gr un contrato de transacción, el juez deberá validar tal situación para darle los efectos de nulidad necesarios con el ánimo de proteger los derechos del incapaz, y estableciendo para el caso particular que este solo podrá actuar mediante su apoderado o albacea según el caso.

2.6 NULIDAD RELATIVA

El artículo 1741, al final de su redacción establece *“cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a rescisión del acto o contrato”* en otras palabras, la nulidad relativa es saneable en principio por las reglas del art 1743 del código civil.

“art 1743 La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido”*

Para el caso de las nulidades relativas, nótese que el legislador ha establecido una regla común a saber; que la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio o a petición del ministerio o de un tercero interviniente, sino que por el contrario este tipo de nulidades deben ser declaradas a solicitud de parte, en este caso vale aclarar, de la parte afectada, so pena de convalidación a las luces de la misma norma, cuando se menciona que la nulidad relativa se puede sanear por el lapso del tiempo o por convalidación de las partes.

A diferencia de las nulidades absolutas, las relativas no es obligatorio que sean declaradas por el juez, pues este solo se encuentra obligado a declarar las nulidades absolutas, en este sentido; debemos analizar las posibles razones por las cuales el legislador pretendió que la norma en particular permitiera la existencia de nulidades relativas.

En primera medida, recordemos que las nulidades como institución jurídica, pretenden lograr un fin último. Que en sí mismas, las nulidades no corresponden a dicho fin, sino que son un medio, un mecanismo para lograr el mentado fin que se pretende, es decir, que las nulidades buscan mediante su aplicación, la protección de derechos superiores, fundamentales, la protección por v.gr. de la igualdad entre las partes, debido proceso art 29 superior, entre otros derechos. En este sentido, las nulidades relativas son la categoría de las nulidades que el legislador consideró que al encontrarse por fuera de aquellas que se consideran más graves y trasgresoras de los derechos de las partes y aquellos derechos fundamentales, no requerían de la calificación de más gravosas, y es por este motivo que la misma ley, permite o admite que dichas nulidades sean o tengan un trato más flexible en el evento de presentarse, y trae consigo la manera de sanear dichos vicios, como se ha dicho, aquellos defectos de forma o menores pueden ser convalidados por el paso del tiempo o por la misma convalidación de las partes.

Ahora, tratándose de las nulidades procesales, también encontramos situaciones en las que en efecto el Código General del Proceso, hace uso del concepto, incorporando solo una cierta categoría de nulidades que corresponderían a nulidades insaneables ¹¹ allí v.gr el código general del proceso, en su artículo 136 numeral 4 párrafo único establece que las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables. Es decir, que por sustracción de materia, el resto de las nulidades son saneables tal y como lo establece el mismo código general del proceso en su artículo 135 numerales 1 al 4 ¹² allí en resumen se establece que las nulidades relativas, es decir las que son saneables y no pueden ser declaradas de oficio por el juez de acuerdo al código civil arts. 1742 y siguientes se convalidan por el silencio de la parte que podía proponerla, por convalidación expresa de la parte que podría alegar la nulidad, cuando por economía procesal no se alegue dentro de un término razonable y que la misma nulidad se haya originado en la interrupción o suspensión del proceso, o cuando a pesar de existir vocación de nulidad, el acto hubiese cumplido su finalidad y el mismo no hubiera vulnerado el derecho de defensa.

¹¹ Art 136 párrafo del numeral 4 código general del proceso

¹² Art 136 numerales 1 al 4 código general del proceso

Nótese que el último escenario contempla la posibilidad de que el acto de por sí esté viciado de nulidad, sin embargo, la norma establece que habrá que analizar además si el acto violó de manera efectiva el derecho de defensa, y si además de manera práctica el mismo acto cumplió con su finalidad; es decir, el código general del proceso establece una especie de principio de practicidad, en el que importa más el fondo, que la simple forma en tratándose de la nulidad.

2.7 PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LAS NULIDADES

Vistos los avances históricos y conceptuales de las nulidades, en la actualidad hace falta tener especial atención con los principios orientadores de las nulidades procesales, pues serán dichos principios los que permitan con mayor grado de probabilidad, lograr declaratorias de nulidad que se ajusten a lo que requieren los esquemas de litigación que necesitan los clientes de los litigantes (sin dilaciones injustificadas), es decir, que en el evento de solicitar la declaratoria de nulidad frente a un proceso específico la misma comporte los principios que a continuación se describen.

1. **Que cumpla con elementos de taxatividad o especificidad;** ¹³es decir, que la nulidad se encuentra tipificada de manera inequívoca en el régimen de nulidades del Código General del Proceso,¹⁴ pues al carecer de éste elemento fundamental la parte que pretenda alegarla, no tendrá sustento normativo sobre el cual basarse, y querrá decir en ese caso que el legislador no previó la situación, y que a pesar de tratarse de una posible actuación que afecte los derechos de la contraparte, el juez con base en las reglas establecidas deberá convalidar la actuación mediante los mecanismos ofrecidos por la ley, ahora, a pesar de lo anterior, es posible que la contraparte realmente se vea afectada por dicha actuación que a su criterio comporte la trasgresión de sus derechos, y que a pesar de no encontrarse de manera taxativa como nulidad procesal, podrá tenerse en cuenta dentro del expediente como un incidente o alegato final con el objetivo de lograr desestimar la actuación objeto de alegato, ¹⁵ es por esta razón que en líneas anteriores se manifestó que en principio toda nulidad es relativa, y como consecuencia de ello, susceptible de sanearse, lo anterior con la excepcionalidad que resulta de las nulidades insaneables, establecidas por el legislador. ¹⁶

¹³ Sentencia t025/10

¹⁴ Sentencia T 025/2010

¹⁵ <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/2-%20REFORMAS%20INTRODUCIDAS%20AL%20REGIMEN.pdf>

¹⁶ Nulidades procesales Demanda. Notificación. Prueba I Juicio ejecutivo. Subasta judicial Escrí tOBo Alegato. Sentencia Recurso, incidente, excepción y acción de nulidad Legitimación. Efectos de la declaración 3ª edición actualizada y ampliada EOITORIAL Asn.EA DE ALFREDO y RICARDO DEPI\I.MA . CIUDAD DU BUENOS AIRES 2009 pág. 37

2. **Que cumpla con el objetivo de proteger uno o más derechos fundamentales**, como el derecho a la defensa, debido proceso, juez competente, preexistencia de ley para juzgar y en general cualquier derecho fundamental.¹⁷ Concepto que tiene correlación con el siguiente elemento denominado trascendencia. La nulidad debe cumplir con un objeto, no debe ser meramente una norma que de manera taxativa establezca que es o no una nulidad, además debe dicha nulidad afectar de manera efectiva derechos fundamentales de la contraparte para que tenga efectos o sea declarada, pues podrá presentarse situaciones como por ejemplo, que la contraparte convalide el acto de manera tácita, luego en este caso, un análisis sobre el caso podrá dar cuenta que la actuación realmente no afectó a la contraparte, tan es así que la convalidó con sus acciones, situación que ocurre de manera reiterada, pues como sostiene el autor Palacio *“esta noción debe interpretarse con criterio teológico en función del acto (sic)”*¹⁸ es decir que habrá que mirar el fin último y el objeto de las nulidades procesales, pues no existe razón alguna para que las nulidades se conviertan en una herramienta de dilación del proceso, por el contrario deben ser un mecanismo de control para que se garanticen los derechos de las partes.
3. **Trascendencia**, esto es que la falta permee y afecte de manera directa los derechos fundamentales de la contraparte, es decir, que realmente se esté vulnerando un mandato superior al momento de alegar la nulidad, como lo dice el mismo concepto **trascendencia**. La nulidad o el acto susceptible de nulidad, debe revestir tal importancia y afectar de manera efectiva o trascendente a la parte no culpable de dicha nulidad, se vea afectada por el hecho generador de la misma, situación que no ocurriría; se reitera nuevamente, si la contraparte convalida el acto expresa o tácitamente, pues en interpretación de la comisión redactora, no existe vulneración si la parte afectada convalida el acto.¹⁹ por tratarse de una situación en la que la contraparte posiblemente afectada, no vio menoscabado o reducidos sus derechos fundamentales habida cuenta de dicho hecho con vocación de nulidad. Ahora, para puntualizar lo que significa el concepto de trascendencia es útil decir que *“los principios de la trascendencia y de la conservación, por los cuales no puede privarse de eficacia a un acto sin que exista perjuicio y que debe preferirse la interpretación por la cual se mantenga la validez de los actos procesales, permiten llegar a la conclusión que la prueba válidamente rendida por las partes en el curso del juicio debe ser conservada. Para resolver de este modo, resulta pertinente tener presente, además, que tanto la prueba instrumental como confesional puede rendirse en cualquier*

¹⁷ <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/2-%20REFORMAS%20INTRODUCIDAS%20AL%20REGIMEN.pdf>

¹⁸ Palacio derecho procesal civil iv. Pág. 145

¹⁹ <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/10-11/2-%20REFORMAS%20INTRODUCIDAS%20AL%20REGIMEN.pdf>

estado del juicio". "la casación en la forma no solo es un medio de impugnar una sentencia sino que también es, y principalmente, un medio para reclamar por la inobservancia de las garantías del procedimiento. De esta manera constituye una de las posibles vías o instrumentos de la nulidad procesal y, por ende, le resulta aplicable el principio de trascendencia. Así, solo tienen interés en la impugnación aquellos a quienes la sentencia perjudica y contra los cuales se han infringido esas garantías. En tal virtud la casación formal no puede prosperar si la infracción que se denuncia no irroga perjuicio para el que lo alega". ²⁰. Resulta inoperante para la deontología de la nulidad entonces que el juez declare nulidades dentro de un proceso, ciñéndose exclusivamente a efectos de los requisitos formales.

4. **Debe ser declarada por la autoridad judicial**, en todo caso no existirá nulidad procesal si esta no ha sido declarada por un juez o tribunal, en caso contrario se estaría frente a una actuación con vocación de nulidad, en ningún caso se tratará de una nulidad.²¹
5. **Legitimación**, quien alegue la nulidad debe estar legitimado dentro del proceso, ser parte, y además de ser parte, quien alega dicha nulidad no puede ser quien generó la causal de nulidad.
6. **Nadie puede beneficiarse de su propio error**, en concordancia con el punto anterior, quien genera la nulidad no puede alegarla, pues el proceso no puede dilatarse más aún cuando quien genera la nulidad es quien pretende proponerla.

Preclusión de la nulidad, si la nulidad no se alega en el momento procesal establecido para hacerlo, esta quedará subsanada por los mecanismos que ofrece el código general del proceso.

2.8 NOCIONES DE LAS NULIDADES PROCESALES

Las nulidades procesales son de manera exclusiva aquellas que se encuentran en el ordenamiento procesal Código General del Proceso arts 132 al 138, para el caso de estudio del presente escrito, sin embargo se encuentran reseñadas conceptualmente en los artículos 1741 y siguientes del código civil. No pueden denominarse nulidad procesal aquel acto que no tenga relevancia o aplicación bajo las reglas y presupuestos allí consignados, por esta razón se diferencia de las nulidades sustanciales, pues estas, las nulidades procesales únicamente comportan la institución jurídica que pretende proteger los derechos fundamentales del art 29 superior dentro de un proceso que se encuentra en curso, vuelve y se

²⁰ "La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno" revista de derecho universidad católica del norte pág... 69

²¹ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 304.

reitera que la intención que prima dentro de la nulidad procesal, es atender las necesidades de las partes a un juicio con las garantías al debido proceso, derecho a la defensa, igualdad entre otros.

Las nulidades procesales nacen como la consecuencia de una evolución histórica que a lo largo del tiempo ha logrado consolidarse como institución jurídica, sin embargo es de recordar que no existe una noción unificada en la doctrina o la jurisprudencia que nos diga que es exactamente una nulidad procesal.

Bastará por ahora remitirnos a lo que establece su evolución, su historia y lo consagrado en los artículos mencionados del Código General del Proceso que regulan lo pertinente a las nulidades procesales para continuar en los esfuerzos necesarios para lograr establecer una noción o un concepto unificado sobre lo que son las nulidades procesales.

2.9 COMO DEBE DECLARARSE UNA NULIDAD

Frente al objeto de estudio, las nulidades; debe recordarse, que las mismas deben ser declaradas judicialmente, luego no existe nulidad sin declaratoria judicial, es decir, no hay nulidad si un juez no declara que dicho vicio existió y que la nulidad produce efectos de invalidación de la acción u omisión.

Dicho lo anterior las normas establecidas por el legislador en punto a establecer los actos que constituyen vocación de nulidad, deben ser analizados y decretados por el juzgador con base en las reglas que para tal fin se establecen en el art 132 y siguientes del Código General del Proceso ²², es decir, el régimen de nulidades, ahora, el mecanismo para lograr este objetivo se encuentra previsto el “título iv incidentes capítulo i disposiciones generales”, artículos 127 y siguientes del código general del proceso, dicha norma establece la manera de tramitar las nulidades las cuales deben tramitarse mediante incidente con el fin de darle cabida al objeto del régimen de nulidades las nulidades, allí se establece el procedimiento a seguir por parte tanto del juez como de la parte que pretenda que se decrete una nulidad.

En el articulado señalado en el párrafo anterior, se establece que los incidentes, léase nulidades procesales, deben ser propuestas de manera verbal art 129 código general del proceso inciso 2 ²³ *“las partes solo podrán promover incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia. Del incidente promovido por una parte se correrá traslado a la otra para que se pronuncie y en seguida se decretarán y practicarán las pruebas necesarias (...)”* de aquí se colige que tal y como lo establece el art 134 del código general del proceso que habla de la oportunidad y trámite para alegar las nulidades procesales, se establezca que las

²² Art 312 y siguientes código general del proceso

²³ Art 129 código general del proceso

mismas pueden alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella, es decir, las nulidades procesales pueden ser propuestas v.gr mediante incidente, en cualquier momento, en concordancia con el artículo 129 del CGP que establece las oportunidades en donde pueden proponerse incidentes en general, para el particular, de lo que tiene que ver con las nulidades procesales.

Dentro de los incidentes, mecanismo que se utiliza para materializar el decreto de las nulidades procesales, podrán pedirse las pruebas que la parte estime pertinentes una vez solicitado el incidente en audiencia, para que sean decretadas las pruebas las mismas deben ser conducentes y que en efecto sean útiles para el establecimiento de la existencia de la nulidad, lo anterior de acuerdo a los postulados que en materia probatoria deben regir frente a los medios de prueba que se soliciten, una vez decretadas y practicadas las pruebas, el juez decidirá de plano, es decir que no existen recursos contra la decisión que resuelve la nulidad.²⁴

2.10 CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

Las consecuencias de la declaratoria de la nulidad se analizarán en primera medida desde el punto de vista sustantivo, para luego realizar el mismo análisis desde el punto de vista adjetivo, desde esta perspectiva es así como el artículo 1746 de código civil establece **efectos de la nulidad** (...) *la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en el que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.* (...)

Quiere decir lo anterior que el efecto de las nulidades como ficción jurídica tienen el efecto de retirar de la realidad jurídica y judicial los efectos que pudiera haber producido un acto con vocación de nulidad, es cierto también que como ficción jurídica no comporta situaciones que pueda modificar el plano de lo real, pues en la realidad el acto produjo efectos; existió, y en el plano de la realidad no puede eliminarse el acto nulo, precisamente, por esta razón se habla de ficción jurídica, este concepto establece, la ficción es algo se asume como cierto pero no en el plano real, más sin embargo la ley le otorga efectos jurídicos o procesales reales; dicho de otra forma, la ficción jurídica lo que permite es dejar sin efectos al acto nulo dentro del proceso y para los fines exclusivamente procesales v.gr puede existir un acto declarado como nulo del cual se desprendía la práctica de una prueba que para el proceso significaba una decisión en un sentido favorable para una parte, sin embargo, por considerarse nulo dicho acto, el juez, deberá tomar su decisión sin tener en cuenta la existencia de dicho acto, o sin tener en cuenta los efectos de dicha prueba, caso en el cual la decisión del juez puede variar de manera ostensible

²⁴ Las nulidades procesales en el nuevo código general del proceso, un análisis desde el derecho constitucional colombiano pág. 29-32

o en contra de la parte que inicialmente se vería beneficiada si la prueba hubiera sido tenida en cuenta. La norma en cita habla específicamente en el plano sustancial, de la declaratoria de nulidad de actos que necesariamente al interpretarse nos adentra en el plano de los actos entre particulares, sin embargo, los efectos establecidos en ella, si atañen directamente a los efectos de la declaratoria de la nulidad procesal, pues en este último escenario, sucede exactamente lo mismo, las partes, y el proceso mismo, debe ser restituido al mismo estado en el que se hallaran si al acto un hubiese existido.

Como consecuencia de lo anterior, o sea la declaratoria de nulidad, deberán practicarse todos los actos nuevamente si esto fuere posible, pero ya corrigiendo o evitando que se presente la nulidad dentro del mismo, es así como por ejemplo, deberán practicarse nuevamente etapas procesales, realizar alegatos de conclusión o cualquiera de los eventos presupuestados en el artículo 133 del código General del Proceso causales de nulidad según sea el caso, por ello habrá que analizar sobre que se pronuncia la declaratoria de nulidad.

Ahora en punto a materializar un concepto directamente sobre las nulidades procesales y sus efectos se tiene como norma de referencia para la explicación el artículo 138 del Código General del Proceso, norma de la que se puede extractar: *“cuando se declare falta de jurisdicción, o falta de competencia por el factor funciona el o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.*

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará si validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declara una nulidad indicará la actuación que debe renovarse”

En este sentido, pretende la norma no buscar dilaciones al proceso, pues notemos que en el evento que un juez actuara con falta de jurisdicción y competencia, no se pretende normativamente que lo actuado se invalide, por el contrario, lo actuado conservará si validez para que el juez competente tome el proceso en el estado en el que se encuentra, y continúe para finalmente tomar una decisión, no ocurriendo lo mismo en el evento que la sentencia ya se hubiese dictado, pues esta si se invalidará con el fin de que sea el juez competente quien tome la decisión. No ocurre el mismo efecto procesal para el caso de las pruebas, pues estas si conservarán su validez, existiendo solo un evento de una posible declaratoria de nulidad, que la parte que la alega no hubiese tenido la oportunidad de controvertir dicha prueba, más sin embargo la eficacia de la prueba se mantendrá respecto de quienes sí tuvieron la oportunidad de controvertirla; para finalizar la norma establece que las

medidas cautelares se mantendrán, y esto encuentra razón de ser en el sentido de que la institución de las nulidades no pueden utilizarse como estrategia para proteger los intereses de la parte pasiva del proceso y poner en riesgo la posibilidad de remate por ejemplo dentro de un proceso ejecutivo, pues sería evidente que en evento de ser obligatorio el levantamiento de las medidas cautelares, el demandado de manera inmediata se insolventa , y que el auto que declara una nulidad indicará la actuación que deba renovarse.

2.11 LA NULIDAD COMO MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A lo largo del presente estudio, se ha analizado en diferentes apartes, la importancia que revisten las nulidades desde el punto de vista de los postulados superiores, v.gr art 29 CN debido proceso, igualdad entre las partes, juez natural entre otros.

Y es que no es coincidencia que a lo largo de la historia de las nulidades esta institución haya evolucionado para convertirse precisamente en eso, una institución jurídica; que evidentemente sigue progresando y cambiando conforme avanza nuestra sociedad, pero es que resulta importante hacerle el respectivo análisis a dicha evolución desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, porque es desde esta óptica que las nulidades han encontrado su evolución.

Recordemos que en el derecho romano, las nulidades correspondían a simples reglas frente a las cuales debía tenerse en cuenta el formalismo a la hora de realizar los juicios, es así como por ejemplo para contextualizar el formalismo excesivo, que si el litigante no se refería al juez con el decoro de la época con términos como el de *“su señoría en la actualidad”* se generaba nulidad y el litigante perdía la oportunidad de ser oído, y más allá del ejemplo, las nulidades nacieron como un mecanismo para “sanear” el proceso por decirlo de alguna manera, pero las nulidades no buscaban una función protectora de derechos fundamentales como hoy en día, aunque en la práctica en algunos casos pudiera darse que si efectivamente, y sin saberlo, se estuvieran protegiendo derechos fundamentales de la sociedad romana.

Hoy día las corrientes frente a la institución de las nulidades, buscan proteger dichos derechos fundamentales más allá de solamente buscar que se proteja una justicia formal, que de todas formas debe ser tenida en cuenta con el fin de brindar seguridad jurídica y de manera complementaria con la búsqueda de la seguridad jurídica permitir a las partes acceder al derecho fundamental de un juicio reglado, juez natural y el mencionado debido proceso, en este sentido es importante reconocerle a las nulidades procesales, la vocación de protección a los derechos

fundamentales, pues del análisis de los diferentes conceptos desarrollados a lo largo del presente escrito se resume que las nulidades buscan de manera principal y como fin último la protección del debido proceso artículo 29 CN, y que de allí se desprenden otras consecuencias proteccionistas también de los derechos fundamentales; esto se evidencia en la manera en que la institución de las nulidades rechaza a lo largo de sus normas tanto sustanciales del código civil como procesales dentro del Código General del Proceso la posibilidad de utilizar las nulidades como mecanismo dilatorio del proceso, como el legislador ha establecido un rasero mínimo para aquellas nulidades que son insaneables, y desde el punto de vista práctico, como le otorga al juez la posibilidad de sanear los vicios existentes incluso en el evento del numeral 4 del artículo 136 del código general del proceso, en el que se establece un supuesto de hecho normativo finalista al mencionar que a pesar del vicio existente el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.²⁵

3. TRÁMITE DE LAS NULIDADES Y CAUSALES

3.1 CONCEPTO

El trámite de las nulidades se realiza mediante el mecanismo procesal establecido en los artículos 127 al 131 del código general del proceso incidentes, mediante dicho mecanismo, la parte podrá solicitar al juez de manera verbal que se decrete la nulidad y aportará prueba siquiera sumaria sobre los hechos que pretenda probar.

Como excepción a la solicitud verbal de la nulidad, la parte puede promover el incidente cuando esta verse sobre la sentencia, de dicho escrito se correrá traslado por tres días, vencido dicho término el juez convocará a las partes a audiencia en la que se decretan las pruebas solicitadas.

El trámite de una nulidad entonces es un proceso sumario al interior del proceso principal, dentro del cual el juez deberá resolver situaciones puntuales como es el caso de la declaratoria de nulidades procesales entre otras cuestiones que no son materia del presente estudio, en algunos casos la autoridad judicial se pronunciará junto con la sentencia sobre el incidente, más sin embargo, para el caso puntual de las nulidades procesales, la decisión se toma por parte del juez antes de dictar dicha sentencia atendiendo al principio de control de legalidad consagrado en el artículo 132 del Código General del proceso²⁶ el cual consagra la obligatoriedad que

²⁵ Art 136 numeral 4 código general del proceso

²⁶ Art 132 código general del proceso

reviste para el juez realizar el control de legalidad una vez agotada cada etapa procesal.

3.2 OPORTUNIDAD PARA PROPONER NULIDADES

Las nulidades deberán proponerse teniendo en cuenta los postulados del artículo 134 del Código General del Proceso *“art 134 las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.*

La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.

El juez resolverla la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.

La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio”

De manera general, podrán entonces alegarse nulidades en cualquier etapa procesal sin embargo hay casos en los que la oportunidad para hacerlo cambia de acuerdo a lo siguiente; que la originada por indebida representación, falta de notificación o emplazamiento podrá, alegarse además de poderse alegar dentro de las etapas procesales, también podrá hacerse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia (léase remate, embargo y secuestro), también existe la posibilidad de ser alegadas estas causales de nulidad mediante el recurso de revisión, pero esto solo será posible si quien pretende alegarla no pudo alegarla en las oportunidades antes mencionadas, y esta situación habrá que eventualmente demostrarse a través de los medios de prueba disponibles.

La salvedad en punto a otorgar los beneficios de la declaratoria de la nulidad solamente a quien la propuso encuentra sentido si se analiza el principio de que no

podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina ²⁷ de acuerdo al artículo 135 inciso segundo del Código General del Proceso.

Es necesario entender la manera en la que el derecho procesal articula el tema de estudio del presente escrito, es decir las nulidades procesales, con el ordenamiento procedimental y para ello es importante establecer qué; el derecho procesal es el conjunto de normas procedimentales y sustanciales que articulan las actuaciones de las partes dentro del proceso.

De esta manera podremos entender que las nulidades no son solamente la descripción de un supuesto de hecho normado en un texto, sino que dicho supuesto de hecho deberá devenir principalmente de las normas superiores o sustanciales, para luego articularse a las etapas del proceso en donde puedan ocurrir, es decir, la nulidad procesal deberá buscar hoy día propender por evitar los formalismos que se pretendían imponer con el derecho romano para cambiarlas por esquemas que permitan una óptica más parecida a las del derecho francés, complementándolas con los principios de finalidad de la nulidad, trascendencia y cualquier otro principio que justifique la nulidad desde el punto de vista de su objeto frente al proceso y la intención de no dilatarlo.

Dicho lo anterior, el concepto de nulidad deberá ser analizado en aras de darle contexto al presente trabajo, y para el caso concreto es útil hacerse la pregunta, ¿Que es una nulidad?

Para dar respuesta a dicho interrogante podría decir que: la nulidad es un defecto; una actuación u omisión que dentro del trámite del proceso se presentó, y que dicho defecto actuación u omisión no se ajusta a las reglas contenidas legales contenidas en el CGP o a la constitución política, es decir, que dicha actuación u omisión, va en contravía de los preceptos normativos o constitucionales y que por ser contraria a dichos mandatos, genera que las actuaciones subsiguientes o consecuentes a dicho hecho generador de la causal de nulidad deban ser invalidadas, o no deban ser tenidas en cuenta dentro del proceso y que como consecuencia de ello, el juez deba tomar una decisión basado en los hechos y pruebas que no fueron objeto de nulidad, es así como podrá presentarse una circunstancia en la que un hecho o prueba, a pesar de ser ciertos, deberán no ser tenidos como tal dentro del expediente, por encontrarse incursos en alguna de las causales de nulidad y el juez a pesar de verificar que dicha prueba o hecho sean ciertos, no podrá tenerla en cuenta en su decisión, lo anterior sin perjuicio de principios superiores como la trascendencia de la nulidad. ²⁸

²⁷ Art 135 inciso segundo código general del proceso

²⁸ Sentencia T-125/2010, C-590/05 -- concepto de nulidad taxativa, reglas sobre las nulidades explicadas en sentencia por parte de la corte constitucional.

Pero no solo se trata de que las causales se encuentren establecidas en la ley de manera taxativa, será necesario además que dichas causales de nulidad busquen proteger principios fundamentales y derechos constitucionales, como lo son el derecho a la defensa, debido proceso, igualdad de las partes, entre otros derechos constitucionales, de lo contrario carecerían las nulidades de un objeto o fin superior y serían simplemente reglas legales contenidas en un procedimiento sin un objeto real o filológico desde el punto de vista jurídico y académico.²⁹ Encuentra esta afirmación asiento en el principio de trascendencia, que no es otra cosa que un requisito para que una nulidad pueda ser declarada, y que tiene que ver con la necesidad sobre que la nulidad alegada, represente de manera efectiva un menoscabo a los derechos de las partes, que efectivamente se violen los principios constitucionales al debido proceso, igualdad entre las partes entre otras garantías superiores, en otras palabras, los hechos o actuaciones generadoras de nulidad deben revestir tal importancia y comportar tal vulneración a los derechos fundamentales de las partes, que en efecto permeen dichos postulados para que sea decretada la nulidad.³⁰

“Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia...”, o incluso con posterioridad a ésta si se presenta el caso que la nulidad se cause dentro de la mencionada sentencia.

Este postulado del art 134 del CGP, debe confrontarse con el art 132 del mismo CGP, en el sentido de que si bien es cierto, las nulidades pueden proponerse en cualquier tiempo o instancia durante el proceso, no es menos cierto que agotada cada etapa procesal y realizado el control de legalidad, quedarán subsanados todas aquellas nulidades que no fueron alegadas oportunamente, pues la lógica es evitar precisamente que se logre un avance en el trámite procesal y que al cabo de dicho avance el litigante proponga nulidades que invaliden lo avanzado y deba iniciarse nuevamente el trámite. Lo anterior no limita la posibilidad de proponer una nulidad configurada por hechos nuevos para las partes y para el juez.³¹

Este precepto guarda estrecha relevancia con el control de legalidad, pues claro que las partes tienen el derecho constitucional y legal de alegar nulidades en todo tiempo, pero no es menos cierto que las mismas estén exoneradas de atender el mandato legal de respetar el control de legalidad establecido por el juez o desconocerlo, pues el litigante no podrá, so pena de buscar maniobras dilatorias, proponer nulidades a sabiendas que el proceso ya se encuentra saneado, y en caso que así lo hiciere, el juez cuenta con amplias herramientas, o poderes de instrucción y sanción que le otorga el mismo CGP para conjurar dichas actuaciones y mantener a las partes al margen de estas actitudes.

²⁹ Arts. 1, 2, 4, 8, 10, 14 CGP Art 133 CGP.

³⁰ Pozo Silva Nelson, las nulidades procesales buenos aires editar 1987 pág. 59

³¹ art 134 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015.

No quiero decir con lo anterior que el litigante deba abstenerse en todo caso de proponer nulidades que considere fundadas, por el contrario, lo pretendido es orientar a colegas y alumnos sobre la importancia de fundamentar sobre bases reales la proposición de una nulidad frente a un proceso pues el hecho de hacerlo de manera temeraria o desatendida puede ocasionar problemas incluso pecuniarios en contra de quien manifiestamente proponga nulidades con el ánimo de desviar o dilatar el proceso.

Las nulidades, como cualquier derecho que se pretenda hacer valer dentro de un proceso, requieren de un vehículo para hacerse de efectos, esto es; de la norma procesal, para el caso de las nulidades se tramitan como incidentes, la cual permitirá al actor dentro del proceso, lograr que dicha nulidad sea declarada con arreglo a las normas que regulan los incidentes, pues bien, para lograrlo las partes deberán necesariamente manifestarse frente a la nulidad mediante los llamados “actos” que es la manera en la que el juez y las partes o los intervinientes acceden a dejar sus actuaciones dentro del trámite procesal, dichos “actos” se establecen en los artículos 134 y siguientes del Código General del Proceso en donde se establece que la oportunidad y el trámite para decretar una nulidad puede generarse en cualquiera de las etapas del proceso, en este orden de ideas y teniendo en cuenta los esquemas de litigación oral con los que cuenta el CGP, las partes deberán de manera verbal y sustentada manifestar los motivos de inconformidad, este sería el “acto”: así, el juez una vez oído el argumento o verificado que el mismo reposa en la contestación de la demanda (caso en el que podrá alegarse por escrito) dará traslado de las pruebas a que hubiera lugar a la contraparte para luego proceder a decidir sobre ellas.³²

Ahora; al realizar un análisis sobre las posibles maneras de dar aplicación a las nulidades en el proceso civil, es evidente que a través de la simple lectura normativa, que las mismas hacen parte de un régimen legal y constitucional que tiene aplicación en diversos procesos, sin embargo, para el presente estudio nos enfocaremos de manera preferente al proceso civil. Antes de entrar en materia, es necesario aclarar que dentro del proceso civil y de acuerdo a lo preceptuado en el *“art. 134 del CGP, las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurren en ella”*. Dicho esto, a continuación se enuncian cada una de las nulidades, como a continuación se enumeran:

3.3 NULIDAD POR FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA

³² Art 127 al 138 CGP

Numeral (i) art 133 CGP *“Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia”.*

Falta de jurisdicción: La jurisdicción se menciona en los artículos 15 al 36 del Código General del Proceso, sin embargo, no existe una definición de jurisdicción de manera formal, por este motivo vale la pena traer a colación varios de los conceptos de autores colombianos como extranjeros sobre lo que significa el concepto de jurisdicción.

Por ejemplo el Dr. Eduardo J Couture plantea: que existen por lo menos cuatro interpretaciones sobre lo que significa el concepto de jurisdicción a saber: ³³

- Que se puede interpretar como un concepto que se refiere al ámbito territorial, quiere decir que existe una relación entre la ocurrencia del hecho y el lugar donde este se presenta.
- Como sinónimo de competencia, este concepto o acepción ha sido superado, pues hoy día se pueden diferenciar los conceptos de manera nítida, y aunque se usen como sinónimos, hay que aclarar que no lo son. Para diferenciarlos, el autor menciona un ejemplo en el que manifiesta que todo juez tiene jurisdicción, mas no todo juez puede tener competencia para conocer del asunto, “la jurisdicción es el todo, y la competencia es un fragmento de esta”.
- Como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público, establece el autor, que este punto se refiere a los grados de conocimiento que tienen los diferentes jueces, sus especialidades y demás grados de conocimiento.
- Como función pública de hacer justicia, según el autor en cita, esta es el concepto que guarda relación al con una evolución del concepto denominado “función jurisdiccional” concepto que guarda relación con la investidura con la que cuenta un funcionario público para administrar justicia, también hace la salvedad el autor sobre aunque generalmente coincide la función jurisdiccional con el poder judicial, no siempre ocurre esto, pues existen entidades u órganos con funciones jurisdiccionales que no pertenecen al poder judicial.

El doctor Azula Camacho menciona que la jurisdicción se explica desde conceptos opuestos entre sí, y uno intermedio definidos como el objetivo, el subjetivo y el mixto; siguiendo pues con la línea de comparación entre los diferentes autores en cita, se explica de manera resumida cada uno de ellos: ³⁴

³³ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 56

³⁴ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 57

- El objetivo: se refiere a la interpretación dada a la aplicación de las normas subjetivas y procesales frente a cada caso concreto, dicha teoría tiene algunos reparos que no son materia de estudio en el presente escrito.
- El subjetivo: busca proteger el derecho demandado por el accionante, es decir, al contrario del anterior, este extremo no reconoce como principal la norma procesal o sustantiva sino el derecho del demandante.
- El mixto: como su nombre lo indica reúne características de la primera y la segunda con el fin de lograr un panorama que se complementa con juntos extremos.

El Doctor Hernán Fabio López Blanco, prefiere la teoría del Doctor Coutere donde indica que la jurisdicción es una función, la cual es ejercida por quienes fueron encomendados para tal fin.

Para continuar con la contextualización de las razones por las cuales el Código General del Proceso estableció en su art 133 que será causal de nulidad la *falta de jurisdicción y competencia* es de suma importancia para el lector que se comprendan a través del presente escrito los elementos que conforman la jurisdicción, **i)** el elemento subjetivo: elemento que se refiere a las calidades y naturaleza de las partes, pues con ocasión de dicha naturaleza, deberá conocer del asunto en concreto el juez natural, respetando incluso los preceptos normativos superiores al debido proceso **ii)** objetivo o material: se remite a la naturaleza del asunto a debatir dentro del proceso judicial, evidentemente si la naturaleza es civil, laboral o penal, le corresponderá una función jurisdiccional específica en cabeza de un funcionario judicial en particular **iii)** formal: se remite a la norma procesal, es el elemento que establece la normatividad que servirá como guía para adelantar el asunto en contienda ³⁵ dichos elementos se encuentran plasmados en nuestra normatividad procesal. ³⁶

Falta de competencia: como se estableció en líneas anteriores, la competencia se desprende de la jurisdicción, la jurisdicción es el género y la competencia es la especie ³⁷ y por la competencia se le otorga a cada grado de especialidad de la rama judicial los asuntos sobre los cuales podrán ejercer la jurisdicción, es decir sobre los cuales podrán administrar justicia, tomar decisiones vinculantes y en derecho para las partes.

En otras palabras, la competencia es la facultad que le otorga la ley a cada juez, dependiendo de su jerarquía y especialidad para decidir sobre una porción de la jurisdicción.

³⁵ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 58

³⁶ art 16 CGP factor subjetivo y funcional

³⁷ Mattiolo tratado de derecho judicial civil, 1ª ed., Edit. Reus, Madrid, Pág. 3

Como factores de la competencia tenemos:³⁸

- i)** El factor objetivo: este factor se define por situaciones que como su nombre lo indican, son objetivas, es decir no atienden a situaciones de la naturaleza de las partes, en otras palabras que son situaciones determinables o determinadas como por ejemplo, la cuantía del asunto, su naturaleza, si es civil, penal, laboral etc...
- ii)** factor subjetivo: a contrario sensu del elemento anterior, el factor subjetivo si atiende a elementos que tienen que ver con la calidad de las partes, así por ejemplo, si las partes en contienda son de derecho público, o si la parte pasiva del proceso es un empleado oficial o funcionario público, su juez natural necesariamente deberá ser distinto de acuerdo a los postulados del art 29 de la constitución política de Colombia, para estos eventos la competencia radicará de preferencia frente a las demás en cabeza del juez que detente la especialidad o jerarquía necesarias para adelantar el trámite procesal.
- iii)** factor territorial: este factor tiene que ver directamente con situaciones que atienden a la ocurrencia de los hechos o la ubicación de los bienes materia del litigio, pues dependiendo de la ubicación de uno u otro, le corresponderá a uno u otro juez conocer sobre el trámite procesal por el factor territorial.
- iv)** factor funcional: la funcionalidad se interpreta como la manera en que la organización jerárquica y de grados de conocimiento establece diferentes atribuciones o especialidades a los jueces, con el fin de que conozcan de los asuntos que les son repartidos.
- v)** factor de conexión: emerge nítido este elemento cuando las partes o la autoridad judicial, por acumulación de pretensiones o de procesos hacen uso del principio de economía procesal, con el fin de que un solo juez conozca sobre todos aquellos litigios que versan sobre un mismo objeto.

Como ejemplo de la falta de jurisdicción o competencia se puede presentar cuando cualquiera de las partes, (el demandado generalmente), alega esta causal de nulidad dentro del expediente por considerar que el juez a quien se está sometiendo el asunto en contienda no tiene jurisdicción o que carece de competencia, y cuando la misma ha sido resuelta de manera tal que, en efecto, se declara que el juez que está conociendo el caso, a pesar de haber admitido la demanda, no debe administrar justicia sobre el caso en concreto por las causales previstas en el numeral analizado. También podrá presentarse que el mismo juez ha rechazado el caso por considerar que se encuentra incurso en casual de falta de jurisdicción o competencia y el superior jerárquico del juez en efecto ha declarado que dicha

³⁸ Manual de derecho procesal civil tomo i primera edición universidad católica de Colombia pág. 62-63

causal es real y debe retirarse de su conocimiento el negocio jurídico, y sin embargo dicho juez, el primero; continua realizando actuaciones dentro del proceso, incluso después de la declaratoria de nulidad del superior. Si cualquiera de los presupuestos aquí analizados ocurre, todas aquellas actuaciones realizadas después de que la nulidad sea decretada se invalidarán, no ocurriendo lo mismo con las actuaciones anteriores a la declaratoria de nulidad, pues estas mantendrán su validez habida cuenta del mandato legal del mismo CGP por considerarse no viciadas de nulidad.

3.4 NULIDAD POR PROCEDER CONTRA SENTENCIA EJECUTORIADA

Numeral (ii) art 133 CGP “Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia”.

Concepto de providencia ejecutoriada:

El concepto de ejecutoria guarda estrecha relación con el concepto de cosa juzgada, pues una providencia ejecutoriada es contentiva de una decisión que se tomó como consecuencia de un proceso debidamente adelantado o tramitado ante autoridad judicial, revestida de jurisdicción y competencia, conceptos ya analizados previamente y a lo largo del presente escrito, sin embargo vale la pena recordar que la jurisdicción y la competencia tienen que ver con el poder jurisdiccional, es decir el poder jurisdiccional es aquella facultad que permite a los funcionarios judiciales tomar decisiones en casos concretos con base en un procedimiento establecido previamente en nombre del estado.

Ahora, ¿cuándo una decisión se encuentra ejecutoriada? Una decisión se encuentra ejecutoriada cuando ha sido emitida por el órgano judicial competente para conocer del caso, cuando la misma ha sido controvertida en juicio, cuando se ha dado la oportunidad a los sujetos procesales para que interpongan los recursos de ley que correspondan al caso concreto y cuando la misma ha sido debidamente notificada a las partes.³⁹ Nótese que dentro los elementos mencionados para que exista ejecutoriedad de una decisión judicial se enmarcan situaciones de raigambre constitucional, como lo es el debido proceso, el principio de contradicción, el juez natural, entre otros.

En otras palabras una decisión judicial se encuentra ejecutoriada cuando sobre la misma ya no proceden recursos de alzada, ordinarios o extraordinarios y la misma

³⁹ Sentencia c 641/02

se encuentra en firme, no siendo admisibles recursos adicionales a los ya intentados en el curso normal del trámite procesal.

En este evento se presentan 3 casos en los que puede presentarse causal de nulidad, pues el numeral los incluye en uno mismo, a saber: “1) cuando el juez procede contra una providencia ejecutoriada del superior...”, 2) “revive un proceso legalmente concluido...” o 3) “...pretermite íntegramente una instancia.

Se analizará cada posible evento:

“1) cuando el juez procede contra una providencia ejecutoriada del superior...”

La administración de justicia se encuentra jerarquizada. Organizada de manera tal que los jueces que mayor jerarquía que otros adoptarán decisiones vinculantes incluso para los de menor grado de conocimiento, razón apenas suficiente para que las decisiones del superior, debidamente ejecutoriadas deban ser acatadas por el de menor rango. Es por esta lógica, que resulta inadmisibles que existiendo un pronunciamiento del superior, un juez de inferior orden tome una decisión, que aunque en derecho acertada, sea completamente contraria a otra providencia ya ejecutoriada por un juez de superior categoría que el primero, este precepto guarda estricta relación con el precepto jurídico denominado *cosa juzgada*.

2) “revive un proceso legalmente concluido...” Para el legislador son contrarias a la ley las actuaciones adelantadas por el juzgador cuando con estas se busca analizar el trámite de un proceso ya concluido. Se trata con esto de evitar trámites posteriores que reabran discusiones ya concluidas, en otras palabras es una materialización del concepto de cosa juzgada, en donde los debates debidamente concluidos por sentencia judicial ya no deben ser reabiertos habida cuenta de la garantía que debe ofrecer el estado frente a la seguridad jurídica.

3) “...pretermite íntegramente una instancia. También existe causal de nulidad cuando se pretermite (omite) íntegramente una instancia, este evento se configura en los casos en los cuales se omite la mencionada instancia en su totalidad, toda vez que en los eventos que se pretermiten etapas del procedimiento que componen la respectiva instancia, como la solicitud de pruebas o alegatos de conclusión, la causal será la establecida en el numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, nótese que se separa de esta manera el concepto de instancia frente al de etapa procesal.⁴⁰

En otras palabras podemos concluir que:

⁴⁰ Expediente Radicación número: 52001-23-31-000-2001-00122-01 (32800)

Para el primer segmento, es decir: **1 Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior**; que el juez que está tomando una decisión que va en contravía de una dictada por un juez de mayor jerarquía, por ejemplo, puede presentarse esta situación en el evento de que un juez civil del circuito hubiese decretado la falsedad ideológica de un título valor, pero el demandante de manera temeraria presenta una nueva demanda, esta vez ante un juez civil municipal, y este, a pesar de haberse propuesto como excepción el anterior proceso en donde ya se había declarado dicha falsedad, libra mandamiento de pago y posteriormente dicta auto que ordenara seguir adelante con la ejecución. **2 revive un proceso legalmente concluido**, el ejemplo del anterior escenario engrana con la posibilidad que analizaremos ahora, veamos; si se analiza el texto “revive un proceso legalmente concluido” en su tenor literal, estamos frente a una situación en la que un juez tramita una demanda sobre la cual ya hubo un pronunciamiento o un trámite que le puso fin al proceso, esto es “cosa juzgada”, o sea que los mismos hechos fueron debatidos en un momento y trámite procesal anterior ante un juez y éste concluyó el litigio por causas legales, este aparte del numeral segundo del capítulo de nulidades del CGP guarda estrecha relación con el mandato superior debido proceso.

3.5 NULIDAD POR OMITIR CAUSALES DE INTERRUPCIÓN O DE SUSPENSIÓN

Numeral (iii) ARTÍCULO 133 CGP “Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.” Nótese que esta causal presenta una diferencia entre interrupción y suspensión del proceso, aunque sus efectos sean parecidos en el sentido de que ambos detienen el curso trámite procesal, es necesario describir uno y otro. La interrupción se encuentra regulada en el artículo 159 del Código General del Proceso *“Artículo 159. Causales de interrupción. El proceso o la actuación posterior a la sentencia se interrumpirá: 1. Por muerte, enfermedad grave o privación de la libertad de la parte que no haya estado actuando por conducto de apoderado judicial, representante o curador ad ítem. 2. Por muerte, enfermedad grave o privación de la libertad del apoderado judicial de alguna de las partes, o por inhabilidad, exclusión o suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado. Cuando la parte tenga varios apoderados para el mismo proceso, la interrupción solo se producirá si el motivo afecta a todos los apoderados constituidos. 3. Por muerte, enfermedad grave o privación de la libertad del representante o curador ad ítem que esté actuando en el proceso y que carezca de apoderado judicial. La interrupción se producirá a partir del hecho que la origine, pero si este sucede estando el expediente al despacho, surtirá efectos a partir de la notificación de la providencia que se pronuncie seguidamente. Durante la*

interrupción no correrán los términos y no podrá ejecutarse ningún acto procesal, con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento.”

El caso de la suspensión del proceso se puede entender con el ejemplo del artículo 145 del Código General del Proceso, en el que se establece lo siguiente *“Artículo 145. Suspensión del proceso por impedimento o recusación. El proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se formule la recusación hasta cuando se resuelva, sin que por ello se afecte la validez de los actos surtidos con anterioridad. Cuando se hubiere señalado fecha para una audiencia o diligencia, esta solo se suspenderá si la recusación se presenta por lo menos cinco (5) días antes de su celebración.”*; asimismo, el artículo 161 del Código General del Proceso establece lo siguiente *“Artículo 161. Suspensión del proceso. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos: 1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.”* En conclusión se puede decir que la interrupción del proceso, se enmarca en hechos que están fuera de la esfera de control del ser humano y que las mismas causales obedecen a hechos y no a impedimentos o recusaciones como en el caso de las causales de suspensión del proceso, en otras palabras, los impedimentos y recusaciones, que son los que originan que el trámite procesal se interrumpa, tienen que ver con la situación personal del juez frente a determinadas situaciones de afinidades amistades o enemistades que el juzgador pueda tener con las partes, y aunque estas situaciones personales pueden ser de carácter subjetivo, se encuentran taxativamente enmarcadas en el CGP y tienen el efecto de suspender el proceso mientras se define si la recusación o impedimento existe, sin embargo las interrupciones tienen el carácter de ser imprevistas, de fuerza mayor, incluso podría tratarse darse el ejemplo de fenómenos naturales o catastróficos que puedan intervenir como por ejemplo la muerte o un terremoto, situaciones estas que merecen interrumpir los procesos judiciales por no poderse controlar a voluntad de las partes o del juez.

3.6 NULIDAD POR INDEBIDA REPRESENTACIÓN

Numeral (iv) *“Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.”* En este evento no hace falta mayor explicación de lo que significa la indebida representación o la carencia íntegra de poder para actuar, pues en resumen, se trata que en el primer caso el poder conferido no otorga las facultades necesarias

al apoderado de la parte para actuar dentro del proceso, o que el apoderado como tal carece de las mismas, es decir, se trata que dentro del proceso no reposa poder alguno que faculte al apoderado para actuar, o en otras palabras, que en los escritos que reposan dentro del expediente, no se encuentra físicamente el documento del poder. ⁴¹

3.7 NULIDAD POR OMISIÓN PARA DECRETAR O PRACTICAR PPRUEBAS.

Numeral (v) “Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria”. Esta nulidad puede contextualizarse con el artículo 164 del Código General del Proceso, el cual establece que: *“toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación al debido proceso son nulas de pleno derecho”*, en este sentido resulta necesario recordar que las nulidades procesales buscan guardar la concordancia constitucional con el principio del debido proceso, y que una decisión judicial en la que se omitieran oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o en el evento que se omita la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria, estaría violando el mencionado debido proceso, pues será a todas luces una decisión que no tiene cimientos sobre los cuales tomar una u otra determinación sobre el caso ya que, recordemos; *“toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas...”* es decir, no puede existir decisión judicial sin pruebas. El mismo principio se aplica en el evento en el que una decisión judicial se tome con base en pruebas obtenidas de manera ilícita o violando el debido proceso, como ya pudimos observar, las pruebas deben ser lícitas, respetar el debido proceso y ser allegadas al trámite procesal en debida forma durante la oportunidad para ello, teniendo en cuenta lo anterior, si las pruebas sobre las cuales se toma una decisión no cumplen con las premisas mencionadas no deberán ser tenidas en cuenta por el juez pues éstas serán nulas de pleno derecho. En conclusión, no podrá haber decisión judicial sin pruebas, y éstas, deberán ser cuidadosamente analizadas con el fin de establecer si las mismas fueron obtenidas de manera ilícita, o si se omitieron etapas procesales en las cuales debieron solicitar, decretar o practicar pruebas. También deberá analizarse si para el caso concreto el juez omitió practicar alguna prueba que de acuerdo con la ley, fuera obligatoria como es el caso de la prueba de DNA para los procesos de investigación de la paternidad. Todo lo anterior tiene relevancia en los eventos en los que un juez dicte sentencia basándose en alguna prueba sobre la cual el litigante pueda apreciar alguna irregularidad, pues en ese evento podrá proponer la nulidad del art 164 del CGP.

⁴¹ <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/5/JulioAlbertoTarazonaNavas.pdf>

3.8 NULIDAD POR OMISIÓN DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Numeral (vi) “Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado”. Esta nulidad también se encuentra enfocada a dar cumplimiento al artículo 29 superior, y se puede analizar desde los tres eventos que presupone la norma. Aquí los elementos que se analizarán del mencionado numeral: 1. “Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión...” En el evento en que se presenten la omisión para alegar de conclusión, se está coartando la posibilidad de las partes para ejercer de manera plena su derecho a la defensa, controvertir argumentos y así mediante el mecanismo procesal de los alegatos de conclusión, convencer al juez a través de la razón, pues es en este momento procesal, donde las partes pueden darle fuerza a sus teorías y argumentaciones sobre los de la contraparte. 2. “...para sustentar un recurso...” la doble instancia es un mandato constitucional, íntimamente ligado con el derecho fundamental al debido proceso, violar este derecho de la doble instancia, significa cercenar el derecho al debido proceso, 3. “...descorrer su traslado” impedir que una parte descorra el traslado de un recurso, es una de las maneras coartar el derecho a la doble instancia judicial.⁴²

3.9 NULIDAD POR SENTENCIA PROFERIDA POR JUEZ DISTINTO A QUIEN ESCUHA LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Numeral (vii) “Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación”, esta nulidad existe amén de los principios de concentración e intermediación Arts. 5 Y 6 del código general del proceso art 250 y 29 superior, pues el incumplimiento del primer principio, es decir el de concentración, genera que existan dilaciones en el proceso, y que con mayor grado de probabilidad se presente la situación prevista en la norma, es decir que un juez distinto al que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación dicte sentencia. Para evitar este tipo de situaciones, se considera que de acuerdo al texto normativo si se presenta algún cambio de juez por cualquier circunstancia el nuevo juez deberá anular los alegatos anteriormente presentados al juez precedente y decretar en consecuencia audiencia para alegar de conclusión, en este sentido, podrá el nuevo juez tomar una decisión que no se vea afectada por esta nulidad, la misma suerte seguirá el evento en el que un juez distinto deba decidir sobre el recurso de apelación.⁴³

⁴² Expediente No 68679 31 03 002 2009 00083 MP Margarita Cabello Blanco 23 abril de 2014 corte suprema sala de casación civil.

⁴³ Proceso nº 35192 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO Aprobado acta N318

3.10 NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN

Numeral (viii) “Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Parágrafo.

“Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”

En efecto, esta nulidad es la que más protege el derecho a la defensa, acceso a la justicia y el debido proceso consagrados en la CN desde la perspectiva de la notificación, pues busca que las partes puedan comparecer al proceso de manera personal, para que dentro del mismo logren defender sus posiciones o pretensiones, gracias a esta nulidad es posible que una parte que no se sienta conforme con una decisión en la que se omitió este mandato legal del numeral octavo, pueda pedir la anulación de todo lo actuado a partir de la falla en la notificación, y así darle las consecuencias procesales a que haya lugar, como por ejemplo iniciar de nuevo el proceso.

Ahora bien, en tratándose de darle aplicación al CGP, en particular al tema de estudio, las nulidades procesales; es pertinente traer a colación y análisis una de las actas de la comisión redactora del CGP que dio origen al texto del mismo, y en donde se pueden identificar varios elementos a destacar para que sean tenidos en cuenta por el profesional del derecho:

Primero. Se logró dentro de cada una de las actas que dieron origen al CGP consensos que dieron origen al actual texto del CGP, dichos acuerdos fueron enriquecidos con el debate de múltiples participantes quienes estaban orientados a lograr un código práctico, desprendido de lo ritual y escritural para cambiar los esquemas de litigación mediante este instrumento.

Segundo. Los participantes del debate dentro de la comisión redactora fueron en todo momento abogados muy prestigiosos, litigantes, que conocen perfectamente las debilidades, fortalezas y aspectos por mejorar dentro de los trámites judiciales, además de ser profesionales del derecho con amplia trayectoria e ideas que permitirían seguramente mejorar las normas procesales, lograron consolidar una norma que deja una expectativa de celeridad frente al código de procedimiento civil, sin embargo hay que anotar que como en nuestra tradición jurídica, no solo basta con el cambio de normativa, se hace necesario un cambio cultural frente a los esquemas de litigación, esto con el fin de lograr que se vean los resultados en el plano de la realidad procesal en los estrados judiciales.⁴⁴

Para dar aplicación al régimen de nulidades dentro del Código General del Proceso, será necesario tener en cuenta que la interpretación y aplicación de las mismas son de carácter restringido⁴⁵, pues si bien es cierto, se analizó la manera en la que pueden ser propuestas y los efectos de sus numerales taxativos insertos en la norma legal, también es cierto que no debe acudir el juez a declarar una nulidad sino como regla excepcional, o como “ultima ratio”, ya que existen diferentes maneras de sanear posibles nulidades de diferentes formas contenidas tanto en jurisprudencia como dentro del Código General del Proceso, y deberán ser estas y no aquellas las que se antepongan de preferencia con el fin de sanear el proceso y lograr administrar justicia en el caso concreto.

Ahora bien, en palabras del autor en cita “*en principio toda nulidad es relativa*” relativa por cuanto puede ser saneada por la convalidación de la contraparte, sin embargo, esta situación no obsta para que el legislador pueda definir nulidades de carácter insanable por tratarse de situaciones en particular que dentro del ordenamiento jurídico se establezcan, como por ejemplo aquellas que tienen que ver con el principio de trascendencia frente a (*dolo, fraude, simulación etc...*)⁴⁶

3.11 REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD

Los requisitos para alegar nulidades procesales se encuentran en el artículo 135 del Código General del Proceso, allí se establecen los presupuestos facticos y

⁴⁴ www.icdp.org.co/descargas/Actas/Acta%20No.%2038.doc “COMISIÓN REDACTORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL Acta No. 38 - Julio 28 de 2004

⁴⁵ Nulidades procesales Demanda. Notificación. Prueba I Juicio ejecutivo. Subasta judicial Escrito Alegato. Sentencia Recurso, incidente, excepción y acción de nulidad Legitimación. Efectos de la declaración 3ª edición actualizada y ampliada EDITORIAL Asn. EA DE ALFREDO y RICARDO DEPI\I., MA . CIUDAD DE BUENOS AIRES 2009 pág. 31

⁴⁶ Nulidades procesales Demanda. Notificación. Prueba I Juicio ejecutivo. Subasta judicial Escrito Alegato. Sentencia Recurso, incidente, excepción y acción de nulidad Legitimación. Efectos de la declaración 3ª edición actualizada y ampliada EDITORIAL Asn. EA DE ALFREDO y RICARDO DEPI\I., MA . CIUDAD DE BUENOS AIRES 2009 pág. 35

procesales para que las partes puedan proponer el incidente de nulidad ante la autoridad judicial, y así poder lograr su declaratoria, el artículo 135 del código general del proceso establece *“La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.*

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

Entonces, el legislador ha plasmado en la norma trascrita varios elementos que deben ser materia de análisis en el presente estudio, veamos; la parte que proponga una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, pero que es la legitimación; el consejo de estado ha recordado que la legitimación en la causa, léase la legitimación para actuar, tiene que ver con la posibilidad que tiene una parte o persona de debatir hechos o pretensiones que se presentan dentro de una demanda,⁴⁷ y que dicha legitimación se presenta precisamente porque la parte o persona que la alega, hace parte del proceso, es decir; quien tiene legitimación le interesan las resultas de un proceso por afectarle de manera directa los efectos positivos o negativos de la decisión, en este sentido, se deja por fuera de esta posibilidad por sustracción de materia a cualquier persona a la que no le afecten de manera directa los resultados del proceso, léase asistentes a las audiencias, amigos o familiares de la parte que no sean reconocidos como litisconsortes o afectados por los daños reclamados. Acto seguido la norma establece los requisitos formales para presentar la solicitud, como lo son que deben expresarse los hechos en que se funda la alegación o incidente de nulidad, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer con el fin de darle sustento a la decisión que deba adoptar el juez.

Continuando con el hilo conductor de la legitimación, el legislador al tener en cuenta el fin último que deben perseguir las nulidades procesales establece que ninguna persona podrá alegar nulidad sobre hechos generados por quien pretende que se declare⁴⁸ Solamente está legitimado para alegar la nulidad quien no haya sido culpable de generar su causal, es decir, que la parte que omitió o cometió el error

⁴⁷ Sentencia consejo de estado de 17 de julio de 2014 REF: Radicación No. 25000 23 24 000 2007 00076

⁴⁸ art 132 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015.

origen de la nulidad, no podrá solicitar que se decrete. Esto tiene estrecho vínculo con el principio “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”⁴⁹ en el mismo sentido, no podrá alegarse nulidad cuando la parte no culpable de generar la causal ha actuado en el proceso sin proponerla, guardando silencio o si omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo en la contestación de la demanda, este punto vuelve a tener sentido directo con el control de legalidad ejercido dentro del trámite procesal, pues allí se contempla dicha situación y su consecuencia, sanear la causal de nulidad por aquiescencia de la parte afectada.

3.12 SANEAMIENTO Y CONVALIDACIÓN DE LA NULIDAD

El artículo 136 del CGP anuncia los eventos en los que se consideran saneadas las nulidades, como se ha estudiado, el legislador ha establecido cuales son las nulidades relativas o que permiten su convalidación o saneamiento, así como aquellas que por revestir una especial trasgresión a los mandatos superiores constitucionales, no lo son y por mandato legal se encuentra prohibida su convalidación, he aquí su compilación y posterior explicación para efectos prácticos.

50

1. “*Cuando la parte que podía proponerla no lo hizo oportunamente o actuó dentro del proceso sin proponerla*”, en este evento nos encontramos ante una convalidación tácita de la parte, pues al guardar silencio no hace uso de las herramientas que le otorga el CGP para proponer las causales de nulidad, es decir, el entrecomillado necesariamente nos adentra en dos hipótesis que pueden presentarse dentro del proceso civil, la primera; es el caso en el que la parte por cualquier motivo no alegó las causales de nulidad dentro de las oportunidades procesales para hacerlo, la segunda, nos habla de la convalidación de las actuaciones y consecuentemente el saneamiento de la nulidad para los casos en los que la parte que podía proponerla realizó otro tipo de trámites dentro del proceso dándole impulso al mismo, sin darle relevancia a la nulidad presentada. En este caso la norma supone como consecuencia de dicha actuación la intención de la parte de continuar con el trámite procesal y la manifestación tácita respecto de que la posible nulidad, no afectó en ninguna medida sus derechos fundamentales, generando esto como consecuencia el saneamiento de posibles nulidades, interpretación que encuentra sustento en los principios de las nulidades procesales, particularmente si se analiza desde la perspectiva de los derechos que buscan proteger las nulidades, derechos fundamentales de raigambre constitucional, los cuales al no ser advertidos por la parte afectada, la norma

⁴⁹ SENTENCIA T-1231/08

⁵⁰ art 136 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015

interpreta que no hay tal detrimento a la norma superior, lo que me lleva a recordar lo reiterado por la corte constitucional en sendas sentencias de tutela al manifestar “...inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.”⁵¹

2. “Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.”, esto es convalidar la nulidad por escrito o en audiencia dentro del proceso, en otras palabras se trata de una manifestación inequívoca de la parte afectada respecto de estar de acuerdo con que se sanee la nulidad y se siga adelante con el proceso, el objetivo de esta convalidación será necesariamente darle celeridad al trámite procesal con el fin de lograr un pronunciamiento del juez más ágil en el tiempo. Para que la convalidación tenga efectos, necesariamente deberá hacerse como lo dice la norma, “antes de haber sido renovada la actuación anulada”, de lo contrario, la nulidad tendrá plenos efectos.
3. “Cuando la nulidad se origine durante el periodo de interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa”. Para el análisis del presente numeral tenemos la expresión “se origine durante el periodo de interrupción o suspensión del proceso” esto es, que en los casos mencionados en el art 159 del CGP en los cuales puede presentarse ocurrencia de la nulidad, en caso de presentarse dicha situación, el legislador otorga a la parte afectada cinco días para alegar la nulidad, de no proponerse, esta quedará saneada en el entendido que la parte guardó silencio y la convalidó de manera tácita, dicho supuesto de hecho lo contempla la norma para diferenciar en primera medida, los eventos en los que el proceso se encuentra suspendido, de los eventos en los que al mismo proceso se le están corriendo términos, lo anterior con el fin de ofrecer una garantía de defensa adicional a la parte afectada.
4. “Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió con su finalidad y no se violó el derecho de defensa”. Esto tiene íntima congruencia con el principio de la trascendencia de la nulidad, esto es, que para que una nulidad sea decretada, debe ésta afectar o trascender lo que pretende proteger, es decir postulados constitucionales orientados a garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso.

El art 136 del CGP, menciona en su párrafo final, las nulidades que son insaneables, nulidades que son consideradas como tal por afectar de manera

⁵¹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-332-15.htm>

evidente y directa los postulados constitucionales que pretenden proteger; es así como de esta manera, el legislador le da esta categoría con el fin de darle protección efectiva a los mencionados postulados superiores, concepto que nuevamente encuentra asidero en los conceptos antes desarrollados al mencionar que el legislador precisamente le da categoría restrictiva a la posible convalidación de los actos que se encuentren enmarcados en los postulados del párrafo, y esto es así precisamente amén de la afectación directa de los derechos fundamentales, a continuación se extraen del párrafo del art 136 CGP las nulidades que se consideran como insaneables, las cuales en palabras del presente escrito puede decirse que son las más gravosas:

1. “Por proceder contra providencia ejecutoriada del superior”.

Desarrollar este punto tiene una relevancia especial para el entendimiento conceptual de lo que se ha venido desarrollando en punto a las nulidades procesales, pues en este punto particular el legislador antes de definir el texto de la norma ha realizado un análisis de lo que significa proceder contra una providencia ejecutoriada del superior. Pues la respuesta es simple, este tipo de actuaciones representaría una flagrante vulneración el principio de jerarquía que impera en la jurisdicción por parte del juez que realice este tipo de acciones, es decir, que aquel juez que proceda contra una decisión ejecutoriada más si se trata de una decisión de un superior, estaría desconociendo los principios rectores del derecho, en donde una discusión previamente ventilada no deberá abrirse nuevamente al debate, esto con el agravante de que se trata de una decisión de superior jerárquico.

2. “Por revivir un proceso legalmente concluido”.

En el presente supuesto de hecho normativo, se presentaría una violación al principio de cosa juzgada, el cual ordena que los asuntos ventilados y que hayan culminado con una sentencia de fondo, y que además hubieran legalmente concluido con todo y una posible segunda instancia o si se quiere una sentencia de casación o revisión, no podrán revivirse a una nueva discusión procesal, luego, no podría demandarse a los mismos sujetos por los mismos hechos.

3. “Por pretermitir íntegramente la respectiva instancia”

Este supuesto de hecho pretende proteger de manera directa el debido proceso consagrado en el artículo 29 superior, el cual consagra *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.” ⁵² Luego, en el evento en que se pretermita de manera íntegra una instancia se está violando de manera directa este postulado,

⁵² Art 29 Constitución política de Colombia

pues la parte pasiva del proceso no podrá defenderse conforme a las formas propias del juicio o procedimientos propios, puesto que en el evento aquí plasmado en el numeral de CGP la parte no tendría manera de conocer que en su contra se esté adelantando un juicio pues este se ha podido iniciar en una instancia que por regla procesal no le corresponde.

Las nulidades arriba enumeradas, tienen íntima relación con violaciones a derechos de carácter superior tanto legal como constitucional, por ejemplo:

Debido proceso, seguridad jurídica, cosa juzgada como derecho fundamental, derecho al juez natural, doble instancia y es por este motivo que corresponden a nulidades insaneables.

3.13 ADVERTENCIA DE LA NULIDAD

⁵³El artículo 137 del CGP al respecto establece: *“En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4, 6 y 7 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará”*

Quiere decir que de manera oficiosa el juez ordenará informar por escrito a la parte no culpable de la nulidad puede mencionarlo en términos explicativos sobre la existencia de éstas y que las mismas no han sido saneadas, supuesto normativo que se dará en los siguientes casos; *“numeral 4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder”.*

“Numeral 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado”.

“Numeral 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación”.

Encuentra ese artículo sustento lógico, en la importancia que reviste para la norma, y en particular para el tema de estudio, el derecho a la defensa, el debido proceso y el acceso a la justicia. Nótese que no existe obligación de advertir a la parte afectada sobre la existencia de otras nulidades, y que precisamente para las nulidades referenciadas existe un tratamiento diferencial precisamente por los derechos fundamentales que ellas buscan proteger. Ahora bien, el tipo de notificación que debe surtir para la advertencia de dichas nulidades, es la

⁵³ art 137 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015.

notificación personal, art 291 CGP o por aviso art 292 del CGP, situación atípica dentro de los procesos civiles, pues obliga al juez a realizar notificaciones que serían obligatorias solamente para el caso de la vinculación por primera vez de demandados, litisconsortes o terceros, y que para efectos de la norma, si es obligatoria aunque la parte que deba ser advertida, ya se encuentre vinculada al proceso y haya actuado dentro de él, en una interpretación restrictiva, no podría hablarse que para este trámite procesal el juez pueda notificar de este tipo de nulidades a la parte afectada por ejemplo a través del mecanismo de la conducta concluyente.

De esta manera el legislador, en aras de salvaguardar los intereses superiores protegidos por la norma, obliga a la autoridad judicial a realizar esfuerzos adicionales con el fin de dar por enterada a la parte afectada sobre situaciones que realmente podrían afectar los mencionados derechos constitucionales.

3.14 EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA

⁵⁴En el evento de declararse esta nulidad (falta de jurisdicción o competencia) por factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez excepto la sentencia si se hubiere dictado, caso en el cual se invalidará. Para estos casos el expediente será enviado al juez competente para que éste continúe con el proceso en el estado en el que se encuentre, y para que provea sentencia según sea el caso, sin embargo, este es un ejemplo de como las actuaciones son convalidadas por el mismo legislador, por no corresponder a nulidades insaneables sobre las cuales no se pueda aplicar el concepto de conservación del acto, dándole amplia interpretación a que las nulidades no deben declararse si no se comprueba una afectación o violación directa a los postulados constitucionales. ⁵⁵

Las medidas cautelares decretadas se mantendrán, así como las pruebas que se hayan practicado dentro del proceso, estas últimas mantendrán su eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlas, es decir que si por ejemplo ocurre que la nulidad propuesta tiene que ver con yerros en la notificación personal, dichas pruebas podrán ser controvertidas por el demandado dentro del término que le ofrece el CGP a partir del momento en que este sea notificado en debida forma, lo propio ocurre con el tercero que deba ser citado al proceso. Otro aspecto a tener en cuenta es que la nulidad afectará únicamente las actuaciones posteriores al hecho que la genera y que resulte afectado por dicha nulidad, es así como podremos encontrar casos en los que un hecho generador de nulidad no afecta o anula todas las acciones posteriores a dicho hecho generador, supongamos que estamos frente a un proceso en el que se omitió la práctica de una prueba que de

⁵⁴ art 138 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015

⁵⁵ La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno” revista de derecho universidad católica del norte pág. 69

acuerdo con la ley sea de carácter obligatorio por ejemplo la prueba de ADN, en proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad y, suponiendo que se dicta sentencia con base en las pruebas obrantes en el expediente, en este caso tendrá vocación de nulidad solamente la sentencia y las actuaciones que hubieran dependido de ésta, mas no por ejemplo las notificaciones anteriores a la sentencia, los testimonios y las pruebas documentales allegadas al expediente, es decir; para que una actuación sea nula, esta debe estar verdaderamente afectada por el hecho generador. A contrario sensu, si el hecho generador no afecta en nada la actuación posterior, ésta actuación mantendrá su validez, pues no cumple con el principio de trascendencia que obliga a que la actuación que se pretenda anular, realmente hubiera sido dañada o afectada por el hecho generador, y que guarden íntima relación uno con el otro, es así como el auto que decreta la nulidad, deberá indicar específicamente la actuación que deba renovarse.

4 CONTROL DE LEGALIDAD

4.1 CONCEPTO

El control de legalidad es, a grandes rasgos, la consecuente relación entre la institución de las nulidades y su evolución, es decir, no puede existir control de legalidad si la institución jurídica de las nulidades no hubiera evolucionado.

El artículo 25 de la ley 1285 de 2009 establece *“Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas.”* A su paso, el artículo 132 del Código General del Proceso establece *“Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.”*

El control de legalidad entonces resulta en ser una herramienta en cabeza de la autoridad judicial muy importante, encaminada a conjurar cualquier situación que comporte vicios de nulidad. Con dicho mecanismo, el legislador procuró evitar dilaciones injustificadas al proceso como las que se venían presentando con la aplicación del código de procedimiento civil, el cual permitía realizar solicitudes de nulidades que para el código General del Proceso, hoy día se considerarían saneadas de manera tácita por el silencio de la parte.

El artículo 25 de la ley 1285 de 2009 y el 132 del Código General del Proceso, al establecer el control de legalidad pretendieron también darle un alcance especial a

las nulidades procesales acorde con las corrientes actuales del derecho que buscan darle a esta institución un carácter proteccionista de los derechos fundamentales.

Por esta razón, y con el fin de pretender incluso proteger los derechos al acceso de la justicia, y en aras de buscar pronunciamientos judiciales libres de dilaciones injustificadas, el control de legalidad tiene herramientas jurídicas que le permiten continuar el proceso con principios de inmediación y concentración, dichas herramientas han sido explicadas de manera suficiente en las formas de sanear las nulidades procesales, allí v.gr, el juez podrá sanear actuaciones por convalidación tácita o expresa de las partes, o incluso si las mismas actuaciones no comportan un detrimento real de los derechos fundamentales y el acto cumplió con su fin.

Nótese que las nulidades, al ser acompañadas del control de legalidad, se revisten de una importancia finalista y se despojan de las corrientes formalistas que en últimas buscaban en muchas ocasiones dilatar los procesos judiciales.

Encontramos en esta figura jurídica, una herramienta que debe ser ejercida por el juez durante todo el proceso y finalizada cada etapa procesal, dicho control busca evitar que durante el trámite procesal no se presenten vicios o nulidades, que más adelante pudieran alegar las partes, esto, para el estudio que nos atañe es decir las nulidades procesales. Sin embargo el art 132 del CGP establece que *“salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación”*, quiere decir esto, que una parte podrá alegar una nulidad o vicio siempre y cuando ésta no haya sido materia de la Litis en ningún momento del proceso, es decir, que las partes no hubiesen controvertido o discutido asunto subexamine de la nulidad propuesta; además separa los escenarios para alegar nulidades o vicios dentro del trámite de los recursos extraordinarios de casación y revisión.

Quiere decir lo anterior, que finalizada cada etapa procesal, si el litigante no alegó la nulidad, esta quedará subsanada por ministerio de la ley y no podrá alegarla en las siguientes etapas, sin embargo, si el hecho generador de la nulidad es manifiestamente lesivo y no se conocía podrá el litigante alegarlo en cualquier etapa del trámite procesal.⁵⁶

Relevante es recordar, que antes de la vigencia del CGP el artículo 25 de la ley 1285 de 2009 ya contempló dicho control de legalidad, que sirvió de sustento para la descongestión judicial, es decir, que ya en la práctica del derecho tenemos desde hace varios años la experiencia de lo que significa contar con este mecanismo de control, que en ultimas, y a pesar de demandas de inconstitucionalidad, lejos de

⁵⁶ art 132 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015.

vulnerar cualquier garantía procesal, encuentra realmente en la aplicación de este precepto una garantía real para administrar justicia, pues orienta a los jueces y a los litigantes, a llevar un control más estricto sobre sus casos; a poder demostrar en audiencia a través de los medios de prueba existentes que en efecto una parte tiene la razón y la otra no, ayuda a que el juez pueda de manera directa apreciar las pruebas y las partes involucradas en la Litis, en últimas, el juez como tercero juzgador del caso, cuenta con herramientas de juicio subjetivas y objetivas para tomar una decisión, situación que no se presentaba antes con el sistema escritural, en donde el juez no tenía la oportunidad de ver a las partes como si lo logra en este escenario⁵⁷

Ahora bien, el control de legalidad encuentra una relevancia adicional, si se le compara con el concepto de derecho procesal de *CARNELUTI*, quien afirmó que el proceso es *“la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio”* es decir, que si se llegare a omitir el control de legalidad tal y como ya se tiene consagrado en el ordenamiento, estaríamos nuevamente a merced de dilaciones injustificadas por parte de litigantes que pretendan hacer uso de las nulidades procesales amén de la protección superior de los derechos fundamentales que protegen las mismas causales de nulidad, siendo esta situación en muchos escenarios maniobras dilatorias que pretenden alargar en el tiempo el proceso, en conclusión, afectarían estas nulidades la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio pues se deja en manos de las partes el control de legalidad a consideración del demandante o el demandado sobre si afecta o no los derechos fundamentales, situación ésta que en la práctica está dilatando los procesos judiciales más sencillos como por ejemplo procesos ejecutivos, en donde podemos observar que existen dilaciones demás de 5 años en procesos de mínima o menor cuantía.

Por las anteriores razones encuentro que dicho control de legalidad se encuentra ajustado a las necesidades de cambio de esquemas de litigación y de celeridad procesal que requiere el trámite o la tutela de los casos puestos a decisión de los jueces civiles, pues la sociedad requiere y necesita de una justicia que pueda solucionar las controversias de la vida diaria de manera ágil y acertada, no se trata solamente de ver como los propios litigantes y estudiantes de derecho tienen que en ocasiones recomendar a sus consultantes o clientes, dejar de lado asuntos judiciales sin resolver debido a que teniendo en cuenta el tiempo y desgaste que representaría adelantar la acción judicial, resulta más beneficioso no adelantar la demanda. No; lo ideal sería en todo momento, siempre que sea del caso, poder acudir a los jueces de la república para que diriman los asuntos contenciosos sobre todo en los eventos en los que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no proceden o fallan, es obvio que para tal fin se requiere de un arduo

⁵⁷ Sentencia c 543 de 2011

estudio del caso, tarea que en efecto corresponde a las partes y a los jueces, y es esta circunstancia, la de poder llevar los asuntos a la consideración de la justicia y que se reciba respuesta oportuna y ágil, lo que ayuda a construir la confianza en las instituciones y evita que los asociados tomen acciones de hecho que perjudiquen la sana convivencia.⁵⁸

Podríamos preguntarnos si el control de legalidad se traduce en un poder ilimitado del juez, y para dar respuesta a esta interrogante de plano podemos decir que definitivamente no, el control de legalidad es una herramienta con la que cuenta el juzgador para adelantarse a posibles vicios de procedimiento que pudieran traducirse en nulidades alegadas en el futuro por las partes, y de esta manera sanear las que se pudieran haber presentado, es decir es un trabajo preventivo para evitar que el trámite procesal llegare a presentar vicios en su forma.

4.2 NOCIÓN DE ETAPA PROCESAL

Se define como etapa procesal aquellos momentos del proceso judicial en el que se completan requisitos formales y sustanciales con el fin de proceder con una decisión que afectará en el futuro la sentencia de instancia, también podemos definir la etapa procesal como aquel momento que debe completarse dentro del proceso judicial con el fin de proceder con una etapa siguiente, a título de ejemplo encontramos v.gr en el proceso civil, lo que corresponde a la demanda y su contestación, allí se puede apreciar cómo se integra el contradictorio o se “traba la Litis” elemento necesario para lograr dar inicio a la siguiente etapa procesal v.gr, orden de seguir adelante con el mandamiento ejecutivo, situación que por ejemplo se da para el caso en particular de un proceso ejecutivo; ahora, luego de contestada la demanda, propuestas las excepciones de mérito y demás situaciones que el demandado desee controvertir, se podrá continuar con la siguiente etapa procesal, esto es, continuar con el mandamiento ejecutivo.

Es decir, no puede existir etapa subsiguiente dentro de un proceso, sin haberse agotado la etapa anterior, pues las etapas procesales se encuentran diseñadas dentro de un proceso jurídico con el objetivo de que una etapa sea sustento o le sirva de insumo a la siguiente etapa para continuar construyendo la realidad procesal.

Colofón, una etapa procesal puede definirse como un paso necesario para la consecución del paso siguiente.

⁵⁸ Sentencia c 543 de 2011

4.3 HECHOS NUEVOS O SOBREVINIENTES CON VOCACIÓN DE NULIDAD

Como ya se estableció, en el artículo 132 del Código General del Proceso, no podrán alegarse nulidades luego de haberse realizado el control de legalidad que se ejerce de manera oficiosa por parte del juez finalizada cada etapa procesal, a menos que se trate de hechos nuevos, caso en el cual si podrán alegarse nulidades procesales a pesar de llevado a cabo dicho control de legalidad, pues al ser desconocidos y nuevos los hechos de los que trata el artículo, las partes pueden solicitar la declaratoria de nulidad, y esto encuentra lógica jurídica por cuanto en efecto cualquier situación sobreviniente, desconocida o nueva sobre las cuales las partes no hubieran tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de su legalidad, o posible nulidad, afectaría de manera directa el debido proceso, y diezmaría de manera directa también el derecho de igualdad entre las partes, pues una de ellas, para este caso en particular de presentarse hechos nuevos o sobrevinientes seguramente se vería beneficiada de manera directa, afectando con alta probabilidad los derechos de las partes a la igualdad, debido proceso, entre otros derechos de carácter superior.

Las partes son quienes establecen el objeto de prueba del proceso, aportando al mismo y al juez, elementos objeto de prueba que más adelante llevaran a la autoridad judicial al convencimiento de los hechos que son objeto de demostración.

Aquellos hechos o situaciones que no sean pertinentes o útiles para el proceso o que no correspondan al objeto de prueba por ejemplo deberán ser objetados por las partes, a fin de que sean excluidos del debate, sin embargo, es el juez quien analizará y determinará si los hechos alegados por la parte e impugnados como con vocación de nulidad, inútiles, impertinentes o innecesarios pueden o deben ser excluidos, pues en efecto y como se ha dicho, si los hechos corresponden al objeto de prueba y no fueron alegados anteriormente, pero además estos hechos con vocación de nulidad son propuestos o puestos en conocimiento de la autoridad judicial como hechos nuevos que las partes no tenían la posibilidad de conocer en su momento, el juez deberá darle valor a dicha situación para decidir si excluye los hechos o si por el contrario los tiene en cuenta como hechos nuevos y como consecuencia de ello, otorga efectos de nulidad a los actos procesales que pudieran haber afectados dichos hechos.

Ahora bien, los hechos sobrevinientes encuentran una diferenciación respecto de los hechos nuevos, pues un hecho sobreviniente además de ser nuevo y desconocido por las partes al momento de advertir su ocurrencia, son hechos que ocurren de manera imprevista, no es lo mismo un hecho nuevo que tiene esta característica por ser desconocido por las partes y que su advertencia es posterior pero su ocurrencia puede ser en el tiempo pasado, a hechos que sobrevienen al

tiempo que son descubiertos, léase que los hechos sobrevinientes ocurren de manera concomitante con su advertencia, v.gr, un hecho sobreviniente puede equipararse a la ocurrencia de una situación de fuerza mayor, como por ejemplo el hecho de que el juez que dictó sentencia no fuera el mismo que escuchara los alegatos de conclusión de las partes, situación que debe tenerse como referencia para diferenciar un hecho nuevo de uno sobreviniente, pues estos últimos tienen que ver con que ocurran al tiempo que avanza la actuación procesal.

4.4 PODERES DEL JUEZ, ORDENACIÓN E INSTRUCCIÓN

Lo primero que hay que decir respecto al presente aparte, es que el juez es quien dirige el proceso, es el garante de los derechos fundamentales dentro del trámite, en particular de los derechos al debido proceso, acceso a la justicia igualdad entre las partes, derecho a la defensa entre otros.⁵⁹

Es el juez quien deberá evitar según el art 42 del CGP que el proceso se dilate, se paralice y que se desgaste el aparato judicial de manera injustificada, además es el juez quien deberá estar presente en las audiencias y presidirlas.

El numeral 4 del mismo artículo, le otorga al juez la facultad de decretar las pruebas de oficio que considere ajustadas con el fin de verificar los hechos alegados por las partes.

El juez adoptará las medidas autorizadas en el CGP para sanear los vicios de procedimiento, prevenirlos o conjurarlos, también podrá anticiparse de manera oficiosa para integrar el litisconsorcio necesario. Ahora bien, el art 43 del CGP menciona los poderes de ordenación e instrucción, dentro de los cuales podemos destacar: *“Núm. 2, el juez rechazará cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique la dilación del proceso, Núm. 3, El juez solicitará aclaraciones o explicaciones respecto de las posiciones y peticiones de las partes. Núm. 4, el juez coadyuvará exigiendo a las autoridades o particulares las informaciones que no hayan sido allegadas al proceso a pesar de haber sido solicitadas por las partes, esto siempre y cuando sea pertinente y conducente al proceso, esto aplicará también con el fin de lograr identificar y ubicar los bienes del ejecutado. Núm. 5, el juez confirmará la autenticidad de las excusas que presenten las partes para justificar su inasistencia a audiencias y diligencias, en caso de encontrar inconsistencias o irregularidades, rechazará la excusa y aplicará las consecuencias procesales y legales que correspondan, además de compulsar copias para investigaciones penales o disciplinarias”.*

⁵⁹ art 42 código general del proceso, editorial legis trigésima quinta edición 2015.

También cuenta el juez con poderes de corrección mencionados en el Art 44 del CGP los cuales se resumen así: 1. Arresto inmutable hasta por 5 días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, 2. Arresto inmutable hasta por 15 días a quien obstaculice o impida la realización de cualquier audiencia o diligencia, 3. Multas hasta por 10 SMLMV a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las ordenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o dilaten su ejecución, todo lo anterior, incluso so pena de sanción para el juzgador que no haga uso debido de los poderes que el CGP le otorga para agilizar y evitar dilaciones en el proceso.⁶⁰

El código de General del proceso en este sentido ha pretendido dar a la autoridad judicial, herramientas que le permitan hacer cumplir los derechos fundamentales de las partes, sobre todo al acceso a la justicia, pues nótese que el juez, en procura de la celeridad, concentración, entre otros principios del Código General del Proceso, puede sancionar a las partes renuentes o funcionarios indisciplinados a cumplir sus instrucciones en procura del avance del proceso.

Dichos poderes de instrucción, ordenación y sanción, se ven hasta ahora plasmados en la normatividad procesal que regula los trámites civiles por ejemplo, y puede ser un importante logro para las partes y litigantes, en el sentido de poder contar con procesos expeditos que a través de dichos poderes conferidos al juez se impidan dilaciones injustificadas por parte de litigantes, que al margen del proceso pretendan usar instituciones como las de las nulidades procesales para lograr con ello por ejemplo prescripciones a favor de una u otra parte.

“Desaparecida la institución procesal de la perención, y dentro del espíritu que informa al legislador de profundizar en la figura del juez como director del proceso, corresponderá a este funcionario asumir con renovado énfasis sus facultades y deberes de impulsión del trámite a fin de evitar su paralización, dirigiéndolo hasta su culminación en la sentencia. Ello debe lograrse mediante el oportuno ejercicio de sus poderes de ordenación, instrucción y disciplinarios que le permiten proferir oportunamente los autos que le dan curso progresivo al proceso, precluir sus etapas, decretar de oficio las pruebas en los términos probatorios de las instancias o de los incidentes o antes de fallar cuando las considere útiles, pertinentes y conducentes para la verificación de los hechos, exigir el cumplimiento de los deberes y obligaciones procesales que incumben a las partes, y sancionar a los sujetos procesales cuando sea del caso. En el cumplimiento de estas responsabilidades tienen los jueces de la República la misión de hacer efectiva la pronta administración de justicia, como derecho constitucional y valor fundamental sobre el que se edifica la convivencia pacífica.”⁶¹

⁶⁰ Expediente T-3.723.038

⁶¹ Sentencia c 874 de 2003 MP Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Para dar contexto al aparte arriba citado, es útil recordar lo que significa el concepto de perención, el que con los efectos y derogatorias del código general del proceso pasó a llamarse desistimiento tácito, regulado en el artículo 317 del CGP y que derogó el art 346 del CPC modificado por el D.E 2282 del 89 artículo 1, numeral 166, derogado por la ley 794 de 2003 artículo 70. Modificado por la ley 1194 de 2008 artículo 1. Desistimiento tácito. Derogado. Código general del proceso artículo 626 literal b). Es decir, que es el desistimiento tácito el que se encuentra vigente y reemplazando las disposiciones de la figura llamada perención, al respecto las normas relacionadas con lo dicho se transcriben a título de ejemplo:

“Derogado por el art. 70, Ley 794 de 2003 , Modificado por el art. 19, Ley 446 de 1998, Derogado por el literal b), art. 626, Ley 1564 de 2012. Perención del proceso. Cuando en el curso de la primera instancia el expediente permanezca en la secretaría durante seis o más meses, por estar pendiente su trámite de un acto del demandante, el juez decretará la perención del proceso, si el demandado lo solicita antes de que aquél ejecute dicho acto.

El término se contará a partir del día siguiente al de la notificación del último auto o al de la práctica de la última diligencia o audiencia.

En el mismo auto se decretará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere, y se condenará en costas al demandante. Dicho auto se notificará como la sentencia; ejecutoriado y cumplido se archivará el expediente.

La perención pone fin al proceso e impide que el demandante lo inicie de nuevo durante los dos años siguientes, contados a partir de la notificación del auto que la decreta, o de la del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, si fuere el caso.

Decretada la perención por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ello hubiere lugar.

Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los procesos en que sea parte la Nación, una institución financiera nacionalizada, un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial o un municipio. Tampoco se aplica a los procesos de división de bienes comunes, deslinde, liquidación de sociedades, de sucesión por causa de muerte y jurisdicción voluntaria.

En los procesos de ejecución podrá pedirse, en vez de la perención, que se decrete el desembargo de los bienes perseguidos, siempre que no estén gravados con prenda o hipoteca a favor de acreedor que actúe en el proceso. Los bienes desembargados no podrán embargarse de nuevo en el mismo proceso, antes de un año. Si en el trámite de las excepciones durante la primera instancia, el expediente

permanece en secretaría seis meses o más, por estar pendiente de un acto del ejecutado, y el ejecutante lo solicite antes de que se efectúe dicho acto, el juez declarará desiertas las excepciones. El término se contará como dispone el inciso primero de este artículo. Ver el art. 23, Ley 1285 de 2009

El auto que decreta la perención es apelable en el efecto suspensivo. El que decreta el desembargo en procesos ejecutivos en el diferido, y el que lo deniegue, en el devolutivo”

A su paso el artículo 317 del código general del proceso establece sobre el desistimiento tácito, figura que como se dijo reemplaza la perención lo siguiente:

“ARTÍCULO 317. DESISTIMIENTO TÁCITO. El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:

1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas.

2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes.

El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas:

a) Para el cómputo de los plazos previstos en este artículo no se contará el tiempo que el proceso hubiese estado suspendido por acuerdo de las partes;

b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años;

c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo;

d) Decretado el desistimiento tácito quedará terminado el proceso o la actuación correspondiente y se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares practicadas;

e) La providencia que decrete el desistimiento tácito se notificará por estado y será susceptible del recurso de apelación en el efecto suspensivo. La providencia que lo niegue será apelable en el efecto devolutivo;

f) El decreto del desistimiento tácito no impedirá que se presente nuevamente la demanda transcurridos seis (6) meses contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto o desde la notificación del auto de obediencia de lo resuelto por el superior, pero serán ineficaces todos los efectos que sobre la interrupción de la prescripción extintiva o la inoperancia de la caducidad o cualquier otra consecuencia que haya producido la presentación y notificación de la demanda que dio origen al proceso o a la actuación cuya terminación se decreta;

g) Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso;

h) El presente artículo no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial.”

El legislador ha pretendido darle a estas normas un espíritu en común, el de buscar la economía procesal, darle un fin filológico al proceso y procurar por la correcta utilización del servicio de justicia, en el entendido que en el plano de la realidad las partes o los litigantes permiten que sus procesos se estanquen bien sea por su propia aquiescencia o porque dirimieron su contienda jurídica fuera de los estrados judiciales y no le dieron importancia a solicitar el archivo del trámite procesal, o poner en conocimiento por ejemplo el acta de conciliación o el contrato de transacción; dicho en otras palabras, confiaron en su arreglo privado, es por este motivo que la norma le permite a la autoridad judicial archivar aquellos procesos que no representan una probabilidad de decisión futura de fondo, y que por la falta de impulso procesal de las partes, el juez pueda depurar su despacho.

Las facultades descritas, también son de obligatorio cumplimiento para el juez, no puede la autoridad judicial solamente usar este mecanismo a discrecionalidad o a conveniencia pues se constituyen en una obligación pues no podrá ser discrecional por ejemplo al momento de usar la figura del desistimiento tácito, pues el hecho de usar este mecanismo la permitirá avocar conocimiento frente a nuevos procesos que por reparto lleguen a su juzgado.

Luego entonces, las facultades de la autoridad judicial frente a los poderes de instrucción y sanción deberán aplicarse de manera uniforme en eventos como el del desistimiento tácito.

4.5 PODERES CORRECCIONALES DEL JUEZ

Ampliamente se ha explicado que el Código General del Proceso, establece una serie de facultades a favor de las partes y en cabeza del funcionario judicial que pretenden evitar dilaciones injustificadas al proceso, esta explicación se quedaría en meras expectativas si no se le otorgara al funcionario encargado de dirigir el proceso; léase juez, que le permitan materializar el incumplimiento de sus órdenes o instrucciones en situaciones de carácter sancionatorio contra aquellos que pretendan incumplir o incumplan con las mandamientos impartidos

Dichas sanciones podrán impartirse a quienes falten al debido respeto en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, a quien impida u obstaculice la realización de cualquier audiencia o diligencia o a quien incumpla de manera injustificada las ordenes que les imparta la autoridad judicial en ejercicio de sus funciones, o que demoren su ejecución.

El artículo 44 del código general del proceso así lo establece, y ordena: *“artículo 44 Sin perjuicio de la acción disciplinaria a que haya lugar, el juez tendrá los siguientes poderes correccionales:*

- 1. Sancionar con arresto inconmutable hasta por cinco (5) días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.*
- 2. Sancionar con arresto inconmutable hasta por quince (15) días a quien impida u obstaculice la realización de cualquier audiencia o diligencia.*
- 3. Sancionar con multas hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución.*
- 4. Sancionar con multas hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados para rendir declaración o atender cualquier otra citación que les haga.*
- 5. Expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso.*

6. Ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos contra los funcionarios, las partes o terceros.

7. Los demás que se consagren en la ley.

Parágrafo.

Para la imposición de las sanciones previstas en los cinco primeros numerales, el juez seguirá el procedimiento previsto en el artículo 59 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. El juez aplicará la respectiva sanción, teniendo en cuenta la gravedad de la falta.

Cuando el infractor no se encuentre presente, la sanción se impondrá por medio de incidente que se tramitará en forma independiente de la actuación principal del proceso.

Contra las sanciones correccionales solo procede el recurso de reposición, que se resolverá de plano.”

La norma en referencia permite a la autoridad judicial poner en cintura a quienes pretendan utilizar el trámite procesal como una herramienta dilatoria a favor de sus intereses, y conmina a aquellos litigantes que pretendan usar dicha figura a no hacerlo so pena de las sanciones económicas y disciplinarias o correctivas e incluso penales a las que haya lugar.

Ahora bien, el juez encuentra en el artículo 59 de la ley estatutaria de administración de justicia los insumos normativos que le permitirán imponer las sanciones del caso particular que se le presenta, a saber:

“ARTICULO 59. PROCEDIMIENTO. El magistrado o juez hará saber al infractor que su conducta acarrea la correspondiente sanción y de inmediato oirá las explicaciones que éste quiera suministrar en su defensa. Si éstas no fueren satisfactorias, procederá a señalar la sanción en resolución motivada contra la cual solamente procede el recurso de reposición interpuesto en el momento de la notificación. El sancionado dispone de veinticuatro horas para sustentar y el funcionario de un tiempo igual para resolverlo.”

La norma en cita establece de manera inequívoca que el juez deberá aplicar en primera medida los postulados del artículo 29 superior con el fin de ofrecerle la oportunidad al posible sancionado de dar las explicaciones del caso en su defensa, este evento permitirá incluso obtener información adicional al juez para que cuente con mejores bases para proceder con la sanción o cao contrario para desestimarla, haciendo parte en todo momento el debido proceso como principio rector de las actuaciones judiciales.

4.6 IMPROCEDENCIA DE UNA SOLICITUD DE NULIDAD

El artículo 135 del CGP establece los requisitos para que pueda alegarse una nulidad, y de una simple lectura del articulado se deduce entonces cuando, al incumplir dichos requisitos, estamos frente a la improcedencia de la solicitud de nulidad.

Entonces entendemos que por ejemplo *“no podrá alegar la nulidad quien hay dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción precia si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla”*⁶² en aquellos eventos el juez rechazará de plano la solicitud, y atendiendo a los postulados normativos que ya se han explicado de manera suficiente, encontrará entonces el juez argumento fáctico y normativo para concluir que el actor que pretenda interponer nulidades a pesar de no cumplir los requisitos, puede estar motivado por razones de carácter dilatorio.

Al respecto el auto A068 de 2007 de la corte constitucional ha establecido *“No cabe entender el incidente de nulidad como una nueva instancia procesal, en la cual se reabran debates y discusiones culminados en relación con los hechos y la apreciación de las pruebas, sino tan sólo como un mecanismo encaminado a salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso. De allí el carácter excepcional que ofrece dicho incidente y la carga que tiene el accionante de enmarcar adecuadamente su petición dentro de alguna de las causales reconocidas por la jurisprudencia constitucional, pues si la solicitud de nulidad no demuestra la existencia de al menos una de dichas causales de procedencia, la naturaleza excepcional y extraordinaria que identifica este tipo de incidentes debe conducir a la denegación de la solicitud impetrada.”*

Y concluye diciendo que para el caso de las sentencias de tutela los requisitos en general son los mismos plasmados en el artículo 135 del CGP sin embargo para el caso en estudio de la sentencia referida, dichos requisitos son traídos mediante la jurisprudencia que establece los requisitos para proceder con el estudio de las nulidades propuestas frente a sentencias de revisión de tutela⁶³

4.7 CELERIDAD Y ORALIDAD

El código General del Proceso en su artículo 618 *“Plan de Acción para la Implementación del Código General del Proceso”*, establece la obligatoriedad de la implementación de establecer los mecanismos técnicos y de recurso humano para proceder con la implementación del sistema de los procesos orales y por audiencias que establece el artículo 3 del Código General del Proceso que establece que las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias.

⁶² Artículo 135 código general del proceso

⁶³ Auto 068 de 2007 relatoría corte constitucional.

Esta nueva condición que establece la ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, obliga de manera directa a que el proceso deba contar con celeridad tan es así que el artículo 615 del CGP establece que las partes podrán solicitar cambio de radicación cuando se adviertan deficiencias de gestión y celeridad de los procesos previo concepto de la sala administrativa del consejo superior de la judicatura, lo anterior en concordancia con el artículo 30 del código general del proceso, en lo que tiene que ver con la competencia de la sala de casación civil de la corte suprema de justicia, en particular lo que tiene que ver con las solicitudes de cambio de radicación de los procesos.

Sin embargo, en el imaginario de litigantes y usuarios en general de la justicia, tiene a pensarse que la oralidad y la celeridad guardan correspondencia, o que la oralidad presupone por sí misma la existencia de la celeridad, situación que no es cierta, pues considera el ICDP en uno de sus ensayos, que la verdadera celeridad se presenta cuando los despachos judiciales utilizan todas las herramientas tecnológicas disponibles para el impulso del proceso, esto sumado al fácil acceso de los usuarios a los despachos judiciales, situación ésta que sí, sumada a la oralidad permite que las partes puedan contar con procesos que cuenten con una celeridad adecuada a las realidades procesales colombianas.

Ahora, es aceptado por la comunidad académica que no es posible que exista un proceso puramente oral, pues existirán siempre actuaciones procesales que deberán surtirse por escrito, como lo son la demanda y contestación de la misma y que la implementación de la oralidad no es la solución a que exista de manera efectiva una celeridad dentro del proceso, sin embargo dentro de las tendencias mundiales parece ser el mejor escenario dentro del cual puede darse la posibilidad de la existencia de una celeridad efectiva.

5 COMPARATIVO NULIDADES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Con el ánimo de lograr una mejor comprensión frente a la descripción de los cambios realizada en el Código General del Proceso frente al Código de procedimiento Civil, a continuación se presenta un comparativo que puede orientar varios pormenores, cambios y demás principios con los que cuenta el CGP respecto del CPC en punto de las nulidades procesales.

El artículo 140 del CPC establecía: “el proceso es nulo en todo o en parte solamente en los siguientes casos:

ART 140 NUM 1 CPC. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.

Sin embargo el artículo 133 del CGP, manteniendo el mismo encabezado ““el proceso es nulo en todo o en parte solamente en los siguientes casos:”

ART 133 NUM 1 CGP. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.

Al realizar una comparación entre los numerales arriba citados, surge nítida la intención de cambio en la derogatoria del numeral primero artículo 140 del CPC, pues es que es evidente que el legislador pretendió darle importancia al principio de trascendencia de la nulidad, al establecer y aclarar en el numeral primero del artículo 133 del CGP que no será suficiente con que el proceso le corresponda distinta jurisdicción, pues como ya se ha establecido, la jurisdicción es una facultad otorgada por el legislador al funcionario judicial de manera general, más si por el contrario esta norma es reemplazada por una que pone como requisito sine qua non la existencia de una declaratoria de “fala de jurisdicción o de competencia”, y deja claro más adelante que en evento que un juez actúe dentro de un proceso dentro del cual se hubiese declarado la falta de jurisdicción o competencia, (por el factor funcional o subjetivo) lo actuado conservará su validez ⁶⁴y deberá remitirse de inmediato el proceso al juez competente, sin embargo si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará, es así como en el ejemplo del numeral primero, la nulidad debe ser declarada y como consecuencia de no declararla, se tiene que lo actuado por un juez, aunque no sea el competente, conservará su validez, y no podrán alegarse nulidades que pretendan iniciar nuevamente el proceso.

ART 140 NUM 2 CPC. Cuando el juez carece de competencia.

ART 133 NUM 2 CGP. No hay reemplazo para la carencia de competencia mencionada en el numeral 2 del CPC, o por lo menos no existe un reemplazo que pueda consultarse en un numeral taxativo de la norma ya que el mismo ha sido incluido dentro del numeral primero del artículo 133 del CGP donde se establece la falta de jurisdicción y competencia, pero recordemos que estas deben ser declaradas, pues no operan de pleno derecho

ART 140 NUM 3 CPC. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

ART 133 NUM 2 CGP. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

En este evento no existe cambio de una legislación a otra, de hecho las causales “proceder contra providencia ejecutoriada del superior, y revivir un proceso legalmente concluido”, son causales insaneables en el texto del CGP. Situación que no contemplaba el CPC, ahora bien, nótese que el numeral en el artículo 140 es el tercero, sin embargo el orden cambia en el CGP pues la norma trascrita corresponde al numeral segundo del artículo 133 del CGP.

⁶⁴ Artículos 16, 27, 101 y 138 del código general del proceso

ART 140 NUM 4 CPC. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.

ART 133 NUM NO APLICA NUMERAL CGP. No hay reemplazo para la causal mencionada en el numeral 4 del artículo 140 del CPC en el entendido que el mismo CGP establece que en el evento que la demanda se presente el juez deberá corregir los yerros que puedan presentarse frente al trámite erróneo que hubiera podido dársele por parte del demandante, de la misma manera en el control de legalidad el juez podrá advertir dicha situación y proceder con la corrección del error, saneándola por cualquiera de las formas de sanear los procesos y procediendo a darle el trámite adecuado o remitiendo el proceso a quien le corresponda, sin embargo en el supuesto de hecho planteado en el artículo 140 del CPC numeral 4, no se advierte que pueda existir falta de jurisdicción o de competencia, más si por el contrario lo que podría presentarse es el cambio de radicación del tipo de proceso, situación que muy posiblemente pudiera darse incluso dentro del mismo despacho judicial.

ART 140 NUM 5 CPC. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.

ART 133 NUM 3 CGP. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

No existió cambio frente a este particular, la nulidad establecida se mantiene en aras de proteger los derechos a la defensa, igualdad entre las partes y debido proceso, pues en los eventos en los que existen casuales de interrupción las partes confían en que el proceso en efecto se encuentre suspendido, sin embargo, nótese que el orden de los numerales cambia en el CGP, aunque la transcripción de la norma sea la misma.

ART 140 NUM 6 CPC. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.

ART 133 NUM 5, 6 y 7 CGP. ART. 133 NUM 5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

ART. 133 NUM 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

ART. 133 NUM 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

Este artículo fue reemplazado por el art 133 núm. 5, 6 y en parte por el numeral 7 del CGP, en el sentido de incluir la causal del CPC y ampliar el espectro de

aplicación de las nulidades dando trascendental relevancia a la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, derecho a la defensa, acceso a la justicia, igualdad entre las partes etc... Por ejemplo incluyendo la nulidad en caso de omitir la práctica de pruebas que de acuerdo con la ley sean obligatorias, cuando se omita oportunidad para alegar de conclusión, sustentar un recurso o descorrer su traslado (sistema oral por audiencias). O cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación. Es decir el CGP incluye supuestos normativos teniendo en cuenta la entrada en vigencia del sistema oral por audiencias.

ART 140 NUM 7 CPC. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.

ART 133 NUM 4 CGP. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

En este artículo el CGP cambia la redacción de la causal, sin embargo, ésta mantiene los mismos efectos jurídicos que establecía el CPC, ahora bien, es útil resaltarle al lector que la indebida representación no se desprende únicamente de quienes tienen derecho de postulación como es el caso de los abogados, la indebida representación puede emanar de la parte directamente al carecer por ejemplo la persona representante de facultades para v.gr representar a una persona jurídica.

ART 140 NUM 8 CPC. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.

ART 133 NUM 8 CGP. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.

La redacción de las nulidades del artículo 133 numeral 8 del CGP resulta más completa y taxativa que la redacción del numeral 8 del artículo 140 del CPC, por cuanto permite identificar varios escenarios de nulidad que pretenden proteger el derecho al debido proceso mediante el principio de la trascendencia de la nulidad, tal es el caso de la notificación del auto admisorio de personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas que aunque sean indeterminadas deban ser citadas como partes, o aquellos sucesores que tengan vocación de serlo en el proceso, v.gr herederos que tengan derechos sobre las resultas del proceso por cuanto la parte ha deferido dichos derechos a sus sucesores. Al establecer una causal al momento de no citar en debida forma al ministerio público, se apunta a la línea garantista que se ve en el concepto de la constitucionalización del derecho en donde las garantías al debido proceso (presentación o citación al ministerio público), hacen parte esencial de las bases de un estado social de derecho. Ahora bien, la misma norma establece las posibilidades que existen para sanear actos con vocación de nulidad como lo es la falta de notificación a las partes, allí se establece que este vicio se subsana realizando las notificaciones que se dejaron de hacer, y renovando aquellos actos que hubieran dependido de dichas notificaciones.

ART 140 NUM 9 CPC. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley. 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, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla. Parágrafo.- Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece.

ART 133 NUM 8 CGP. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.

El CGP incluye con la redacción del numeral 8 del art 133, supuestos de hecho que se encuentran contempladas en el CPC, es así como por ejemplo incluye taxativamente la nulidad para el caso de la notificación de mandamientos de pago para procesos ejecutivos, situación que no se podía apreciar en el CPC, deja abierta la norma que en futuro más entidades deban ser citadas al proceso, no solamente el ministerio público.

6 CONCLUSIONES

Durante el desarrollo del presente trabajo se pudo apreciar en punto a la aplicación de las nulidades procesales, la articulación de normas constitucionales y principios rectores del derecho orientados a ofrecer a los asociados del estado social de derecho, herramientas jurídicas para garantizar el acceso a la justicia, igualdad, debido proceso entre otros, todo esto desde la óptica del trámite procesal civil, y en particular de la protección que representan para los derechos fundamentales las nulidades procesales tema objeto de estudio del presente escrito, nulidades que al analizarlas detenidamente tal y como se hizo en este trabajo, buscan exclusivamente darle protección a los mencionados mandatos constitucionales con el fin de lograr pronunciamientos libres de vicios de nulidad.

La nulidad procesal es mucho más que un vicio de forma para el ordenamiento jurídico colombiano, es una protección legal que se desprende del ordenamiento superior.

Las nulidades procesales deben explicarse desde el punto de vista exógeno al rito o la mera formalidad de la norma que las consagra, deben estudiarse las nulidades desde el punto de vista de su teleología, mas no del mero requisito formal.

Las nulidades persiguen fines de protección de los derechos de las partes, y cumplen con la función de evitar dilaciones injustificadas al proceso, situación que se apoya en los poderes de instrucción y sanción otorgados al juez en el CGP.

No existe nulidad sin que sea declarada por un juez.

El legislador es quien establece las causales de nulidad, así como cuales son saneables y cuáles no lo son.

Las nulidades no buscan dilatar el proceso judicial, por el contrario la intención del legislador es lograr que mediante su aplicación, se corrijan los defectos que se puedan presentar dentro del proceso, a fin de evitar la repetición de las etapas procesales por eventuales declaraciones de nulidad, así como la efectiva protección de los derechos de las partes.

De la misma manera dentro del desarrollo del presente escrito, se puede apreciar, como se plasmaron los cambios de cara a las nuevas tecnologías de las comunicaciones, a la realidad jurídica colombiana que requiere con urgencia de procesos judiciales expeditos y sin dilaciones, que cuenten con herramientas que impidan las prácticas desleales de las partes o que entorpezcan o dilaten los procesos judiciales, pero sobretodo impulsa el cambio en los esquemas de litigación, los cuales se tornan lentos, llenos de dilaciones injustificadas o que pretenden sacar provecho de la demora. De hecho, incluso frente a la anterior apreciación se podía ver como los litigantes seguramente usaron el asunto materia de estudio (las nulidades procesales en el proceso civil) con el ánimo de lograr lo dicho (dilatar los procesos judiciales) y como el mismo CGP le permite al juez usar sus poderes de corrección en aras de conjurar este tipo de prácticas.

Con la esperanza que puede tener cualquier ciudadano respecto de que la vigencia del CGP mejore la situación actual de los procesos judiciales y que a través de esta norma los asociados recuperen la confianza en la justicia doy por finalizado el tema objeto de estudio.

Agradecimientos al amigo y maestro,

Dr. RODRIGO ERNESTO VARGAS ÁVILA