

Causales de nulidad en el Juicio Ejecutivo

CAUSALES DE NULIDAD EN EL JUICIO EJECUTIVO

Por el doctor
ANTONIO J. PARDO

Causales de Nulidad en el Juicio Ejecutivo

En el juicio ejecutivo pueden existir las tres causales de nulidad que consagra el art. 448 del C. J., y también las especiales establecidas por el art. 451 ibidem. Las tres últimas son las siguientes:

- a).—Falta de citación para sentencia de remate, cuando esto deba hacerse;
- b).—La falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes; y
- c).—El librar o seguir la ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el art. 1.434 del Código Civil.

Primera causal de nulidad.—Ocurre cuando falta la citación para sentencia de remate, en los casos que conforme al Código de Procedimiento debe hacerse.

De acuerdo con el art. 1.029 del Código Judicial hay lugar a dictar auto de citación para sentencia de remate, en estos dos casos.

1o.).—Cuando se han practicado las diligencias ejecutivas de embargo, secuestro y avalúo de bienes, y el ejecutado no ha propuesto excepciones; y

2o.).—Cuando habiendo alegado el deudor excepciones, éstas se han declarado no probadas en fallo que se encuentra en firme.

Cuando ocurre la primera situación, resulta suficientemente justificado el motivo de nulidad, porque pudiendo el deudor ale-

gar excepciones perentorias o dilatorias dentro de la ejecución, desde la notificación del mandamiento de pago hasta la ejecutoria del auto que cita para sentencia de pregón y remate, es claro, que al omitirse esta providencia y proferirse el fallo, se restringe o cercena el período que la ley señala al ejecutado para oponer sus defensas en el procedimiento compulsivo.

Pero no se ve una razón muy clara y fundada, para que exista nulidad en el juicio ejecutivo, cuando no se cita para sentencia de pregón y remate, después del pronunciamiento desfavorable en sentencia sobre las excepciones opuestas por el deudor, porque en este evento el ejecutado ejercita de manera plena el derecho de defensa mediante alegación de excepciones que se declararon no probadas.

Quizás la ley tiene en cuenta, para establecer dicho motivo de nulidad, la consideración de que el auto de citación para sentencia de pregón y remate cierra un ciclo o período en la ejecución, dentro del cual se deben ejercitar ciertas acciones por el ejecutado.

La causal primera del art. 451 del Código Judicial no tiene aplicación en los procedimientos compulsivos de la acción hipotecaria o prendaria, cesión de bienes a un solo acreedor, concurso de acreedores y juicio de quiebra, porque en ellos no se dicta ninguna providencia de citación para sentencia; talvez dicha nulidad puede presentarse en el juicio de cesión de bienes a varios acreedores, porque en éste, una vez admitida la cesión, se actúa como en el juicio ejecutivo, de acuerdo con lo que dispone el art. 1.080 del mismo Código.

La falta de citación para sentencia de remate implica una nulidad que debe ser alegada dentro del procedimiento ejecutivo por cualquiera de las partes, pues finalizada la ejecución, no hay lugar a que se oponga en otro juicio, por vía de acción o de excepción, como se deduce claramente de lo dispuesto en el art. 457 del Código Judicial.

Segunda causal de nulidad.—Proviene de la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate.

La ley procesal, teniendo en cuenta la trascendencia del acto de licitación pública de bienes, ha establecido ciertos requisitos o formalidades que deben cumplirse estrictamente para la validez de la subasta.

El remate puede ser voluntario o forzado. El primero se

realiza en los juicios de sucesión, división de bienes comunes, por venta, y en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria, cuando representantes de incapaces solicitan autorización judicial para la enajenación de bienes pertenecientes a los últimos.

El remate forzado se verifica en todos los procedimientos compulsivos, es decir, juicio ejecutivo, de cesión de bienes, concurso de acreedores, quiebra, acción hipotecaria o prendaria, y también en los juicios de alimentos, cuando el fallo resuelve que el pago se debe hacer en la forma autorizada por el art. 423 del Código Civil.

Mayores formalidades se exigen por la ley en la venta forzada, donde el juez representa al tradente o ejecutado, que en la voluntaria.

Es un error creer que los únicos requisitos exigidos por la ley para la venta forzada son los que se señalan en los arts. 1.037, 1.038, 1.039, 1.041, 1.043, 1.044, 1.046 y 1.051 del Código Judicial y lo., de la Ley 176 de 1.936.

El remate, en juicio ejecutivo, debe ajustarse a ciertas condiciones, algunas de las cuales tienen que cumplirse antes de la sentencia de pregón y remate, y otras, con posterioridad al pronunciamiento de este fallo.

Son formalidades, a nuestro juicio, indispensables para la validez del remate las siguientes:

a).—El embargo de los bienes. Tratándose de inmuebles, el embargo requiere la providencia judicial en que se decreta y la inscripción de la misma por el Registrador de Instrumentos Públicos en el libro de registro de autos de embargo, conforme al art. 39 de la Ley 57 de 1.887.

Si se trata de bienes muebles, el embargo exige, fuera de la providencia judicial en que se ordena, el depósito o secuestro de los mismos, el cual viene a ser el acto que perfecciona o consuma el embargo.

El embargo se considera como requisito necesario para la validez del remate, porque representando el juez al ejecutado en las ventas forzadas, dicho funcionario tiene el deber de realizar en forma segura, la tradición del derecho de dominio sobre las cosas que se licitan; y es claro que no podría cumplir con dicha obligación, si no sustrae los bienes fuera del comercio, con el fin de impedir que el deudor, dueño de ellos, verifique actos dispositivos o de gravamen de las cosas subastadas.

b).—El depósito de los mismos bienes. En el viejo Código Judicial, el art. 214 de la Ley 105 de 1.890, expresamente establecía la nulidad del remate de bienes no depositados en forma legal; dicha disposición no se reprodujo en el actual Código de Procedimiento Civil, pero a pesar de esta omisión, no se puede desconocer que el secuestro de los bienes embargados en juicio ejecutivo implica una diligencia indispensable para la validez de la venta en pública subasta.

Ya hemos visto que el depósito de los bienes muebles es el verdadero acto consumatorio del embargo, y aunque lo mismo no ocurre en relación con los inmuebles, el depósito de éstos implica una diligencia de la cual no puede prescindirse para la subasta pública.

Si el juez representa al ejecutado como tradente en las ventas forzadas, es indudable que está en el deber de hacer la tradición de la cosa, y para cumplir dicha obligación se requiere el depósito de los bienes, diligencia que sustrae éstos de las manos del ejecutado o de terceras personas.

Por otra parte, el depósito de los bienes ofrece la ventaja de presentar a terceros que tienen la posesión de ellos la oportunidad de reclamarlos como suyos, en la diligencia de secuestro, y de que el punto de la posesión se debata, por la vía de una articulación, según se establece en los arts. 1.021 y 1.022 del Código Judicial.

c).—El avalúo de los bienes y la firmeza de dicho avalúo. El remate, además, de acto procesal, implica el contrato de compraventa que realiza el juez, como representante del ejecutado, y sabido es que constituye elemento esencial de dicho contrato el precio que el comprador debe pagar al vendedor.

Ese avalúo debe estar en firme, es decir, no sujeto a impugnaciones por alguna de las partes.

Por consiguiente, si la estimación de los bienes embargados ha sido objetada por error grave, dolo, cohecho o seducción, y no se ha decidido el incidente para resolver sobre tales objeciones, se carece de un avalúo en firme que pueda servir de base de postura para la licitación.

d).—La presentación del certificado a que se refiere el art. 1.008 del Código Judicial, si se trata de bienes inmuebles. Este documento lo exige la ley procedimental para establecer si el ejecutado es el poseedor inscrito del bien raíz y la situación jurídica

en que se encuentra el inmueble, lo que refluye sobre el precio que debe fijarse al bien, y determina, en muchos casos, el derecho que puede ser objeto de la licitación pública.

El mencionado documento debe expresar si el inmueble es materia de embargo o nó en otro juicio, o si existe en relación con él alguna inscripción de demanda de dominio, o está gravado o nó con hipotecas, censos o servidumbres activas, o limitada la propiedad con fideicomiso, usufructo, uso, habitación, condición resolutoria, arrendamiento por escritura pública, o está gravado con prenda agraria o industrial, o constituido en patrimonio de familia no embargable.

Por consiguiente, sin llevar al juicio ejecutivo dicha certificación no puede el juez garantizar que al subastador o adjudicatario le transfiere el dominio del ejecutado sobre el inmueble, ni las condiciones en que se verifica dicha transferencia.

e).—Ejecutoria del mandamiento de pago, pues el inciso 2o. del art. 1.032 del C. J. establece que en ningún caso puede procederse al remate de bienes, ni al pago al acreedor, sin que esté en firme dicho auto.

f).—Ejecutoria de la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución, según se dispone en el art. 1.033 del C. J.

g).—Citación de los acreedores hipotecarios, cuando del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos resulta que el bien que se va a rematar tiene hipotecas a favor de terceros (Art. 1.036 del Código Judicial).

h).—Anuncio de la subasta, con la anticipación de veinte días, si se trata de inmuebles, y de diez, si de muebles, por medio de cuatro carteles que se fijan en lugares públicos, por la prensa, por medio de pregones y carteles, si los bienes están situados en distintos Municipios de aquel en que deba hacerse la licitación, según los arts. 1.037, 1.038 y 1.039 del Código Judicial.

i).—Celebración del remate en horas de despacho público, sin que pueda cerrarse antes de tres horas de comenzada la licitación (Art. 1.043 íbidem).

j).—Tres pregones preparatorios el día de la subasta, en las horas indicadas por el art. 1.044 del prementado Código.

k).—Anuncio de las ofertas, pujas y repujas que hagan los licitadores, por medio del portero del juzgado o del pregonero, en alta voz, de modo que las oigan todos los concurrentes (Art. 1.046 del Código Judicial).

l).—Ofrecimiento por los licitadores del precio que señale la base de postura, con arreglo al art. 1o. de la Ley 176 de 1.936.

m).—Consignación por los postores del 20% del avalúo de los bienes; y

n).—Pago total y completo por el adjudicatario del precio del remate o comprobación de que las partes le han concedido un plazo para cubrir la parte insoluta de la obligación.

Las subastas voluntarias deben ajustarse a los siguientes requisitos:

1o.).—Ejecutoria de la providencia que decreta la licitación; 2o.).—Avalúo en firme de los bienes; 3o.).—Certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos, en los términos del art. 1008 en relación con el 635 del Código Judicial, si el bien que se va a vender es inmueble; 4o.).—Anuncio del remate con la anticipación que señala el art. 1.037 del Código Judicial, por medio de fijación de cuatro carteles en lugares públicos, publicación por la prensa y pregones y fijación de carteles en el lugar de ubicación de los bienes; 5o.).—Celebración de la almoneda en horas de audiencia pública, sin que pueda cerrarse antes de las tres horas de su iniciación; 6o.).—Postura por el total del avalúo; 7o.).—Consignación del 20% del precio de los bienes; 8o.).—Anuncio de las ofertas en alta voz; y 9o.).—Pago total del precio del remate, dentro del término legal, o presentación de algún convenio que el adjudicatario haya celebrado con los interesados sobre la obligación de cubrir el valor de los bienes.

De acuerdo con el art. 452 del Código Judicial el motivo de nulidad por la omisión de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, se hace extensivo a los procedimientos especiales en que haya licitación, como ocurre en el juicio de jurisdicción voluntaria en que se dispone la venta de bienes inmuebles pertenecientes a incapaces, a solicitud del padre o madre o guardador (Art. 810 del C. J), en el de alimentos (835 ibidem), en el de sucesión, según los arts. 962 y 967 de la misma obra, en el de división por venta, con arreglo al 1.147 ibidem, en la acción hipotecaria o prendaria, según el art. 1.194, y finalmente, en los procedimientos compulsivos de cesión de bienes, concurso de acreedores o quiebra de un comerciante.

La causal de nulidad a que hemos aludido puede alegarse dentro del juicio ejecutivo o de cualquiera de los procedimientos

indicados para que sobre ella se pronuncie el juez, antes de la aprobación del remate; pero si la licitación está aprobada por el juez, ya tiene que reclamarse en juicio distinto, con audiencia del rematante (Art. 457 del Código Judicial).

Tercera causal de nulidad en el juicio ejecutivo.—De acuerdo con el numeral 3o., del art. 451 del Código Judicial dicha causal de nulidad se puede fundamentar en dos hechos: 1o.—Librar la ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya cumplido la formalidad de que trata el art. 1.434 del Código Civil; y 2o.).—Seguir la ejecución o adelantarla después del fallecimiento del deudor, sin que se haya llenado el mencionado requisito.

En consecuencia, quien tiene un documento que traiga aparejada ejecución, contra determinada persona que ha fallecido, debe previamente pedirle al juez la notificación de la existencia del título ejecutivo a los herederos del deudor y dejar transcurrir el plazo de ocho días, a contar de la última notificación, para que se pueda librar el mandamiento de pago contra tales sucesores, pues si se decreta la ejecución, sin cumplirse previamente esta diligencia, el juicio ejecutivo queda herido de nulidad que puede ser alegada por cualquiera de las personas que integran la parte demandada.

Y si siguiéndose una ejecución, se presenta el comprobante de la muerte del deudor, aunque éste se halle representado por medio de apoderado, el juicio debe suspenderse para llenar la formalidad de que trata el art. 1.434 del Código Civil.

En caso de adelantarse la ejecución, sin la notificación de la existencia del título ejecutivo a los herederos del ejecutado, cuya personería sustantiva debe acreditarla el acreedor, se incurre en una nulidad parcial del juicio ejecutivo que puede declararse a solicitud de parte interesada.

Algunos juristas han sostenido que la formalidad de que trata el art. 1.434 del Código Civil, únicamente debe cumplirse cuando se ejercita una acción personal, y no cuando se promueve una real, como la hipotecaria o prendaria.

Dicha diferencia carece de razón, porque cuando se ejercita una acción real, el deudor viene a ser el poseedor de la cosa; de manera que si éste fallece, se hace necesario dar aplicación al artículo 1.434 del Código Civil, según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en varias decisiones judiciales.

El tercer motivo de nulidad se puede alegar por los here-

deros del deudor dentro del juicio ejecutivo; pero en caso de haber finalizado éste por cualquier motivo legal, la causal se puede oponer por vía de acción en otro juicio, pues se ha considerado que la no notificación de la existencia del título ejecutivo a los herederos, equivale a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, y entonces tiene aplicación lo dispuesto en el art. 457 del Código Judicial.

Como se suscita el incidente de nulidad.—El incidente de nulidad puede ser provocado por el juez, o por cualquiera de las partes.

En efecto, el art. 455 del Código Judicial faculta al juez que conoce de un juicio, antes de decidir sobre lo principal, para poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad que observe en el proceso, por medio de auto que debe notificarse personalmente.

El juez a-quo, o sea, el de primera instancia, en cualquier estado en que se encuentre el negocio puede cumplir el mandato del prementado precepto, haciendo saber a las partes cualquiera de las causales generales de nulidad de que trata el art. 448 ibidem, o las especiales del 451, si se trata de juicio ejecutivo; pero el juez ad-quem, es decir, el de segunda instancia, necesita, para que pueda hacer uso de dicha facultad, que tenga plena competencia para decidir sobre lo principal del asunto, por haber ido éste en apelación o consulta de la sentencia de primer grado.

Quiere decir lo anterior que si el negocio ha pasado al Superior para decidir el recurso de apelación interpuesto contra alguna providencia interlocutoria del juez a-quo, en manera alguna tiene facultad el primero para cumplir el mandato del referido artículo, ya que su competencia queda única y exclusivamente limitada a la cuestión sub-judice objeto del recurso de alzada.

La notificación personal del auto que manda poner en conocimiento de las partes alguna causal de nulidad tiene por finalidad el que el litigante que tiene derecho a pedir la reposición, no entendiéndose este término en el sentido de recurso judicial, ratifique expresamente lo actuado dentro de los tres días siguientes a la notificación; de manera que si no hay quien ratifique las diligencias cumplidas en el proceso, afectadas de nulidad, o se trata de un motivo de nulidad que no puede ser ratificado por las partes, sobra desde luego el aviso que el juez dé acerca de la irregu-

laridad existente en el proceso, y por lo tanto, debe el juez hacer el pronunciamiento sobre la nulidad.

Quienes tienen derecho a ratificar lo actuado.—La solución de este punto depende de la causal de nulidad que el juez ordena poner en conocimiento de las partes. Si ella consiste en incompetencia de jurisdicción, sea de carácter prorrogable o improrrogable, la ratificación de lo actuado debe hacerse por todas las partes; en caso de existir ilegitimidad de la personería del demandante o del demandado, o de quien figure como su apoderado o representante, la ratificación del juicio debe hacerse por la parte indebidamente representada o por su auténtico o legítimo representante o apoderado; al ocurrir la causal tercera de nulidad de que trata el art. 448 del Código Judicial, el acto de convalidación debe verificarse por las personas que no han sido citadas o emplazadas en la forma legal o que no fueron llamadas al juicio.

En el juicio ejecutivo, al presentarse la primera nulidad, la ratificación de lo actuado debe hacerla el ejecutado; si ocurre el segundo motivo de nulidad, se requiere, en nuestro concepto, la ratificación de todas las partes interesadas en la ejecución, es decir del ejecutante, ejecutado y terceristas, porque las formalidades establecidas por la ley para la validez del remate, buscan el beneficio de todos los litigantes.

Al acaecer el tercer motivo de nulidad, le corresponde a los herederos del deudor o a sus legítimos representantes, la ratificación de lo actuado.

La ratificación de las diligencias cumplidas en el juicio afectado de cualquier motivo de nulidad, debe ser expresa; de suerte que si las partes guardan silencio o la interesada nada dice, o por medio de memorial piden expresamente la anulación, debe invalidarse el juicio al estado que tenía cuando ocurrió la causal, quedando en firme la actuación precedente, lo que indica que el pronunciamiento de nulidad puede invalidar totalmente el proceso o parte de él, según los hechos que la originan.

Cuando en un Tribunal el expediente haya pasado a la respectiva Sala para la decisión definitiva, es decir, cuando haya terminado completamente la tramitación de segunda instancia, corresponde a aquélla y no al Magistrado Ponente, poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad que observe, y resolver sobre ella.

No quiere decir esto que solamente antes de la sentencia

definitiva se pueda poner en conocimiento de las partes, cuando el negocio se encuentre en el Tribunal Superior, en segunda instancia, las causales de nulidad que se presenten en el proceso. En la secuela del procedimiento de segunda instancia, el Magistrado Ponente indudablemente tiene facultad, desde que se inicia la segunda instancia hasta antes de que el negocio entre a despacho para sentencia, de hacer saber a los litigantes los motivos de nulidad que existen en el juicio y de declararlos, si no hay ratificación de lo actuado.

Pero cuando el negocio se encuentra en estado de sentencia, en la segunda instancia, se puede afirmar que desde este momento comienza la competencia de la Sala de Decisión, y por este motivo, debe ser élla y no el Magistrado Ponente, la que tiene la atribución de poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad y hacer el respectivo pronunciamiento sobre éllas.

Lo que se acaba de exponer tiene importancia en relación con el recurso de súplica que consagra el Código Procesal Colombiano para los autos interlocutorios dictados por el Magistrado ponente, cuando no procede como juez ad-quem.

Si es éste quien declara la nulidad en la segunda instancia del juicio, la providencia dictada que es interlocutoria, porque resuelve una cuestión incidental en el juicio, está sujeta al recurso de súplica ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión.

Por el contrario, si corresponde a la Sala de Decisión proferir la resolución en que se declara la nulidad puesta en conocimiento de las partes, el proveído no es susceptible de súplica, porque no lo dicta el Magistrado Ponente, sino de reposición, el cual debe interponerse por la parte ante la entidad falladora, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto.

De manera que cuando el negocio se encuentra a despacho para sentencia, si el superior es un Tribunal, incumbe a la Sala de Decisión pronunciar sobre la nulidad, porque la providencia que la declara viene a ser un auto interlocutorio con fuerza de sentencia que pone término a la instancia y hace imposible, en algunos casos, la continuación del juicio.

Articulación de nulidad.—El incidente de nulidad puede ser promovido, también, por cualquiera de las partes del juicio, en la primera o en la segunda instancia, de acuerdo con el art. 456 del Código Judicial. La oportunidad para provocarlo dura hasta antes de dictarse el fallo de primero o de segundo grado, lo cual impli-

ca una excepción a la regla general consignada en el art. 394 ibidem, el cual sólo permite suscitar cuestiones incidentales en el proceso, antes de la citación para sentencia.

Por consiguiente, si el juez a-quo ha proferido el fallo de primera instancia, ya no es dable alegar ninguna causal de nulidad que puede reservarse la parte para oponerla en el segundo grado del juicio, si el negocio va al superior por apelación o consulta; de igual manera si el juez ad-quem pronunció el fallo de segunda instancia, desde luego queda precluída la facultad procesal que tienen las partes para suscitar el incidente de nulidad.

En caso de afectar al proceso algún motivo de nulidad, y tratarse de sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores en los asuntos a que se refiere el art. 519 del Código Judicial, sería permitido invocar la existencia de dicha nulidad si se ha interpuesto el recurso de Casación, como causal para obtener la invalidación del fallo, de acuerdo con el numeral 6o. del art. 520 del Código Judicial, o se podría, si el fallo de segunda instancia no está sujeto a recurso alguno, alegar en otro juicio, por la vía ordinaria o como excepción, en el proceso de ejecución de la sentencia, el correspondiente motivo de nulidad, siempre que élla consista en la ilegitimidad de la personería de alguna de las partes o de su apoderado o representante, o en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 457 del Código Judicial.

El incidente de nulidad puede suscitarse en el juicio por cualquiera de las partes, de acuerdo con el tenor claro y expreso del art. 456 del Código Judicial, es decir, por el litigante que tiene derecho a pedir la reposición o a ratificar expresamente lo actuado, y también, por aquél que no goza de dicha facultad, porque a todas las partes del proceso interesa hacer desaparecer las irregularidades que afectan el procedimiento y obtener un fallo definitivo y firme en la litis.

De manera que si en el juicio existe la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del demandado o de su apoderado o representante legal, es indiscutible que el demandante tiene pleno derecho a provocar la nulidad del juicio, aunque solamente la parte mal representada goce de la facultad de ratificar expresamente lo actuado.

No ocurre lo mismo cuando como excepción en el proceso

de cumplimiento del fallo o por vía de acción, en juicio ordinario, se alegan las causales de nulidad a que alude el art. 457 del Código Judicial. Es claro que en tales casos sólo tiene interés jurídico en promover la acción u oponer la defensa, la parte que no fué legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada en el juicio.

El incidente de nulidad se sustancia y decide como una articulación, es decir, por los trámites que señala el art. 395 del Código Judicial. De la petición en que se suscita la nulidad, se corre traslado a la contraparte por el término de dos días, y si hay hechos que establecer, porque no se trata de una cuestión de mero derecho, se abre a pruebas el incidente por el término de nueve días, vencido el cual, se profiere el fallo, dentro de los cinco días siguientes.

No es admisible el incidente de nulidad, lo que quiere decir que el juez lo puede inadmitir o rechazar desde el principio, cuando la causal alegada se había propuesto antes, como excepción dilatoria, porque el art. 394 del Código citado autoriza al funcionario judicial para desechar de plano los incidentes, si se promueven por la misma causa, después de haber sido recibidos en otra ocasión.

Por consiguiente, si el demandado ha alegado la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del demandante, y ésta ha sido desechada en proveído que está en firme, decisorio del incidente, ya no le es dable a dicha parte, ni tampoco al actor, alegar en el juicio la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería, con fundamento en los mismos hechos que informaron el medio exceptivo dilatorio; y en caso de que el demandado haya o puesto dentro del término que tiene para contestar la demanda la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, con base en la incompetencia del juez por razón de la materia o naturaleza del asunto, al declararse no probado este medio exceptivo, no se podría suscitar en ninguna de las instancias del juicio, por ninguna de las partes, el incidente de nulidad de incompetencia de jurisdicción, con fundamento en el mismo hecho en que se hizo consistir la excepción dilatoria; pero es claro que si la articulación de nulidad se basa en causas jurídicas distintas a las que originaron las excepciones dilatorias, se le debe dar curso a la articulación, pues en tal evento no tiene aplicación la norma que consagra el artículo 394 del Código Judicial.

Nulidades en el juicio ejecutivo: oportunidad para alegarlas.
Trátase de saber si en el juicio ejecutivo se pueden alegar las causales generales de nulidad que consagra el art. 448 y las especiales de que habla el 451 del Código Judicial, después de haberse dictado en él la sentencia de pregón y remate, o en otros términos, si tiene aplicación rigurosa o nó a dicho procedimiento compulsivo la norma general que establece el art. 456 *ibidem*, acerca de la oportunidad que tienen las partes para pedir la declaración de tales nulidades.

La Doctrina y la Jurisprudencia se han orientado en el sentido de establecer que el art. 456 citado sólo rige estrictamente en los juicios ordinarios y especiales, distintos éstos al ejecutivo, y que, por lo tanto, en este último procedimiento se pueden alegar nulidades, aún después de ser dictada la sentencia de pregón y remate.

Varias razones de poderoso valor jurídico sustentan esta conclusión o tesis.

El fallo de pregón y remate no se ha considerado como una verdadera sentencia, aunque la ley le dá esta denominación, porque no pone fin al juicio ejecutivo, y más bien se ha reputado como un simple auto que hace pasar la ejecución del estado de coacción o apremio, al de pago o de licitación.

El juicio ejecutivo tiene una característica especial que lo diferencia de otros procedimientos, consistente en que después de haber sufrido la segunda instancia, vuelve a la primera, como se deduce muy claramente de lo dispuesto por el art. 981 del Código Judicial. De acuerdo con esta norma legal existe juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago hasta que éste se hace al acreedor o se ejecutoria la sentencia que manda cesar la ejecución".

Dada esta índole especial del juicio ejecutivo que no finaliza con ninguna sentencia, pronunciada en primera o segunda instancia, sino con el pago o con la ejecutoria del fallo que manda cesar totalmente la ejecución, es lógico que cualquiera de las causales generales de nulidad contempladas en el art. 448 del Código Judicial, o de las especiales indicadas en el 451 *ibidem*, se puedan alegar en cualquier situación o estado del procedimiento compulsivo".

Además, en el juicio ejecutivo se pueden dictar tres fallos, el de pregón y remate, el de excepciones, declarándolas no proba-

das, y el de prelación o prorrateo, cuando se han introducido tercerías coadyuvantes, lo que indica la dificultad de determinar cuál es la sentencia que debe tenerse en cuenta, para que antes de proferirse, se presente la oportunidad de alegar las causales de nulidad.

Por otra parte, no puede desconocerse, en atención a la naturaleza especial de los motivos de nulidad que enumera el art. 451 del Código Judicial, que los hechos o situaciones que los engendran, pueden ocurrir dentro del juicio ejecutivo, después de dictarse la sentencia de pregón y remate.

En efecto, el motivo de falta de citación para sentencia de remate, solamente puede observarse cuando ésta se profiere en la ejecución, sin dictarse el auto de citación; puede también suceder que el deudor fallezca después de haberse pronunciado el fallo de pregón y remate y que se siga la ejecución, sin cumplir con la formalidad de que trata el art. 1.434 del Código Civil; y finalmente, la omisión de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes puede presentarse en la segunda etapa del juicio ejecutivo, porque ya se ha dicho que hay requisitos para la validez de la licitación, previos a dicho fallo, y otros que deben cumplirse después de haberse proferido.

Así lo corrobora, respecto de la segunda causal de nulidad que indica el art. 451 del C. J., el segundo inciso del 457, al establecer que dicho motivo de nulidad, "una vez aprobado el remate, sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante".

Causales de nulidad que pueden ser alegadas en otros juicios.—Por regla general, las causales de nulidad se alegan y se declaran en el juicio donde ocurran las irregularidades procesales que las originan, pues éllas se pueden poner en conocimiento de las partes, por el juez, de manera oficiosa, facultad que algunos han considerado que va contra el principio dispositivo, de contradicción o controversia que regula nuestro procedimiento civil, o cualquiera de las partes puede alegarlas, antes de la sentencia definitiva, como lo previene el art. 456 del Código Judicial.

Pero, según el 457 ibidem, hay algunas nulidades que si no se declaran dentro del proceso donde ocurrieron, pueden alegarse en otro juicio, por vía de acción o de excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Son estas causales las de ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o

representante legal y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Por consiguiente, el motivo de nulidad llamado por la ley incompetencia de jurisdicción, sea de carácter prorrogable o improrrogable, tiene que ser alegada por alguna de las partes in litem litis, o declararse dentro del proceso por el juez, en uso de la facultad que le dá el art. 455 del Código Judicial, cuando las partes no han ratificado lo actuado.

Quiere ello decir, como se observó cuando tratamos de la excepción de cosa juzgada, que la sentencia dictada por Tribunal incompetente, aunque dicha incompetencia tenga el carácter de improrrogable, es decir, sea determinada por la naturaleza del asunto o calidad de las partes, dá la acción de cosa juzgada, es decir, el derecho para exigir el cumplimiento del fallo por la vía adecuada señalada por la ley, en caso de estimar la demanda o la excepción de cosa juzgada, si la desestima, por razones de fondo.

De los motivos especiales de nulidad que pueden existir en el juicio ejecutivo, el primero, consistente en la falta de citación para sentencia de pregón y remate, cuando ésto deba hacerse, se debe alegar dentro de la ejecución, sin que dé derecho, una vez terminado el juicio, a oponerlo por la vía ordinaria; la segunda causal, que se origina por la falta de las formalidades prescritas para verificar la subasta de bienes, una vez aprobado el remate, es alegable en juicio distinto, con audiencia del rematador, según lo establece la parte final del prementado art. 457; y la tercera, que consiste en librar o seguir la ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya cumplido la formalidad del art. 1.434 del Código Civil, se ha considerado por la doctrina que equivale a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de los herederos del ejecutado, y de allí que se pueda hacer valer, por la vía ordinaria, de acuerdo con lo que estatuye el mismo art. 457.

Se consagra en este precepto una especie de acción rescisoria del primitivo juicio, desde que en éste haya ocurrido la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería o de falta de citación o emplazamiento de las personas que deben ser llamadas al juicio, y es claro que la acción o excepción de nulidad procesal, recurso este último que se puede oponer por el demandado cuando se trate de ejecutar la sentencia, implican en el fondo una institución que va contra la cosa juzgada que consagra el art. 473 del Código Judicial, como lo es también el recurso extraordinario de

revisión y el derecho de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley.

Pero es indudable que se necesita, para que se pueda ejercitar la acción de nulidad del anterior juicio u oponer la excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia, que haya interés jurídico del litigante que reclama la nulidad, y de allí que ese derecho solamente se otorgue a la parte que no fué legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada en el juicio, lo que quiere decir que el litigante no afectado por la irregularidad que engendra la nulidad, carece de la facultad de promover la acción o de alegar la excepción.

Se requiere, también, para que prospere la acción o excepción de nulidad procesal que la sentencia dictada en el juicio, ya fenecido o finalizado, hubiera sido desfavorable a la parte que estuvo indebidamente representada o que no fué citada o emplazada en la forma legal, porque si el fallo le fué favorable o acogió las pretensiones de aquélla, carece de legitimación en la causa o de interés jurídico para ejercitar la acción rescisoria del anterior procedimiento o para alegar la respectiva excepción, interés que según viejo aforismo jurídico "es la medida de las acciones en justicia".

Alegación de la nulidad procesal como excepción.

Es claro que la manera de hacer valer como excepción la existencia de cualquiera de las nulidades procedimentales indicadas por los numerales 2o. y 3o., del art. 448 del C. J. corresponde única y exclusivamente al demandado indebidamente representado o que no fué citado o emplazado en la forma legal en el anterior juicio.

De acuerdo con lo establecido en el Código Judicial Colombiano existen tres maneras de cumplir la sentencia judicial definitiva y ejecutoriada, a saber:

1a.) — Por el Juez que pronunció la de primera o única instancia, cuando en la decisión se condena al demandado a la entrega de alguna cosa raíz o mueble, en ejercicio de una acción real o personal (Art. 551 del C. J.);

2a.) — Por el procedimiento del incidente reglamentado por el Art. 553 del mismo Código, en caso de que el fallo conde-

ne al demandado al pago de una cantidad ilíquida, por concepto de frutos, perjuicios u otra cosa semejante; y

3a.) — En juicio separado, por la vía ejecutiva, generalmente, cuando la obligación declarada en la sentencia es de hacer, o de entregar especies indeterminadas de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero.

En el primer caso, si ha ocurrido en el juicio falta de citación o de emplazamiento en forma legal del demandado o ha sido ilegítima su personería o la de su representante legal o apoderado, no le es permitido a dicha parte alegar como excepción ninguna de las expresadas nulidades procesales, con el fin de oponerse al cumplimiento de la sentencia e impedir la entrega de la cosa raíz o mueble al demandante.

Para que se estime eficaz la oposición que se formule al cumplimiento de la sentencia que ordena la restitución de algún bien, se requiere que élla venga de un tercero, es decir, de persona que no sea el demandado ni se identifique jurídicamente con él (Art. 552 del C. J.), y de allí que resultaría baldía cualquier reclamación que hiciera aquél para oponer la nulidad del juicio como excepción, ya que la ley no señala procedimiento para debatirla y resolverla.

Por consiguiente, el demandado tendría necesariamente que alegar la nulidad de ilegitimidad de su personería o la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, por la vía de acción, con el fin de obtener que se invaliden las diligencias del anterior juicio y el fallo judicial en firme que le puso fin en sentido desfavorable al poseedor de la cosa.

En el segundo caso, no estimamos como conclusión muy acertada que en el incidente encaminado a señalar el monto de la obligación por razón de frutos, perjuicios u otra cosa semejante, pueda oponerse por el demandado, por vía de excepción, la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería o de falta de citación o emplazamiento, pues existe doctrina de la Corte Suprema de Justicia acerca de que en el expresado procedimiento no le es dable al deudor alegar hechos exceptivos, ya que en él no se ventila otra cuestión que la de determinar la cantidad líquida de la prestación; pero en el supuesto de que fuera pertinente la alegación de tal defensa, por parte del demandado, no creemos legal ni jurídico que dentro del incidente se abra una nueva articulación para que resuelva el Juez sobre la excepción, como

lo sostiene el Dr. Hernando Morales, ya que bastaría que se o pusiera por el demandado la nulidad en el escrito de contestación al traslado, se acreditara dentro del término probatorio del incidente, si no aparece justificada en las diligencias del expediente, y se decidiera sobre ella en la providencia de carácter interlocutorio que resuelva sobre el punto controvertido, en forma de que al acogerse la excepción, tendría que negarse por el fallador la fijación en cantidad líquida del valor de los perjuicios, frutos, u otra cosa semejante, o abstenerse de regularla, por el reconocimiento que hiciera de tal defensa.

Al adoptarse la tesis de que no se puede discutir dentro del incidente a que se refiere el art. 553 del C. J. la cuestión de la nulidad procesal, opuesta como excepción, ningún perjuicio recibiría el demandado, puesto que éste dentro de la ejecución que debe seguirse con base en el título ejecutivo que implica la providencia que determina en suma líquida la prestación, aduciría dicha defensa, para lo cual goza de una oportunidad bastante amplia, pues el ejecutado dentro del juicio ejecutivo puede alegar excepciones, desde la notificación del mandamiento de pago hasta la ejecutoria del auto que cita para sentencia de pregón y remate (Art. 1.025 del C. J.).

En la tercera situación, la sentencia de condena tiene necesariamente que cumplirse, mediante la secuela del juicio ejecutivo, iniciado ante el Juez competente, y dentro de este procedimiento compulsivo el demandado tendría oportunidad para alegar la ocurrencia de la nulidad procesal como excepción dentro del plazo que arriba indicamos.

En síntesis, consideramos que el demandante tiene que alegar como acción, en todos los casos, la existencia de la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería o de falta de citación o emplazamiento en la forma legal, y también el demandado, cuando la ley no señala algún procedimiento de ejecución de la sentencia judicial, por la vía de otro juicio; en los demás casos, el demandado puede oponer la nulidad como excepción dentro del respectivo proceso ejecutivo.

Estudiaremos varios casos que pueden presentarse, al aplicarse el art. 457 del Código Judicial, a saber:

1o.) — Juicio establecido por un demandante inhábil que obtiene en sentencia el reconocimiento del derecho pedido, en ejercicio de una acción de condena.—Indudablemente, el deman-

dante carece de interés jurídico para impetrar, por vía de acción, la declaración de nulidad del juicio, y tratará de que el fallo definitivo se cumpla, por la secuela judicial adecuada;

2o. — Juicio instaurado por un demandante inhábil contra demandado capaz, quien es absuelto en sentencia judicial.—Es evidente que el primero tiene interés jurídico en ejercitar, por la vía ordinaria, la acción de nulidad de la actuación, por ilegitimidad de la personería, y también, en promover la deducida en la anterior demanda, para que sea acogida, ya que invalidados el juicio y el fallo, éste no puede generar la cosa juzgada;

3o.) — Juicio iniciado por un demandante capaz contra un demandado inhábil que terminó por sentencia condenatoria del último. Es indiscutible que el demandado tiene interés en demandar la nulidad procesal como acción o excepción;

4o.) — Juicio promovido por un actor capaz contra un demandado inhábil que finalizó con fallo absolutorio del reo.—No tiene interés jurídico el demandado en ejercitar acción de nulidad del juicio terminado con una sentencia que no le causó agravio alguno;

5o.) — Juicio incoado por un demandante capaz contra un demandado hábil, en que éste no fué citado en forma legal, y que terminó por sentencia condenatoria.—En el proceso de ejecución el demandado puede alegar como excepción la nulidad, consistente en la falta de citación en el anterior proceso; y la puede ejercitar por vía de acción, si el fallo no se cumple en otro juicio; y

6o.) — Juicio establecido por una persona capaz contra un demandado hábil, en el cual no se cita a éste, pero que termina con absolución del reo.—Sería injurídico que el demandado ejerciera por vía de acción la nulidad procesal, porque carece de interés jurídico para promover la demanda.

Para terminar el estudio del art. 457 del Código Judicial debemos observar que de acuerdo con doctrina de la Corte Suprema de Justicia, no es eficaz alegar, por vía de acción o de excepción, la nulidad de ilegitimidad de la personería o de falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que debieron ser llamadas al juicio, cuando tales cuestiones accidentales se ventilaron dentro del proceso respectivo por el procedimiento de una articulación y hubo decisión adversa sobre ellas, o cuando se invocaron como causas de Casación, con arreglo

al numeral 6o., del art. 520 del mismo Código y la Sala de Casación Civil no las acogió en el fallo resolutorio del recurso extraordinario.

Costas de la nulidad. — Cuando se declara la nulidad de un proceso, en la parte resolutive de la providencia que hace tal pronunciamiento, debe condenarse en las costas de la parte inviduad al funcionario responsable.

Pero si la culpa no es exclusivamente del Juez, como en el caso de ilegitimidad de la personería de la parte a quien admitió como tal, sin poder admitirla, o en cualquier otro en que debió advertir la irregularidad en que incurría, el pago de las costas corresponde por mitad al funcionario y a la parte culpable.

Aunque el art. 458 del Código Judicial ha sido entendido en el sentido de que él no exige el elemento de la temeridad o culpabilidad del funcionario judicial en la ocurrencia de la nulidad, sin embargo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha atemperado el rigor de dicho precepto, estableciendo que en aquellos casos en que la responsabilidad de la nulidad recae en la parte y no en el Juez, éste no debe responder de la totalidad ni de ninguna parte de las costas correspondientes al proceso anulado.

Habrán casos muy claros en que la existencia de la nulidad obedece a culpa del funcionario judicial, como ocurriría cuando existe la causal de incompetencia de jurisdicción, por razón de la naturaleza del asunto o calidad de las partes, o hay en el proceso la irregularidad de no haberse citado al demandado o emplazado en la forma legal, o cuando tratándose de un juicio ejecutivo, se omite citar para sentencia de pregón y remate o se pretermiten formalidades indispensables para la validez de la licitación; pero no presentarán situaciones en que la responsabilidad radique enteramente en la parte, tal como sucede cuando en el juicio existe el motivo de nulidad de ilegitimidad de la personería del apoderado o representante legal del demandado, dado el principio establecido por el artículo 232 del C. J.

En todo caso, el art. que estamos comentando hace responsable al juez de la totalidad de las costas referentes al proceso anulado, y solo en el evento de que haya alguna culpa de alguno de los litigantes o partes, corresponde la mitad al funcionario y la otra mitad a la parte culpable.

En la generalidad de los casos, especialmente cuando la

nulidad se declara en la primera instancia, no se aplica dicha sanción al funcionario judicial responsable de la existencia de la nulidad, pues es natural que el juez a sí mismo no se va a condenar; pero le queda el derecho a cualquiera de las partes de apelar contra el proveído que declaró la nulidad, en la parte desfavorable, a fin de que el superior aplique en todo su rigor el ordenamiento del art. 458 del Código Judicial.

No surte efecto la condenación en costas, cuando declarada la nulidad, los interesados revalidan la actuación anulada, según lo dispone al art. 459 del C. J.

Se consagra en este canon legal el principio de que la nulidad desaparece por el acto de convalidación, es decir, por el consentimiento o voluntad de los litigantes interesados; y es claro que si no hay lugar a la condenación en costas, la actuación queda revalidada, tal como si poniéndose en conocimiento de los litigantes el motivo de nulidad, éstos hubieran ratificado lo actuado, en ejercicio de la facultad procesal que les dá el art. 455 *ibidem*.

Por consiguiente, si la causal de nulidad declarada es la de incompetencia de jurisdicción, de carácter improrrogable, la revalidación de lo actuado no da jurisdicción al juez para seguir conociendo del asunto, el cual debe pasarse a quien corresponda aprehender el conocimiento del negocio.

Quienes no pueden ratificar la actuación.

De acuerdo con el art. 460 del C. J., el Ministerio Público, o sean, el Procurador General de la Nación, el Fiscal del Tribunal Superior y el Personero Municipal, cuando actúan como representantes del Estado y del Municipio en Juicios en que dichas entidades aparecen como actoras o demandadas, los representantes legales de una de las personas jurídicas de que trata el Título 36 del Libro I del Código Civil, es decir, de las Corporaciones y Fundaciones, y los guardadores, o sean los tutores, curadores generales y ad-litem, en representación de los incapaces, carecen de facultad para ratificar la actuación, cuya nulidad proviene de incompetencia de jurisdicción improrrogable, determinada por la naturaleza del asunto, calidad de las partes, y también por el factor territorial, en aquellos casos excepcionales en que se vuelve improrrogable, puesto que requieren autorización

judicial para dicha ratificación, mediante la comprobación de utilidad manifiesta.

Pero si pueden las personas anotadas ratificar la actuación, cuando existen las causales de nulidad de ilegitimidad de la personería o de falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que deben ser llamadas al juicio, o cuando tratándose de un proceso de ejecución, hay en él los motivos de nulidad que consagra el art. 451 *ibidem*.

Tampoco comprende la prohibición a otros representantes legales de personas incapaces, como serían el padre o madre legítimos o la madre o el padre natural, ni a los representantes convencionales de otras personas jurídicas, tales como socios gestores o gerentes de sociedades colectivas, en comandita o anónimas.

En cierto sentido al art. 460 del Código Judicial guarda armonía, en lo referente al Ministerio Público, con el art. 153 *ibidem*, ya que éste establece que los Agentes del Ministerio Público no puedan prorrogar, mediante la sumisión tácita, la competencia determinada por el factor territorial, es decir, prorrogable.

En nuestro concepto, la autorización judicial puede ser otorgada por el mismo funcionario judicial que está conociendo del juicio, adoptando el procedimiento señalado por el art. 1.203 del C. Judicial referente a aquellos asuntos en que el funcionario resuelve con conocimiento de causa.

PANAMERICANISMO

Por el doctor
AQUILEO CALLE H.