

ya extinguida en virtud de la novación por cambio de objeto; el acreedor había renunciado a exigir del deudor el objeto primitivamente debido; si la evicción se produce su antigua acción permanece extinguida con todas las garantías que comportaba (fianza, hipoteca, privilegio); queda reducido a una acción de garantía contra el tradente, acción personal que hace de él un mero acreedor quirografario”.

NULIDADES

Por el doctor
ANTONIO J. PARDO

Nulidades

Son distintas las nulidades que se consagran en el Título XX, Libro IV del Código Civil, a las nulidades procesales de que trata el Capítulo VII, Título XII, Libro II del Código Judicial.

Difieren por varios conceptos, a saber: A). Por el objeto o materia. Las primeras versan sobre los actos y contratos civiles y, naturalmente, tienen aplicación a los actos y contratos mercantiles; las segundas, se refieren a las actuaciones procedimentales o a los juicios. B). Por las causas que las originan. Las nulidades sustantivas existen cuando al acto o contrato le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes; las nulidades procesales, cuando se desconocen las bases de la organización judicial o se pretermite el derecho de defensa para las partes en el juicio. C). Por los efectos que ellas producen. La nulidad sustantiva judicialmente pronunciada dá derecho a las partes a ser restituidas al estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato o acto nulo y, como consecuencia de dicha reposición, puede originar prestaciones mutuas para los contratantes, cuando ambos han cumplido las respectivas obligaciones, y da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sean de buena o mala fé. Por el contrario, la declaración de nulidad procesal invalida sólo el juicio, total o parcialmente, sin afectar los actos o contratos de carácter civil o mercantil que aparezcan en los documentos aducidos como pruebas; y D). En cuanto al procedimiento que debe seguirse para hacerlas efectivas. Las primeras, exigen la promoción de un juicio ordinario para que pueda

pronunciarse la nulidad relativa o absoluta del acto o contrato; las segundas, generalmente, se alegan por cualquiera de las partes dentro del proceso, por la vía de articulación, aunque terminada la actuación procedimental, algunas de ellas, tales como las de ilegitimidad de la personería y de falta de citación o emplazamiento en forma legal de las personas que deben ser llamadas al juicio, se pueden oponer, por vía de acción o de excepción, en este último caso, cuando se trate del cumplimiento de la sentencia judicial.

Por consiguiente, no cabe aplicar a las nulidades procesales la clasificación de absolutas y relativas en que se dividen las nulidades de carácter sustantivo, a pesar de que se podría decir que a la primera categoría pertenece la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, de carácter prorrogable o improrrogable, porque solamente se extingue con el consentimiento de ambas partes o por la ratificación de lo actuado por todos los litigantes, y que dentro del segundo tipo podrían quedar comprendidas las de los numerales 2o. y 3o., del art. 448 del C. J., porque basta la ratificación de la parte indebidamente representada o no citada o emplazada, para que desaparezcan tales nulidades procesales.

Y esta cuestión tiene importancia respecto de la extinción de la acción tendiente a la declaración de alguna nulidad procesal que como se ha dicho debe promoverse por la vía ordinaria, puesto que si se consideran algunas como relativas, el derecho a demandarlas judicialmente caducaría al vencerse el lapso de cuatro años, que es el plazo de prescripción señalado por el Código Civil para las nulidades relativas.

Las causales de nulidad establecidas en el Código de Procedimiento tienen su remoto fundamento en el art. 26 de la Constitución Nacional que la doctrina ha hecho aplicable a asuntos civiles y penales. De acuerdo con dicho texto "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Exige, por tanto, el precepto constitucional que el juicio civil se siga ante funcionario competente, y deja al legislador la facultad de reglamentar las formas propias de cada procedimiento, señalando aquéllas cuya omisión o pretermisión pueda originar la invalidez del juicio, por desconocimiento, algunas veces,

del derecho de defensa o por la no comparecencia al proceso, debidamente representados, de los verdaderos titulares del derecho y de la obligación.

CAUSAS GENERALES DE NULIDAD.

De acuerdo con el art. 448 del Código Judicial son motivos de nulidad en todos los juicios, sean ordinarios o especiales, de jurisdicción contenciosa o voluntaria, los siguientes: 1o.). La Incompetencia de Jurisdicción; 2o.). La Ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante; y 3o.). La falta de citación o emplazamiento, en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Las causales primera y segunda del artículo citado, originan excepciones dilatorias llamadas Declinatoria de Jurisdicción e Ilegitimidad de la Personería, e implican, como se ha explicado atrás, la falta de dos presupuestos procesales, o sea, de algunos de los elementos que debe tener el Juez en cuenta para proferir sentencia de fondo, en que estime o desestime la acción, denominados competencia del juzgador y capacidad procesal para comparecer en juicio (Legitimatío ad Procesum).

La tercera se fundamenta en el desconocimiento del derecho de defensa para todas las personas que han debido ser llamadas al juicio, por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de ellas.

Vamos a estudiar cada una de esas causales de nulidad, comenzando por la primera, o sea, la incompetencia de jurisdicción.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.

Este motivo de nulidad existe en el proceso cuando al funcionario judicial le falta jurisdicción o cuando no tiene competencia para conocer del negocio, en atención a todos los factores que determinan tal competencia, tales como la naturaleza del asunto, calidad de las partes, y lugar donde debe ventilarse la controversia, es decir, los factores objetivo, subjetivo y territorial, a los cuales se pueden agregar el funcional y el de conexión.

Falta de Jurisdicción.—Ocurre esta irregularidad, cuando el juez ha perdido absolutamente la jurisdicción para todos los juicios o la ha perdido en uno o más asuntos determinados, o se

le ha suspendido para todos los negocios o en uno o mas negocios determinados, y también, cuando existe usurpación de jurisdicción, en los casos indicados en el art. 148 del Código Judicial.

Por consiguiente, si un juez entra a ejercer el cargo de Representante o Senador de la República, o el de Diputado a una Asamblea Departamental, y continúa actuando, en la calidad de funcionario jurisdiccional, en varios de los procesos que cursan en la oficina, en ellos existe la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, porque dicho juez la ha perdido para todos los negocios, de acuerdo con el art. 145 en relación con el 13 del Código Judicial.

De igual manera si un Juez de Circuito solicita licencia para separarse del cargo, por tiempo determinado, y entra a encargarse del Despacho el respectivo suplente, y no obstante tal circunstancia se reserva algunos negocios de la Oficina para actuar en ellos, las diligencias cumplidas en tales juicios están afectadas de nulidad por incompetencia de jurisdicción, porque ésta le quedó suspendida al funcionario judicial para todos los asuntos (numeral 1o., art., 145 *ibidem*).

Así mismo, si un funcionario judicial se retira del conocimiento de determinado juicio, por impedimento o recusación, y a pesar de ello continúa actuando en él, so pretexto de que se equivocó al manifestar dicho impedimento o recusación, las diligencias practicadas en dicho negocio son nulas por incompetencia de jurisdicción, porque ésta la perdió el Juez en este proceso, de acuerdo con el numeral 1o., del art. 146 del Código citado.

Y si el juez provocado en un incidente de competencia positiva, después de la aceptación de ésta, incurre en la irregularidad de adelantar el juicio, objeto del incidente, indudablemente en el negocio se producirá la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, en cuanto a la actuación cumplida después de la aceptación, porque de acuerdo con el numeral 4o., del art. 147 del Código Judicial a dicho funcionario se le suspendió la jurisdicción en el asunto de que estaba conociendo.

También podría alegarse la nulidad de incompetencia de jurisdicción cuando se usurpa ésta por los jueces, en todos los casos indicados en el artículo 148 del Código Judicial.

Es oportuno observar que quien aparentemente ejerce funciones judiciales carece también de jurisdicción, si no ha adquirido la investidura judicial por el Decreto de nombramiento, confir-

mación del mismo, y diligencia de posesión, aunque la falta del último requisito, cuando se llenan los dos primeros, y hay ejercicio del cargo, producen la consecuencia legal de validar los actos del funcionario y de no eximirlo de responsabilidad por las infracciones legales (Art. 7o. del Código Judicial).

Falta de competencia.—A un Juez le falta competencia para aprehender el conocimiento de un negocio, cuando no le está atribuido legalmente, por razón de la naturaleza del asunto, es decir, materia, de la calidad de las partes, o lugar donde debe ventilarse la controversia, o por los factores funcional o de conexión.

Por consiguiente, se presentaría la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción en los siguientes casos:

a).—El Juez Municipal del domicilio del demandado está conociendo de un asunto contencioso entre particulares, de mayor cuantía; b).—El Juez del Circuito de la vecindad del reo está actuando en un negocio contencioso, entre particulares, de menor cuantía; c).—El Juez del Circuito de la capital del Departamento adelanta el juicio seguido por un particular contra la entidad Departamental, de carácter contencioso, y en que se ventilan cuestiones de mero derecho privado; d).—La Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín conoce en segunda instancia de la apelación de un juicio ordinario de menor cuantía que fué decidido por el Juez Municipal de Medellín; e).—Un Juez de Circuito que no corresponde al domicilio del demandado, ni al lugar de la ubicación del inmueble, está conociendo del juicio de reivindicación de un bien raíz, de mayor cuantía, en que el poseedor alegó la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción que no fué considerada, tramitada y resuelta; y f).—El Juez Municipal de Medellín está conociendo de dos juicios ejecutivos acumulados, uno de mayor y otro de menor cuantía.

También se podría alegar, la nulidad de incompetencia de jurisdicción cuando a pesar de la cláusula compromisoria inserta en un contrato, en virtud de la cual se estipuló que todas las controversias que pudieran dimanar del pacto serían sometidas a la decisión de árbitros, estuviera conociendo un juez civil competente, por razón de la naturaleza del asunto, cuantía y demás factores, de un litigio comprendido dentro de dicha cláusula, porque de acuerdo con doctrina de los expositores, el pacto de arbitramento equivale a una derogación de la jurisdicción ordinaria.

Cuándo no se declara la nulidad de incompetencia de juris-

dicción.—De acuerdo con el art. 449 del Código Judicial no se puede alegar nulidad por incompetencia de jurisdicción en los siguientes casos:

1o.)—Si la jurisdicción es prorrogable y las partes han intervenido en el juicio sin hacer reclamación oportuna.

Hemos visto atrás que la jurisdicción, o propiamente la competencia, se divide en improrrogable y prorrogable; la primera es la que no puede salirse de los límites trazados por la ley, y la segunda es aquella que puede adquirirse en ciertos asuntos, que ab-initio, no corresponden al funcionario judicial, por disposición de la ley, o por voluntad de las partes.

Al referirse dicho numeral a jurisdicción prorrogable, se entiende que es la competencia que no se fija por razón de la naturaleza del asunto o calidad de las partes, sino simplemente en consideración al lugar en donde debe ventilarse el juicio, es decir, por el factor territorial, y que la prórroga se haya operado mediante el fenómeno de la sumisión tácita de que trata el art. 153 del Código Judicial.

Por consiguiente, si A ejercita contra B una acción ordinaria ante el Juez en lo Civil del Circuito de Medellín, que no corresponde al domicilio del demandado, para que se declare una obligación por el valor de ocho mil pesos (8.000.00). M.L., y después de admitirse la demanda se contesta por el reo, sin haber alegado previamente la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, se considera prorrogada la competencia del juez que está actuando en el negocio, de parte del actor, por haber presentado el libelo ante el juez que no era competente por razón del lugar, y de parte del demandado, por no haber opuesto, en tiempo oportuno, la mencionada excepción dilatoria.

En consecuencia, en dicho juicio no podría alegarse, ni en la primera ni en la segunda instancia, por ninguna de las partes, la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, y en caso de que se provocara por A o por B el respectivo incidente, podría el juez inadmitirlo o rechazarlo de plano, con fundamento en la simple consideración de que es improcedente conforme a la ley (Art. 394 del Código Judicial).

Es claro que la sumisión tácita sólo prórroga la competencia señalada por el lugar en donde debe ventilarse el juicio, y que en caso de ocurrir que el juez no sea competente para conocer del asunto, por razón del factor objetivo o subjetivo, cualquiera de las

partes puede suscitar el incidente de nulidad, que debe ser tramitado en la forma señalada por el art. 456 del Código Judicial, o sea, por la vía de una articulación.

Pero la situación que contempla el numeral 1o. del prementado art. 449, tiene las excepciones que se establecen en el 153 íbidem, puesto que el curador ad-litem que se nombre al demandado y los Agentes del Ministerio Público, tales como el Procurador General de la Nación, o el Fiscal del Tribunal Superior, o los Personeros Municipales, cuando actúan en representación de la Nación o del Municipio que comparecen en juicio como actores o demandados, carecen de la facultad de prorrogar la jurisdicción o competencia señalada por razón del lugar en donde debe ventilarse la controversia, no obstante tener la jurisdicción la calidad de prorrogable.

A un demandado se le provee de curador ad-litem en el juicio, en los casos señalados por los Arts. 242, 247, 317, 855 y 1.101 del C. Judicial.

El caso más frecuente de nombramiento de curador ad-litem del demandado ocurre cuando éste se encuentra ausente o se ignora su residencia.

De manera que si por la vía ordinaria se establece alguna acción contra una persona que está ausente y se le designa curador ad-litem, y el representante del demandado le dá respuesta al libelo, sin alegar previamente, dentro del plazo establecido por la ley, la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, no se entiende que el demandado ha prorrogado la jurisdicción o competencia, y por lo tanto, en el juicio siempre existirá la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción que el juez de la primera o segunda instancia puede poner oficiosamente en conocimiento de las partes, o élla puede ser alegada por cualquiera de éstas, para que se resuelva sobre tal punto, previos los trámites de la correspondiente articulación.

Así mismo, si a la Nación, por la vía ordinaria, se le demanda por un ciudadano con domicilio en Medellín en asunto contencioso, relativo a una cuestión de derecho privado, ante el Tribunal Superior de Bogotá o de Manizales, y el correspondiente Agente del Ministerio Público contesta la demanda, sin oponer previamente la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, no por ello se entiende que se ha consumado, de parte de la entidad demandada, el fenómeno de la sumisión tácita, y en conse-

cuencia, no habiendo prórroga realizada en forma legal, el juicio que se sigue ante cualquiera de las corporaciones mencionadas adolece de la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción que en cualquier momento puede declararse por el juez a-quo o por el juez ad-quem, de oficio, o en virtud de reclamación de cualquiera de las partes, previos los trámites de la articulación.

De igual manera, si al Municipio de Medellín se le demanda por la vía ordinaria, en una acción sobre indemnización de perjuicios, ante el juez en lo civil del Circuito de Girardota, y el Personero Municipal de Medellín contesta la demanda, haciendo caso omiso de la incompetencia del funcionario judicial, no por ello se considera que ha prorrogado la competencia, y en tal virtud en ese juicio existe la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción.

Por consiguiente, los Agentes del Ministerio Público no pueden prorrogar la competencia señalada por razón del lugar donde debe seguirse el juicio, tanto cuando las entidades de Derecho Público comparecen como actoras, como cuando actúan como demandadas.

2o.)—Si habiéndose hecho reclamación sobre este punto, se ha declarado improcedente y se ha ejecutoriado tal declaración.

Como se desprende del tenor claro del transcrito numeral se requiere, para que no pueda alegarse la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, la concurrencia de estas circunstancias: a) que sobre el punto de la competencia haya ocurrido alguna reclamación de parte; b) que dicha solicitud se haya declarado improcedente; y c) que esté en firme la providencia que hizo tal pronunciamiento.

Así, si en juicio ordinario el demandado ha alegado la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, con fundamento en la incompetencia del juez conociente, por razón de la naturaleza del asunto, o calidad de las partes, o lugar en donde debe ventilarse la controversia, y previos los trámites del respectivo incidente, la excepción se declara no probada y se ejecutoria esta resolución, ya no le es dable a ninguna de las partes suscitar el incidente de nulidad de incompetencia de jurisdicción, con base en los mismos hechos que informaron la excepción dilatoria.

Si se provoca la articulación, el juez de plano, puede rechazarla o inadmitirla en uso de la facultad que le concede el art. 394 del C. J. y que se reitera en el 496 íbidem, por cuanto el pos-

terior punto incidental tiene la misma causa jurídica que se invocó para fundamentar la excepción dilatoria.

Pero si la nulidad de incompetencia de jurisdicción se basa en otros conceptos que no fueron discutidos en el incidente de excepciones dilatorias, verbigracia, en éste se ventiló la incompetencia sobre la base del lugar donde debe seguirse el juicio y el motivo de nulidad se fundamenta en que al funcionario judicial no le corresponde el conocimiento del asunto, por razón de la materia, es obvio que no existiendo identidad de causas jurídicas en los dos incidentes, se puede dar curso a la articulación de nulidad, y aún puede suceder que élla prospere, si, en realidad, en virtud del factor objetivo, le falta competencia al funcionario judicial para conocer del negocio.

Y lo que se dice del incidente de excepciones dilatorias tiene aplicación, también, cuando el punto de la competencia se ha ventilado por otras vías procedimentales.

Se presenta, por ejemplo, a un juez en lo civil del Circuito de Medellín una demanda ordinaria que llena todos los requisitos legales, y dicho funcionario la inadmite, porque se considera incompetente para conocer del negocio, por razón de la naturaleza del asunto. Se apela ante el Superior del auto que rechazó el libelo, y el Tribunal Superior, previa exposición de las razones de orden legal, dispone revocar la providencia, declarando en su lugar la competencia del juez a-quo para intervenir en el juicio.

Es claro que en caso de concurrir tal antecedente ninguna de las partes podría provocar, ni en la primera ni en la segunda instancia, el incidente de nulidad de incompetencia de jurisdicción, con base en las mismas razones que adujo el juez en el auto inadmisorio de la demanda.

Lo propio sucedería cuando se ha suscitado en el juicio el incidente de competencia positiva o negativa, y por cuanto ninguno de los jueces cede, se decide la incidencia por el Superior en el sentido de que el juez que ha venido actuando en el negocio es competente para conocer del asunto.

No se podría posteriormente, dentro del juicio, introducir el incidente de nulidad de incompetencia de jurisdicción, con base en los mismos hechos que se discutieron entre los jueces provocante y provocado.

3o.)—Si la Jurisdicción es improrrogable, y se ratifica expresamente lo actuado.

Se entiende improrrogable la jurisdicción o competencia que está señalada por la naturaleza del asunto y calidad de las partes, de acuerdo con el art. 151 del Código Judicial, y también la determinada por el lugar, en los casos de excepción a que se refieren los ordinales 8o. 9o. 10o. y 11o., del art. 152 ibidem, referentes a la acción hipotecaria, juicio de cesión de bienes o de concurso de acreedores, de adjudicación de capellanías láicas y declaración de ser vacantes o mostrencos ciertos bienes.

De acuerdo con el numeral 3o., si las partes ratifican expresamente lo actuado, tratándose de una incompetencia improrrogable, desaparece el motivo de nulidad; pero el negocio debe pasarse al funcionario a quien corresponde aprehender el conocimiento del asunto, porque dicho acto de convalidación no dá jurisdicción al juez que estaba actuando en el juicio.

La Corte Suprema de Justicia ha sentado la doctrina de que el numeral 3o. del art. 449 del C. J., sólo tiene aplicación cuando la competencia está determinada por la cuantía o por el lugar, en los casos de excepción en que se vuelve improrrogable, y que, en consecuencia, cuando élla se fija por la naturaleza del asunto o calidad de las partes, la ratificación de lo actuado no hace desaparecer la nulidad.

Aduce como fundamento de dicha tesis el argumento de que la jurisdicción señalada por el factor objetivo y subjetivo, solamente se prorroga en los casos de excepción determinados por la ley que no son otros que los de acumulación de acciones, acumulación de autos, demanda de reconvencción o tercería.

Con el respeto que nos merecen las decisiones de tan alta Corporación, debemos observar que la doctrina expuesta va abiertamente contra el tenor literal, demasiado claro, de varios preceptos del Código de Procedimiento relativos a la nulidad de incompetencia de jurisdicción y, además, que no nos parecen jurídicos ni sólidos los fundamentos de élla.

En efecto, el numeral 3o., habla de jurisdicción improrrogable y, por lo tanto, comprende la incompetencia por razón de la naturaleza del asunto o calidad de las partes, o por razón del lugar, cuando se convierte la competencia prorrogable en improrrogable, según el art. 153 del prementado Código.

No existe, por tanto, ninguna razón de orden legal para sustentar la conclusión a que ha llegado la Corte, porque de acuerdo con el art. 17 del Código Civil, cuando el sentido de la ley es

claro, no se puede desatender su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu.

No solamente el art. 449 del C. J., en su numeral 3o., habla de que la nulidad originada por incompetencia de jurisdicción de carácter improrrogable, desaparece en virtud de la ratificación de lo actuado por las partes, sino que igual consecuencia se consigna en los arts. 455, 459 y 460 de la misma obra.

La primera de dichas disposiciones establece que si las partes que tienen derecho a pedir la reposición, cuando se pone en conocimiento de éllas alguna causal de nulidad, por gestión oficiosa del juez, ratifican expresamente lo actuado, dentro de los tres días siguientes a la notificación, se dá por allanada la nulidad; el segundo estatuye que declarada la nulidad, los interesados pueden revalidar lo anulado, y por este hecho no surte efectos la condenación en costas impuesta a la parte culpable o al funcionario responsable, o a ambos; y, finalmente, el último texto dá claramente a entender que se puede ratificar la actuación cuya nulidad proviene de incompetencia de jurisdicción improrrogable, por el Ministerio Público, los representantes legales de algunas de las personas jurídicas de que trata el título 36 del Libro I del Código Civil y los guardadores, cuando se les autorice para éllo, previa la comprobación de utilidad manifiesta.

En nuestra opinión la Honorable Corte Suprema de Justicia para sostener la doctrina a que hemos hecho referencia parte de un supuesto equivocado, cual es el de que en el evento del numeral 3o., del art. 449 del C. J., se prorroga una jurisdicción de carácter improrrogable.

Son dos cosas distintas, prorrogar la competencia, lo que indica que el funcionario que estaba conociendo del negocio puede seguir actuando en él, y la ratificación de lo actuado, hecho que hace desaparecer la invalidez de las diligencias cumplidas en el juicio, ante el funcionario incompetente.

Y en realidad, en dicho evento, no se opera ninguna prórroga de la competencia de carácter improrrogable, por razón del factor objetivo o subjetivo, porque como lo dice el art. 454 del C. J., el negocio debe pasarse a quien corresponda aprehender el conocimiento de él.

La ratificación de lo actuado por los interesados, cuando en algún juicio existe la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, de carácter prorrogable o improrrogable, equivale a

un acto de convalidación del proceso, según los expositores de derecho procesal, idóneo para hacer desaparecer cualquiera causal de nulidad, en virtud del acuerdo de las partes, o por consentimiento del litigante que tiene derecho a pedir la reposición de las diligencias.

Podría presentarse el caso del numeral 3o., cuando un Juez Municipal se encuentre conociendo de un asunto contencioso entre particulares de mayor cuantía, y antes de dictar la sentencia pone en conocimiento de las partes la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, la cual es de carácter improrrogable, porque el interés económico de la acción forma parte integrante del elemento llamado naturaleza del asunto.

Notificados demandante y demandado del auto que pone de presente la nulidad, dentro de los tres días siguientes, por medio de escrito manifiestan que ratifican lo actuado.

Presentada esta ocurrencia, no se puede declarar ya la nulidad; pero es indudable que como el Juez Municipal no es competente, el negocio tiene que pasarse al respectivo Juez del Circuito.

De acuerdo con doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que nos parece jurídica, cuando la ratificación de los autos por las partes ocurre en la segunda instancia, si es el juicio nulo por incompetencia de jurisdicción de carácter improrrogable, únicamente quedan válidas las diligencias practicadas en la primera instancia hasta la sentencia, debiendo, por tanto, el juez ad-quem declarar la nulidad de lo actuado en la segunda y también el fallo de primer grado, a fin de que éste sea pronunciado por el funcionario competente.

Durante la vigencia del anterior Código Judicial existía una doctrina diferente. Realizada la ratificación de lo actuado por las partes, en la segunda instancia, cuando había nulidad por incompetencia de jurisdicción, de carácter improrrogable, quedaban válidas las actuaciones de primera y de segunda instancia, inclusive el fallo, que se consideraba dictado, por una especie de ficción, por el funcionario competente.

Así, por vía de ejemplo, si un Juez Municipal conocía de algún asunto contencioso de mayor cuantía, dictaba el fallo, pasaba el negocio al Superior por apelación, y en la tramitación de la segunda instancia, puesta en conocimiento de las partes la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción, de carácter improrrogable, el demandante y el demandado allanaban la nulidad,

no había lugar al pronunciamiento sobre ella y, en consecuencia, quedaban subsistentes la actuación de primera y segunda instancia, pues se consideraba que el fallo había sido dictado por el Juez de Circuito respectivo y el negocio debía pasarse al Tribunal Superior, en el estado en que se encontraba, para que continuara la tramitación y pronunciara la decisión correspondiente.

Aun cuando más práctica y más conveniente para las partes la jurisprudencia antes reinante, bajo la vigencia del anterior Código Judicial, podía tildarse de injurídica, porque en materia de competencia no se deben admitir ficciones legales.

Es obvio que presentándose el incidente de nulidad de incompetencia de jurisdicción, de carácter improrrogable, en la segunda instancia del juicio, no se puede aceptar la finalización del primer grado del proceso por sentencia que se hubiera pronunciado por un funcionario incompetente, ya que todos los expositores de derecho procesal están de acuerdo en que la decisión de primero o segundo grado debe proferirse por el funcionario o la corporación a quien le corresponda el conocimiento del asunto en la respectiva instancia.

4c.).—Si proviene de falta de repartimiento, o de haberse hecho éste indebidamente.

La ley dispone que en las cabeceras de Distrito o de Circuito en donde haya varios jueces del mismo ramo y de igual categoría, los negocios se repartan entre ellos, semanalmente, de acuerdo con las normas acordadas por tales funcionarios en el respectivo reglamento.

Se busca con ello la distribución equitativa de las labores judiciales y la supresión de ciertas prácticas inconvenientes en la administración de justicia, porque en la forma de distribución por sorteo, ningún juez puede adjudicarse un negocio determinado, ni exonerarse de su intervención en ciertos juicios.

Se puede decir que cuando en una cabecera de distrito o de circuito hay varios jueces del mismo ramo y de igual categoría, legalmente todos ellos son competentes para conocer de los asuntos civiles y penales correspondientes al distrito o circuito, y de allí se desprende lógicamente la conclusión de que no tiene fundamento sólido la nulidad de incompetencia de jurisdicción, con base en el hecho de que no hubo repartimiento o de que éste se hizo indebidamente, sin sujeción a las normas establecidas en el reglamento acordado entre los jueces.

5o.).—Si tiene por fundamento haberse nombrado para el empleo a un individuo que no podía ser elegido. Un Tribunal Superior, en Sala de Acuerdo, elige juez del circuito en el ramo civil a determinada persona que sólo es Abogado aceptado y no tiene el título de doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Presenta la persona designada para el cargo los respectivos comprobantes ante el Tribunal Superior, y esta corporación, no obstante faltarle a la persona elegida la condición de tener título profesional, resuelve, por espíritu de condescendencia confirmar el nombramiento.

El elegido, previa constitución de la fianza, toma posesión del puesto y entra a ejercer las funciones de juez.

Es evidente que con el fundamento de que éste individuo no llenó todas las condiciones constitucionales para desempeñar el cargo judicial, no se podría alegar en los juicios en donde ha actuado dicho funcionario la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción.

Quien ejerce funciones en tales condiciones adquirió la investidura judicial, en virtud de decreto de nombramiento, confirmación del mismo y diligencia de posesión, y tiene ante el público todas las condiciones de un funcionario de hecho para que los ciudadanos consideren que administra justicia, con todas las facultades anexas al cargo.

Indudablemente adolece de nulidad el nombramiento de dicha persona para el cargo de Juez de Circuito, nulidad que cualquier ciudadano puede demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; pero mientras en el juicio no se haya dictado sentencia que declare la invalidez de la designación, todos los actos ejecutados por el funcionario de hecho tienen valor y le aparejan responsabilidad, en caso de que incurra en alguna infracción legal.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA.

Debe decirse que la personería, cuya ilegitimidad da origen a la excepción dilatoria y al motivo de nulidad que relaciona el numeral 2o., del art. 448 del C. J., es la adjetiva y no la sustantiva.

La ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante o del demandado puede implicar la falta de legitimación en la causa que hace ineficaz la acción, o constituye una excepción peren-

toria que debe ser examinada por el juez en el fallo, o un motivo fundamental para la absolución del demandado en el juicio.

Por consiguiente, la causal de nulidad de que estamos tratando sólo puede basarse en la falta del presupuesto procesal denominado capacidad para comparecer en juicio (*Legitimatío ad procesum*) o de facultad para representar al demandante o al demandado, si se trata de ilegitimidad de la personería del apoderado o representante legal o convencional, o en la deficiencia del poder, si actúa el mandatario judicial de cualquiera de los litigantes.

Sobre éstas bases se puede afirmar que existe ilegitimidad de la personería, cuando el demandante no es hábil para comparecer en juicio, por ser incapaz absoluto o relativo, es decir, im-púber, menor de edad, mayor de edad declarado en interdicción judicial por demencia o disipación, si no comparece al proceso por medio de su representante legal.

En consecuencia, si un menor de veintiún años, pero mayor de catorce, diciéndose mayor de edad, presenta una demanda ante el juez competente, y se sigue el proceso hasta ponerlo en estado de dictar la sentencia, en dicha actuación existe la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del demandante por la falta de capacidad procesal para comparecer en juicio, porque la ley civil lo considera incapaz relativo.

Lo propio podría ocurrir cuando la acción se dirige contra un menor adulto, afirmándose que es mayor de edad, y se adelanta el juicio. En éste existe la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del demandado por la falta de capacidad procesal para comparecer como tal.

La ilegitimidad de la personería del apoderado o representante de la parte demandante o demandada puede ocurrir en estos eventos:

1o.).—Cuando es realmente ilegítima la personería del apoderado o representante legal o convencional; y

2o.).—Cuando falta la prueba idónea para acreditar la personería del apoderado o representante legal o convencional.

La madre legítima, a nombre del hijo de familia, ejercita una acción en demanda ordinaria o especial contra un tercero, estando vivo el padre, a quien no se le ha privado de la patria potestad por declaración judicial. Es claro que en dicho juicio existe ilegitimidad de la personería del representante legal de la parte demandante, porque la madre solamente ejerce la patria potes-

tad a falta del padre, siempre que no haya pasado a otras nupcias y observe buena conducta.

N. N., diciéndose gerente de una sociedad anónima, sin tener tal calidad porque fué reemplazado en el cargo por otra persona, ejercita una acción en nombre de dicha persona jurídica contra un tercero, y se sigue el juicio. No cabe duda de que en dicho proceso existe la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería de quien actúa en representación de la sociedad anónima. Bastaría para acreditarla que se adujera copia del acta de la junta directiva de dicha sociedad, protocolizada por medio de escritura pública, y registrada en la Cámara de Comercio, sobre la designación recaída en persona distinta para ejercer la gerencia de la compañía.

Y existiría la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del apoderado o representante legal o constitucional o convencional, cuando en el juicio no aparecen los documentos que acreditan dicha facultad de representación.

Un padre o madre demandan a nombre del hijo, el tutor o curador en representación de su pupilo, el socio colectivo o gerente a nombre de una sociedad colectiva o anónima, el Personero Municipal a nombre del respectivo Distrito, y en cualquiera de estos casos el juez competente ha admitido la demanda, sin dar cumplimiento a lo establecido en el art. 231 del Código Judicial, y se sigue el correspondiente juicio.

Es claro que hay en él la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería por la falta de prueba de la representación; pero si puesta en conocimiento de las partes, cualquiera de ellas aduce los documentos que establecen la personería, desaparece el motivo de nulidad, lo mismo que sucede cuando se alega, por la expresada causa, la excepción dilatoria del mismo nombre y el demandante presenta los comprobantes que acreditan la representación legal, convencional o constitucional.

Casos en que no se declara la nulidad de ilegitimidad de la personería.—Según el art. 450 del Código Judicial, no hay nulidad por ilegitimidad de la personería en los siguientes casos:

1o.)—Cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante.

No creemos que en relación con el apoderado de la parte actora implique fundamento legal para no dar curso a la articulación

de nulidad la circunstancia de que el juez, en providencia que está en firme, hubiera reconocido la personería del primero, porque dicho pronunciamiento lo hace el funcionario judicial, de plano, teniendo en cuenta sólo la prueba sumaria que se acompaña, sin el examen de otros documentos que puedan demostrar la falta de facultad en el mandatario judicial para representar a la parte.

Por consiguiente, la expresada providencia no impide en manera alguna que el demandado pueda alegar, en la oportunidad respectiva, la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante, o posteriormente, si no se suscitó dicho incidente, la causal de nulidad del mismo nombre.

Si no se interpretara en esta forma el numeral 1o. del art. 450 del C. J., con igual lógica podría sostenerse que el demandado carecería de facultad para oponer, en tiempo oportuno, la excepción dilatoria de inepta demanda, por el hecho de que esté en firme el auto admisorio del libelo que tácitamente equivale al reconocimiento, por parte del juez, de que la demanda llena todos los requisitos o condiciones legales.

De allí que se requiera, para que no sea admisible la articulación sobre nulidad de ilegitimidad de la personería de la parte, de su apoderado o de su representante, que dicho punto se hubiera estudiado ya, de manera incidental, y también resuelto en forma meditada, después de apreciarse por el juez todos los elementos probatorios necesarios para formarse concepto certero sobre la legitimidad o ilegitimidad de la personería,

En consecuencia, el numeral 1o. se refiere al caso en que el demandado haya alegado la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del demandante, de su apoderado o de su representante, y previos los trámites del respectivo incidente, se haya decidido éste en el sentido de declarar no probada la defensa dilatoria.

Desde que concurren estas circunstancias, es evidente que ninguna de las partes podría provocar la articulación sobre nulidad de ilegitimidad de la personería, y en caso de que se suscitara la cuestión incidental, el Juez de plano, estaría autorizado para rechazar la pretensión del litigante, en uso de la facultad que le otorga el art. 394 del Código Judicial, y que se corrobora, según se ha dicho, en el 456 ibidem.

2o.)—Cuando se encuentra en los autos un poder conferido

do en legal forma a la persona de que se trata, aunque ésta no lo haya admitido expresamente.

Hemos visto que el mandato judicial puede ser aceptado expresa o tácitamente por el apoderado. Ocurre lo primero, cuando el poder lleva la firma del último, o éste por memorial declara inequívocamente que entra a actuar a nombre de la parte, o cuando por no llevar el escrito constitutivo del mandato la firma del apoderado, y disponerse que se ponga en conocimiento de él dicho poder, para que haga la consiguiente declaración, expresa en el acto de la notificación, o por medio de memorial, que lo acepta.

En cambio, hay aceptación tácita del mandatario judicial, cuando en representación de la respectiva parte o interesado, gestiona en el negocio, sin declarar expresamente sobre la aceptación del poder.

La ley ha querido, dada la trascendencia que reviste el mandato judicial, que el mandatario lo acepte expresamente; pero si hay aceptación tácita y en el juicio aparece el respectivo poder, ésto no engendra la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del apoderado.

De manera que si A confiere poder a un abogado para que inicie contra B la acción idónea para hacer efectiva una obligación, y el apoderado presenta la demanda ordinaria, sin hacer manifestación expresa de que acepta el mandato judicial y sigue actuando en el negocio, en representación del demandante, en manera alguna puede el demandado alegar la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante, ni tampoco provocar el incidente de nulidad por ilegitimidad de dicha personería. La mera aceptación tácita del poder, al encontrarse éste en el juicio, es motivo suficiente para que se considere legítima la personería del apoderado judicial.

3o.)—Cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo ratifica lo actuado.

De acuerdo con este numeral la ilegitimidad de la personería del apoderado, dimana de la deficiencia del mandato judicial, pero la ratificación de lo actuado por la parte interesada o por algún apoderado o representante legal suyo, hace desaparecer el motivo de nulidad.

Una persona confiere poder a un abogado para demandar la nulidad del contrato que élla celebró con un tercero. En ejerci-

cio del mandato judicial el abogado presenta la demanda ordinaria en que pide la declaración de nulidad del contrato, y también, ejercita la acción reivindicatoria de los bienes, objeto de la convención, contra el poseedor material.

No alega el demandado la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del apoderado, en forma parcial, en cuanto a la acción de reivindicación que ejercitó, sin estar autorizado para ésto por su poderdante, y por tal motivo el juez que conoce del negocio pone en conocimiento de las partes el respectivo motivo de nulidad. Dentro de los tres días siguientes a la notificación de dicha providencia, el demandante o su apoderado general manifiesta que ratifica lo actuado.

Es evidente que en esta situación no puede ser declarada la nulidad de ilegitimidad de la personería del apoderado, porque élla desapareció en virtud del acto de convalidación realizado por la parte interesada.

4o.)—Cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley.

Este caso, así como el de los dos numerales anteriores, se refieren únicamente al apoderado y no al representante constitucional, legal o convencional de cualquiera de las partes, aunque, por razón de analogía, el numeral 4o., se puede hacer extensivo al evento de la falta de representación, o a la deficiencia de los documentos que acreditan ésta.

Como es obvio la ilegitimidad de la personería se origina, para el apoderado, de la carencia absoluta de mandato judicial, o de la ilegalidad del documento que comprueba el poder; pero desaparece cuando de los autos resulta que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos.

El apoderado general de una persona, después de la revocación del mandato por escritura pública, presenta una demanda ordinaria sobre reivindicación de un inmueble contra el poseedor.

Acompaña al libelo, para que se le reconozca personería por el juez, copia de la escritura pública en que aparece el mandato general, y por esta razón se admite la demanda, se declara al mandatario como apoderado y se dispone, de acuerdo con el art. 1o., de la Ley 38 de 1.945, que se inscriba el libelo por el res-

pectivo Registrador de Instrumentos Públicos en el libro de registro de demandas civiles, quedando obligado el actor a constituir caución por el valor de mil pesos (\$ 1.000.00) m.l. c.

Después de ser notificada la demanda al demandado, comparece el demandante y constituye la caución exigida por el funcionario judicial, previa comprobación de la solvencia del fiador ofrecido.

Avanza el juicio, y cuando el negocio se encuentra en estado de dictar sentencia, el demandado provoca el incidente de nulidad de ilegitimidad de la personería, por falta absoluta de poder, lo cual demuestra llevando copia a la articulación de la escritura pública sobre revocación del mandato judicial.

En tales condiciones, no se podría declarar la nulidad alegada por el demandado, porque el hecho de haber prestado el demandante caución en el juicio de dominio indica su consentimiento para que la persona que figura en el juicio como su apoderado represente sus derechos.

Como ejemplo del segundo caso podemos citar el siguiente: el apoderado general de una persona, de acuerdo con mandato que no se otorgó por escritura pública, sino por documento privado, presenta una demanda ordinaria, a nombre de su mandante contra un tercero.

Se admite el libelo por el juez, se le reconoce personería al apoderado, no obstante la invalidez del mandato, porque no consta en escritura pública, y se dispone correr traslado del libelo al demandado.

Dentro del término probatorio del juicio, comparece el demandante y pide algunas pruebas que se decretan por el juez de la causa; no podría en tal caso el demandado alegar la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del apoderado, con base en que el mandato no se encuentra arreglado a la ley, porque no se otorgó por medio de escritura pública, toda vez que la intervención del demandante en el juicio solicitando la práctica de algunas pruebas, indica su expreso consentimiento acerca de que la persona que figura en el juicio como su apoderado, actúe en su nombre y represente sus derechos, no obstante que el poder no tiene valor legal, por la falta de la solemnidad exigida por la ley.

De acuerdo con Doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que se funda en el principio de la unidad de la relación juridico-procesal, la nulidad declarada en las causas civiles es generalmen-

te total, es decir, que comprende todas las diligencias cumplidas en el negocio, a partir de la existencia de la irregularidad procedimental que engendra la invalidez.

No puede, por consiguiente, un juicio ser válido respecto del demandante, y nulo, en cuanto al demandado, o válido respecto de alguna de las personas que integran la parte actora, e irrito en cuanto a los demás, si existe litis consorcio activo.

Sin embargo, en el art. 453 del Código Judicial se consagra una excepción a dicha regla general, porque en el juicio de concurso de acreedores, o de cesión de bienes o quiebra, se puede declarar la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería de alguno de los acreedores o de sus representantes, invalidando lo actuado en la parte referente a dicho acreedor, si éste lo pide, lo que quiere decir que quedan válidas las diligencias referentes a las demás partes que han intervenido en el juicio.

La nulidad de ilegitimidad de la personería de algún acreedor o de su representante en tales juicios universales, no la puede el juez poner en conocimiento de las partes, oficiosamente, ni se puede decretar, a solicitud del concursado, quebrado o deudor, o de cualquiera de los otros acreedores, lo cual indudablemente implica una excepción a las reglas consignadas en los arts. 455 y 456 del prementado código.

Falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.—Son numerosas las personas que deben ser llamadas al juicio, y cuya falta de citación o emplazamiento engendra este motivo de nulidad. Personalmente debe ser citado o notificado del auto admisorio de la demanda el demandado que se encuentre en el lugar del juicio, o fuera de él, o en el exterior, de acuerdo con los artículos 314, 315 y 316 del C. J.; el demandado de residencia desconocida o si se trata de persona incierta, debe ser emplazado en la forma indicada por el art. 317 ibidem, con el fin de proveerlo de curador ad-litem; deben ser citados, también, los Agentes del Ministerio Público, siempre que actúen como partes en algunos negocios civiles, tales como los juicios de nulidad o divorcio de un matrimonio civil, remoción de guardadores, filiación natural y declaración de pertenencia, cuando en éste el dueño o poseedor inscrito es desconocido; el síndico de sucesiones, que es parte en la causa mortuoria, desde que se inicia, hasta la ejecutoria del auto que aprueba la diligencia de inventario y avalúo; los acreedores hipotecarios, en el juicio ejecu-

tivo y en la acción sobre venta y adjudicación de la cosa hipotecada (arts. 1.036 y 1.089 del C. J.); el denunciado en un juicio por el demandante o demandado (Art. 238 íbidem); y los herederos del litigante que ha fallecido, en el caso del ordinal 2o., del art. 370 del Código Judicial.

Es, también, necesaria la citación de las partes o de sus representantes, cuando hay suspensión de términos por la expiración del poder o de la representación legal, según el numeral 4o, del prementado art. 370; de las personas señaladas por el demandado, interesadas en la declaración de nulidad de un acto o contrato jurídico, de conformidad con el art. 477 íbidem; de los titulares de derechos reales en las acciones de deslinde y amojonamiento o que versen sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre o sobre el modo de ejercerla, con arreglo a los arts. 863, 866 y 873 del C. J.; y, finalmente, de los presuntos interesados, a quienes se emplaza en algunos juicios, en los casos a que se refieren los arts. 840, 848, 937, 1.081, 1.085 y 1.155 del Código Judicial.

No existe la causal de nulidad de que estamos tratando, cuando la acción se dirige contra diversa persona de la obligada a responder de la cosa o hecho que se demanda, o cuando el actor elimina en el libelo a algunas de las personas contra quienes debe promover la demanda, para que ésta sea estimada por el juez.

Así, si quien ejercita la acción de dominio no dirige el libelo contra el poseedor del bien, sino contra otra persona, dicha irregularidad no dá motivo para declarar la nulidad en el juicio; pero es claro que la ineptitud sustantiva de la demanda engendra una excepción que hace ineficaz la acción de reivindicación, por la falta de uno de los elementos estructurales de ella, o sea, la posesión del bien por el demandado.

De igual manera, si quien ejercita la acción de nulidad de algún acto o contrato no promueve ésta contra todas las personas que fueron partes en la convención, el hecho anotado no engendra la causal tercera de nulidad de que habla el art. 448 del Código Judicial; pero no puede negarse que dicho motivo originará en el juicio el fracaso de la demanda, porque aquella acción tiene que ventilarse con citación y audiencia de todas las personas interesadas en la validez del acto o contrato.

Finalmente, no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas

que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la nulidad.

De suerte que si en el juicio que se sigue contra varios demandados, uno de ellos no fué notificado personalmente del auto admisorio del libelo, pero luego interviene en la causa, personalmente o por medio de apoderado, pidiendo pruebas o haciendo cualquier otra gestión judicial, como sería el interponer recurso de reposición contra alguna providencia, sin reclamar el pronunciamiento de la nulidad, ésta desde luego desaparece, por haberle precluído la facultad procesal que tenía, desde el primer momento, para pedir la declaración de nulidad.

(Continuará).

EXCEPCIONES Y PRUEBAS
DEL MANDATO