

**IMPLICACIONES PROCESALES DE LAS ANOMALÍAS DEL
NEGOCIO JURÍDICO QUE EN DERECHO SUSTANTIVO
OPERAN DE PLENO DERECHO**

**(De la Inexistencia, de la Ineficacia y la Inoponibilidad
consagradas en el Código de Comercio)**

**AMALIA PIEDRAHITA HERRÁN
DAVID PIEDRAHITA HERRÁN**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2008**

**IMPLICACIONES PROCESALES DE LAS ANOMALÍAS DEL
NEGOCIO JURÍDICO QUE EN DERECHO SUSTANTIVO
OPERAN DE PLENO DERECHO**

**(De la Inexistencia, de la Ineficacia y la Inoponibilidad
consagradas en el Código de Comercio)**

**AMALIA PIEDRAHITA HERRÁN
DAVID PIEDRAHITA HERRÁN**

Monografía presentada para optar al título de Abogado

**Asesor:
José David Posada Botero**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2008**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, noviembre de 2008

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. OBJETIVOS	11
1.1 PRINCIPALES	11
1.2 ESPECÍFICOS	11
2. ANOMALÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO	12
2.1 ANOMALÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO QUE OPERAN DE PLENO DERECHO	13
2.1.1 Inexistencia	13
2.1.2 Ineficacia	16
2.1.3 Inoponibilidad	18
2.2 DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y LAS ANOMALÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO QUE OPERAN DE PLENO DERECHO	22
2.2.1 Nulidad vs Inexistencia	24
2.2.2 Nulidad vs Ineficacia e Inoponibilidad	26
3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL	28
3.1 CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS	33
3.1.1 Proceso de Conocimiento	35
3.2 SISTEMAS PROCESALES SEGÚN LOS PODERES DEL JUEZ Y DE LAS PARTES EN LOS ACTOS PROCESALES	40
3.2.1 Sistema Inquisitivo	41
3.2.2 Sistema Dispositivo	42
3.3 DECLARACIONES DE OFICIO EN EL SISTEMA COLOMBIANO	43
3.3.1 Declaraciones extra petita y ultra petita	44
4. ALCANCE DEL CONCEPTO ANOMALÍAS QUE OPERAN DE PLENO DERECHO	47
4.1 DECLARACIÓN	50
4.1.1 Declaración Judicial	51
4.1.2 Entidades que Cumplen Funciones de Registro	56

4.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL POTENCIALMENTE AFECTADOS	63
4.2.1 Derecho de Acción y de Excepción	65
4.2.2 Debido Proceso	69
5. POSIBLES SOLUCIONES	79
5.1 OPORTUNIDAD PROCESAL	80
5.2 NULIDAD DE LA SENTENCIA	84
5.2.1 Recursos.....	89
5.3 TUTELA	97
6. CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFÍA	104

RESUMEN

El derecho sustancial dispone diversos factores por los que un negocio jurídico puede devenir ineficaz, inexistente, inoponible, nulo o anulable. De estas anomalías, algunas operan de pleno derecho por disposición legal expresa en el Código de Comercio pero dicha disposición, de carácter sustantivo por supuesto, no puede regular la forma como funciona y está legislado en Colombia el Derecho Procesal, por lo que lo único que hace es aclarar, para que no quede duda alguna, que el juez no es el que hace surgir dichas anomalías, simplemente está facultado para reconocer si las mismas operaron o no, pues éstas operan con el simple cumplimiento de los requisitos legales establecidos para las mismas.

El Código de Comercio, al establecer que dichas instituciones operan de pleno derecho, no puede afectar el derecho de acción y el debido proceso, los cuales tienen rango constitucional. El contexto sustancial de las disposiciones legales que consagran la no necesidad de declaración judicial para que opere la inexistencia, la ineficacia o la inoponibilidad de pleno derecho no es una excepción al Derecho Procesal, sino que por el contrario, ésta se debe abordar desde la óptica procesal, debiendo respetar todos los principios y normas rectoras del debido proceso y del Derecho Procesal.

Adicionalmente, en la práctica judicial actual, los jueces declaran oficiosamente la operancia de pleno derecho de estas anomalías del negocio jurídico, a pesar que las partes no hayan introducido las mismas al proceso como tema de decisión. En este caso, las partes afectadas por dicha decisión podrán impugnar la sentencia del juez, puesto que éste se extralimitó en sus funciones, estando viciada su actuación de nulidad absoluta. Con base en lo anterior, las partes o la parte afectada, puede interponer recursos ordinarios o extraordinarios o, incluso interponer una acción de tutela, teniendo como resultado, la emisión de una nueva sentencia, respetuosa del debido proceso, del derecho de defensa y congruente con el *thema decidendum* introducido por las partes al proceso.

DERECHO PROCESAL, ANOMALÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO QUE OPERAN DE PLENO DERECHO, DEBIDO PROCESO.

INTRODUCCIÓN

El negocio jurídico puede presentar diferentes anomalías por las cuales puede devenir ineficaz, inexistente, inoponible, nulo o anulable. De estas anomalías, algunas operan de pleno derecho por disposición legal del Código de Comercio Colombiano. Que el legislador mercantil haya consagrado este efecto para algunas de las anomalías del negocio jurídico hace que surja una inevitable inquietud ¿Cuál es el alcance de la disposición legal? Teniendo claro el contexto sustancial de la disposición legal que consagra la no necesidad de declaración judicial para que opere la inexistencia, la ineficacia o la inoponibilidad de pleno derecho, surge el interrogante ¿es posible que este problema lo resuelva el derecho sustancial, teniendo en cuenta que esta disposición alude al derecho procesal y por ende se debe abordar el tema desde una óptica procesalista para poder establecer el alcance de dicha disposición?

La forma como debe operar el derecho procesal frente a la disposición sustancial mercantil que consagra la operancia de pleno derecho de las sanciones al negocio jurídico, los principios constitucionales y procesales que se deben respetar al operar esta figura; y las formas como se pueden amparar dichos principios en caso de ser vulnerados por una mala ejecución del precepto legal, son los fines de la presente monografía.

Igualmente, se pretende resolver el problema práctico y puntual que se da en los procesos judiciales en los que las partes traban una *litis* diversa a la declaración de una sanción que opera de pleno derecho pero que el juez al percatarse que el negocio jurídico cumple con los requisitos exigidos por alguna de dichas sanciones, la declara, so pretexto de su operancia de pleno derecho. Este problema se puede resumir de la siguiente forma: que en la consagración sustantiva del código mercantil sobre la inexistencia, ineficacia e inoponibilidad que operan de pleno derecho ¿implica que el juez las pueda declarar de oficio, siendo esta una actuación *extra petita*, como se ha dado en la práctica jurídica?

El problema que se plantea no es meramente académico, pues está afectando la práctica judicial creando inseguridad jurídica, ya que el particular corre el riesgo, al acudir a la jurisdicción con pretensiones distintas a la declaratoria de una anomalía del negocio jurídico que opera de pleno derecho, a que sea declarada de oficio por el juez, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso y dejando sin soporte lo que pretendía el accionante y la defensa del accionado.

Adicionalmente, en la literatura jurídica actual no se encuentra abordado este tema y, normalmente se pasa por alto la incidencia práctica tan profunda que tiene una norma sustantiva en el derecho procesal al consagrar la operación de pleno derecho de una disposición o, ¿será que con esta consagración se obvia el derecho procesal y el debido proceso como derecho fundamental inherente a todo ciudadano, teniendo el juez la posibilidad de emitir una sentencia incongruente?

Se abordará el estudio de las anomalías del negocio jurídico consagradas en el estatuto mercantil, para manejarlas con propiedad y tener la base o punto de partida con la que se desarrollará la parte procesal.

Para que el derecho sustancial se pueda aplicar en el “SER” necesita de una herramienta que lo lleve a esta esfera y, así, no quede únicamente en el “DEBER SER” o en el papel. Por esta razón, adicional a lo anterior, se realizará un estudio sobre el derecho procesal y sus principios rectores.

A continuación, se relacionarán los temas del derecho sustancial y de derecho procesal para hacer entonces un profundo análisis y, así poder exponer nuestra posición con fundamentos jurídicos y, la elaboración de posibles soluciones al problema planteado.

1. OBJETIVOS

1.1 PRINCIPALES

- Investigar el problema generado en derecho procesal cuando en el derecho sustantivo y específicamente en la legislación mercantil, se ha establecido que algunas anomalías del negocio jurídico operan de pleno derecho.
- Establecer posibles soluciones al problema de las declaraciones de oficio por medio de decisiones *extra petita*, que se han presentando en la práctica jurídica.

1.2 ESPECÍFICOS

- Explicar brevemente las anomalías del negocio jurídico.
- Relacionar las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho con el derecho procesal.
- Establecer en qué tipo de procesos jurisdiccionales aplica la problemática de la presente monografía.
- Explicar qué es el debido proceso y relacionarlo con la problemática de la presente monografía.
- Explicar en qué consisten las declaraciones *extra petita* y *ultra petita*, en qué procesos cabe su aplicación y, relacionarlas con la problemática de la presente monografía.

2. ANOMALÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO

Las anomalías del negocio jurídico se pueden definir como “defectos” o “imperfecciones” en la celebración del mismo. Éstas pueden ser causadas por varias circunstancias, tales como vicios provenientes de las partes negociantes, del objeto negociado, de la solemnidad requerida para su celebración, o falta de autorización por parte de una autoridad administrativa para realizar determinado negocio, entre otras.

“Esas anomalías del negocio jurídico son: la inexistencia, la ineficacia, (...) la nulidad absoluta, la nulidad relativa o anulabilidad (...) y la inoponibilidad.”¹

Algunas de éstas pueden ser saneadas por el paso del tiempo o por ratificación, así, cuando se sana, el negocio goza de plena validez y genera efectos jurídicos tanto para las partes como para terceros. Otras anomalías, por el contrario, son insaneables, por lo que no es posible corregir el defecto para que el negocio goce de validez y produzca derechos y/u obligaciones jurídicas. Adicionalmente, algunas necesitan de declaración judicial, puesto que sin ésta el negocio jurídico tendrá fuerza vinculante por la presunción de validez que cobija los actos jurídicos; mientras que otras anomalías operan de pleno derecho, esto es, que no necesitan de declaración judicial o de autoridad administrativa competente (como equivalente jurisdiccional) para que el negocio o acto jurídico deje de producir

¹ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Lecciones de Derecho Comercial, 3ª Edición. Medellín, Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 1989. p. 201.

efectos, pues basta con que se dé el supuesto de hecho previsto por la ley para que cese la fuerza vinculante del negocio jurídico.

2.1 ANOMALÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO QUE OPERAN DE PLENO DERECHO

Las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho son: la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, y están consagradas de manera expresa en el Código de Comercio. Como se explicó anteriormente, éstas no requieren de declaración de autoridad competente o de un juez para que el acto jurídico no produzca efectos *inter partes* o frente a terceros.

Se estudiará cada una de las anomalías que operan de pleno derecho para comprender qué efectos produce cada una de estas sanciones o, si es el caso, si ni siquiera alcanzan a producir efecto jurídico alguno.

2.1.1 Inexistencia

La inexistencia, como su denominación lo indica, es ausencia del acto o negocio jurídico donde se dio un hecho o un cambio en el mundo fenomenológico pero no hubo negocio jurídico, simplemente no existió, nunca nació a la vida jurídica. Según Enrique Gaviria, “*la inexistencia es aún más destructora que la ineficacia*”, pues en ésta no hay acto, por lo que no crea nada en el mundo jurídico.

El artículo 898 del Código de Comercio consagró la inexistencia por primera vez en Colombia, este Código fue expedido en 1971, desde esta fecha la inexistencia es una figura vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para que un negocio jurídico sea existente se requiere el cumplimiento de unos requisitos legales, que son “*una exigencia para lograr la configuración típica de los contratos o para asegurar su certeza mediante el cumplimiento de determinada solemnidad*”², por lo que se puede afirmar que la inexistencia es una sanción al negocio jurídico. La creación de esta anomalía del negocio jurídico o sanción se fundamenta en la necesidad de saber qué conductas humanas producen actos o negocios jurídicos y cuáles no, pues es necesario diferenciar las actuaciones inocuas o jurídicamente irrelevantes y las actuaciones que sí lo son; relaciones que nacen o afectan jurídicamente a las partes, ya que puede que se quiera crear un vínculo jurídico y precisamente no se logre.

La inexistencia en el estatuto mercantil se genera por dos causales³, la primera se da por la falta de uno o varios elementos esenciales del negocio o acto jurídico; éstos son aquellos sin los cuales el negocio no puede existir. Con lo anterior puede surgir un negocio jurídico diferente al que las partes pretendían, como lo es una compraventa sin pago o contraprestación, pues no habría compraventa sino

² Ibid, p. 203.

³ GIL, Jorge Hernán. Teoría General de la Ineficacia, Bogotá D.C., Ed. Kimpres Ltda. 2007. p. 42.

una donación, o por ejemplo un arrendamiento sin canon, ya que no habría arrendamiento sino un comodato, o un leasing sin opción de compra, pues habría un arrendamiento.

Puede haber inexistencia, en segundo lugar, por ausencia de una solemnidad o forma necesaria para que nazca el negocio a la vida jurídica; se denomina "*solemnidad ad substantium actus*", esto es, una solemnidad sustancial para la creación o nacimiento del acto. Como bien lo dispone el autor Enrique Gaviria, el ejemplo clásico es la compraventa sobre un bien raíz no celebrada por escritura pública.⁴

La inexistencia no puede ser saneada por ratificación de las partes ni por el paso del tiempo, pues el acto no ha surgido siquiera a la vida jurídica. De manera que, la única vía para que el acto tenga efectos jurídicos es con la creación del acto o celebración del negocio.

Algunos doctrinantes sostienen que el término para referirse con mejor técnica a la forma en que se hace de nuevo un acto que en el mundo jurídico no existe es por medio de la "*renovación del acto*"⁵, no obstante esto, consideramos impreciso el término que utilizan, pues el negocio jurídico hay que hacerlo, empezando desde

⁴ GAVIRIA, Op. cit., p. 204.

⁵ Ibid, p. 204.

cero y no “renovarlo” porque esto supondría la existencia de algo previo. Jurídicamente no existe absolutamente nada, de manera que no hay nada para renovar, pues consideramos que si algo es susceptible de renovación es porque tiene una base, al menos precaria, o un fundamento jurídico que puede ser transformado o modificado. De acuerdo con esto, el término que consideramos adecuado utilizar para describir lo que deben hacer las partes para que un negocio jurídico inexistente, exista, es la “celebración” o “creación” del mismo.

2.1.2 Ineficacia

Se produce la ineficacia cuando un acto o negocio nace a la vida jurídica, es válido, pero carece de efectos jurídicos, esto es, no tiene fuerza vinculante para las partes ni para terceros, no produce ni derechos ni obligaciones exigibles. Dice Enrique Gaviria que esta anomalía “*es más severa y más eficaz que la de la nulidad absoluta*”, pues se trata de una falta de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial.

Esta anomalía del negocio jurídico es una sanción para las partes por el incumplimiento de una norma imperativa, pues si no se cumple con la normatividad el acto o negocio jurídico no producirá efectos. Este tipo de sanción puede surgir contra la totalidad del acto o negocio jurídico o puede afectar únicamente una o varias cláusulas del acto o negocio, entendiéndose éstas por no escritas.

Explica el Doctor Gaviria que:

No hay en el Código de Comercio causales generales de ineficacia, como sí las hay para la nulidad y también para la inexistencia; existen por el contrario, un sinnúmero de ineficacias particulares, que no obedecen a ningún criterio uniforme y que han sido consagradas en la ley para castigar, en términos más severos y expeditos, las violaciones de normas cuyo contenido se ha considerado especialmente importante⁶.

Como lo dice este autor, esta sanción se encuentra en la ley sin seguir una lógica consecuente, pues se observan en varias estipulaciones casos diversos y dispersos que generan la ineficacia.

Adicionalmente, el Doctor Jorge Hernán Gil agrega que la ineficacia es una figura *sui generis* de creación colombiana y propia del Código de Comercio colombiano, pues aunque el Código Civil italiano en muchas normas consagra expresamente los términos “ineficacia” y “eficacia”, lo hace de manera aislada y sin referirse a una sanción en particular. Esta sanción normativa no fue tomada específicamente de ningún ordenamiento jurídico extranjero, ni tenía precedentes en nuestro sistema jurídico, simplemente fue desarrollada por el maestro Álvaro Pérez Vives.⁷

⁶ *Ibíd.*, p. 202.

⁷ GIL, *Op. cit.*, p. 27, 29.

La ineficacia como sanción al acto o negocio jurídico no puede ser saneada, ni con el paso del tiempo, ni por ratificación. Pues un negocio ineficaz, siempre lo seguirá siendo ya que no hay instrumentos que permitan su saneamiento. El Doctor Jorge Hernán Gil lo expone de la siguiente manera: *“una de las características especiales de la ineficacia es que esta sanción no es saneable ni por convalidación ni por ratificación. Simplemente, por disposición del legislador, el acto o contrato o su cláusula afectada de ineficacia no puede producir efectos.”*⁸

2.1.3 Inoponibilidad

La autonomía de la voluntad privada permite a los individuos crear normas que los rijan mediante la celebración de actos jurídicos, debiendo los terceros respetar estos actos, es decir, las partes celebran actos o negocios jurídicos que tienen efectos *inter partes* y, los terceros, en principio, tienen el deber de respetarlos y conocerlos. Así, la regla general es la oponibilidad de los actos jurídicos frente a terceros y, la excepción es la inoponibilidad a ellos.⁹

De lo anteriormente dicho se concluye que la oponibilidad de los actos jurídicos no constituye, según algunos lo entienden, excepción al postulado de la relatividad de dichos actos. Postulado cuyo alcance se limita a impedir que los agentes pretendan imponerles derechos u obligaciones concretos a los terceros, sino que se trata de evitar que estos, a su vez, invadan la órbita

⁸ Ibid, p. 63.

⁹ FERNÁNDEZ OSPINA, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2005. p. 388.

*jurídica de las partes, negando la eficacia de actos que la propia ley reconoce.*¹⁰

Según la Corte Suprema de Justicia,¹¹ la inoponibilidad se refiere a la carencia de efectos jurídicos ante terceros de un acto o negocio jurídico anómalo. Frente a las partes, el negocio jurídico tiene efectos y fuerza vinculante, por lo que nacen derechos y obligaciones exigibles entre ellos. No obstante, el negocio no produce efectos jurídicos frente a terceros ajenos al acto.

Hay tres tipos de inoponibilidad, de forma, de fondo y, la derivada de un acto que cumple todos los requisitos sustanciales y formales, pero lesiona directa o indirectamente derechos a terceros. El primero de ellos es una sanción a las partes por incumplir normas imperativas sobre la publicidad de los actos jurídicos y, surge únicamente como consecuencia de la falta de publicidad o registro obligatorio, por disposición legal.

*Si los terceros tienen el deber de respetar la eficacia de los actos jurídicos entre las partes, es natural que el cumplimiento de dicho deber presuponga que ellos tengan conocimiento de tales actos. Por esta razón, la ley establece ciertos requisitos de publicidad que permiten presumir que los terceros están informados de la existencia del acto respectivo.*¹²

¹⁰ *Ibíd*, p. 389.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Bogotá, veintitrés (23) de septiembre de dos mil dos (2002). Expediente No. 6386.

¹² FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 390.

Es posible sanear este vicio cumpliendo el deber de publicidad o registro, de forma que el acto o negocio es inoponible hasta que se cumpla con el requisito impuesto por las disposiciones legales. Un claro ejemplo de este tipo de inoponibilidad, donde los terceros tienen el deber de respetar la eficacia de los actos jurídicos entre las partes sólo desde el momento en que se imponga el deber que tienen dichos terceros de conocer tales actos,¹³ es el contenido en el Artículo 44 del Decreto 1250 de 1970, el cual consagra que, “*por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquél*”.

El segundo tipo de inoponibilidad surge “*por causa del fondo del acto o contrato*”,¹⁴ los Doctores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta la denominan “*inobservancia de las solemnidades legales*”.¹⁵ Ésta se refiere a tres casos: la pretermisión de las solemnidades *ad substantiam actus*, esto es, cuando faltan solemnidades sin las cuales el acto o negocio jurídico no puede existir, cuando faltan requisitos para la existencia del acto, diferentes a las solemnidades o, cuando el negocio u acto jurídico está viciado de nulidad absoluta. En este punto, la inexistencia y nulidad del negocio jurídico operan tanto frente a las partes como

¹³ *Ibíd.*, p. 390.

¹⁴ ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I. Cuarta Edición Actualizada y Aumentada. Santiago de Chile: Editorial Temis S.A. 2001. p. 157.

¹⁵ FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 391.

frente a terceros, por lo que pueden, estos últimos, oponerse a la eficacia que dichos actos pudieren producir frente a ellos.¹⁶

El último tipo de inoponibilidad es la derivada de un acto que cumple todos los requisitos sustanciales y formales, pero lesiona directa o indirectamente derechos a terceros, ya sea que las partes hubieren actuado fraudulentamente o de buena fe, es decir, que supieran y quisieran, o no, causar perjuicios a terceros. Algunos de los casos en que opera este tipo de inoponibilidad son:¹⁷

- Simulación: La inoponibilidad frente a un negocio simulado puede operar de dos formas, dependiendo del interés del tercero. En primer lugar, el interés del tercero puede consistir en desconocer la declaración privada de las partes y mantener la aparente, siendo inoponible la declaración privada. En segundo lugar, el tercero puede intentar una acción de simulación para que la declaración aparente le sea inoponible, teniendo plenos efectos jurídicos la declaración privada.
- Fraude: Las partes pueden realizar un acto o negocio jurídico real, siendo existente y válido, con el fin de defraudar a terceros, tales como sus acreedores, caso en el cual la ley otorga un recurso a los terceros para

¹⁶ Ibid, p. 391.

¹⁷ Ibid, p. 392, 393.

impugnar dicho negocio. Este recurso entraña una manifestación de la inoponibilidad; es denominado acción pauliana o revocatoria y busca destruir el acto o negocio fraudulento, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes sustraídos indebidamente.

- Venta de cosa ajena: Como bien se sabe, en Colombia, para la enajenación de bienes, deben concurrir dos actos, el primero es el título, que consiste en el contrato traslativo de dominio y, el segundo, es el modo o tradición, que consiste en dar el bien, ya sea de manera real, simbólica o ficticia. Con base en lo anterior, en nuestra legislación, es válida la venta de cosa ajena (artículo 1871 C.C., 907 C.Co.), no obstante, dicho contrato de compra-venta es inoponible al verdadero dueño del bien.

Finalmente, frente a todos estos tipos de inoponibilidad, se puede decir que se trata de una figura que tipifica una sanción para las partes contratantes, pretendiendo proteger a terceros.

2.2 DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y LAS ANOMALÍAS DEL NEGOCIO JURÍDICO QUE OPERAN DE PLENO DERECHO

Como bien lo ha sostenido la mayoría de la doctrina, la nulidad se diferencia claramente de cada una de las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho según lo establecido en el estatuto mercantil, no obstante, ésta también es una anomalía del negocio jurídico, pero que no opera de pleno derecho, toda vez que necesita ser constituida por el juez. Antes de una sentencia

judicial que constituya la nulidad, lo que hay es un acto anulable, por lo que es necesario acudir a un juez para que la establezca; ésta opera desde la fecha en que la sentencia judicial quede en firme o ejecutoriada, es decir, que no procedan recursos contra ella. Así, el negocio jurídico puede estar en posibilidad de anularse, sin embargo, se exige causa demostrada y sentencia judicial para que surja la nulidad. De acuerdo con esto, el acto o negocio nace o surge a la vida jurídica, pero presenta vicios, los cuales pueden ser: vicios de la voluntad de las partes (error, fuerza o dolo), objeto o causa ilícita o incapacidad.

El proceso por el cual se constituye una nulidad es el proceso de conocimiento constitutivo, diferente al proceso declarativo por medio del cual se reconocen las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho, tal y como se estudiará con detenimiento en los capítulos siguientes.

Existen dos tipos de nulidad, la relativa y la absoluta. La primera, solo puede ser alegada por la parte afectada, y se genera únicamente por vicios de la voluntad (error, fuerza o dolo) o cuando hay incapacidad relativa (menores adultos y disipadores interdictos). La nulidad absoluta, por el contrario, puede ser alegada por cualquiera de las partes, un tercero con interés o por el juez, de oficio, puesto que es de orden público. Ésta se genera por objeto o causa ilícita, falta de solemnidades o incapacidad absoluta (impúber, demente, y/o sordomudo que no puede darse a entender por ningún medio). La nulidad relativa, es saneable por ratificación o por el transcurso del tiempo y, por otro lado, la nulidad absoluta es

saneable por la ratificación de las partes, excepto cuando se trata de objeto o causa ilícita y, en todo caso, será saneable por la prescripción extraordinaria (Artículo 1742 C.C.).

2.2.1 Nulidad vs Inexistencia

Se puede observar que los efectos de la nulidad absoluta y de la inexistencia son similares, pues los efectos de la primera son que las partes vuelven al estado precontractual y hay restituciones mutuas (frutos, mejoras y deterioros) volviendo al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio nulo y, por otro lado, el efecto de la inexistencia es que las partes continúan en la etapa precontractual (ya que nunca pasaron de esta etapa) y hay restituciones mutuas si se generaron efectos aparentes.

Como ya se ha mencionado, la nulidad (tanto la absoluta como la relativa) necesita ser probada y constituida por un juez. Por el contrario, la inexistencia surge al faltar un elemento esencial o al faltar una solemnidad sustancial. A pesar de lo anterior, si el acto aparente (inexistente) dio lugar a efectos aparentes y las partes no están de acuerdo sobre la operancia o no de dicha anomalía, es decir, en deshacer lo aparente, por seguridad jurídica es menester acudir ante un juez, que es un tercero imparcial, para que declare la inexistencia (Proceso de conocimiento mero-declarativo) y, ordene las restituciones a que haya lugar. Pero si el negocio inexistente no ha generado efectos jurídicos y ambas partes están de

acuerdo en que se configuró una inexistencia, no es necesario acudir ante el juez, ya que ésta opera de pleno derecho.

2.2.2 Nulidad vs Ineficacia e Inoponibilidad

Como se vio anteriormente, la ineficacia es consagrada por el legislador en el Código de Comercio sin seguir un criterio uniforme; ante la falta de ciertos elementos en el negocio jurídico, la ley la dispone casuísticamente, mientras que la nulidad surge por los vicios ya estudiados y su operación no es casuística sino que se consagra de manera abstracta.

En segundo lugar, la ineficacia es una figura que opera *ipso iure*, razón por la cual nace a la vida jurídica sin necesidad de que el juez la constituya. Por el contrario, la nulidad necesita ser constituida judicialmente, pues sin sentencia judicial ejecutoriada que la constituya solo habría un acto anulable pero que está surtiendo efectos hasta que se constituya la nulidad. De acuerdo con lo anterior, puede surgir un acto o negocio jurídico viciado de ineficacia, en una de sus cláusulas o de la totalidad del negocio, el cual genera efectos jurídicos, bien sea porque las partes contratantes no estén de acuerdo si opera o no o, porque las partes no se percataron del vicio; nada impide que las partes acudan a la jurisdicción para que les solucione el litigio, declare (no constituya) la ineficacia y ordene las restituciones mutuas, si hay lugar a ellas, tal y como se estudiará en los capítulos siguientes. En cambio, si nace a la vida jurídica un negocio jurídico anulable (teniendo presente que se tiene que distinguir entre nulidad absoluta y relativa), las partes pueden acudir para que el juez haga que dicho negocio jurídico cese sus efectos, constituyendo la nulidad del negocio jurídico desde el

momento en que queda ejecutoriada la sentencia judicial, a pesar que puede tener efectos retroactivos dicha constitución.

Ahora bien, la inoponibilidad, siendo una ineficacia especial, donde se protegen los intereses de terceros, tiene las mismas diferencias y similitudes con la nulidad, que la ineficacia con la misma, solo que la inoponibilidad opera sólo como consecuencia de la falta de publicidad o registro obligatorio.

3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

El derecho sustancial necesita una herramienta o un instrumento que haga efectivo sus mandatos imperativos, ya que el derecho sustancial contiene el “deber ser”. Éste es una fuente formal del derecho conformado por normas positivas emanadas del legislador, siendo así, un fragmento del ordenamiento jurídico. De esta manera, el derecho sustancial hace parte de la fuente formal del derecho por excelencia; la ley.¹⁸ Ahora bien, éste es expresado por normas jurídicas, las cuales pueden ser de cuatro tipos:¹⁹

- Mandatos: aquellas normas que regulan cómo deben comportarse las personas frente a ciertas situaciones.
- Prohibiciones: normas de carácter restrictivo a la autonomía de la voluntad y libertad de las personas, haciendo primar otros principios constitucionales diferentes al anterior.
- Permisos: normas contentivas de autorizaciones.
- Sanciones: son aquellas normas que contienen una consecuencia jurídica desfavorable a quien cumpla un supuesto de hecho o incumpla un mandato.

¹⁸ Constitución Política de Colombia. 1991, Artículo 230

¹⁹ BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Volumen I, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1996. p. 5.

Toda norma jurídica, sin importar de qué tipo sea, contiene dos elementos; una proposición y una consecuencia. En ocasiones, es necesario integrar varios artículos o normas para hallar la disposición jurídica completa puesto que el ordenamiento jurídico incluye también normas complementarias, explicativas y que dan definiciones, las cuales sirven para complementar el supuesto de hecho o la situación fáctica-hipotética o precisar la consecuencia jurídica para el caso concreto. En otros eventos, es necesario hacer esa integración desplazándose a otras fuentes del derecho, como lo es la jurisprudencia, la costumbre, los negocios jurídicos, etc. (Fuentes Formales Delegadas). Sin embargo, en todos los eventos, la norma jurídica, reducida a su más mínima expresión, ostenta los dos términos señalados: el supuesto de hecho y los efectos que él genera.²⁰

Para el caso que nos ocupa, la ineficacia, la inexistencia y la inoponibilidad son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de determinados supuestos de hecho consagrados en la ley sustancial de naturaleza comercial. La herramienta que traslada estos mandatos del papel o los códigos sustanciales a la realidad es el “proceso”, el cual se puede definir, según Briseño Sierra, como una serie convergente de instancias, es decir, un conjunto de elementos ordenados bajo un criterio que conduce a un resultado (la sentencia) que no puede lograrse si no se cumple uno de los elementos, y que supone un debate completo de tres partes

²⁰ Ibíd, p. 6.

(actor, juez y opositor). El derecho procesal es el regulador de este instrumento llamado proceso, así explica Hernando Devis Echandía la existencia de éste:

Sabemos que no puede concebirse la existencia de una sociedad humana sin conflictos de intereses y derechos porque las normas jurídicas que los reglamentan son susceptibles de ser violadas; ante ello solo cabe una doble alternativa: la defensa privada o atribuir al Estado la facultad de dirimir tales controversias. De ahí la existencia del derecho procesal (...) es la reglamentación de la facultad de desatar los conflictos entre las personas con base en dos principios: la restricción en el otorgamiento de tal facultad solo al Estado y la determinación de normas para su ejercicio. Esa facultad es por parte del Estado una emanación de su soberanía y por eso se rechaza su uso por los particulares y a la vez, en el plano del derecho internacional, cada Estado opone a los otros celosamente en su territorio apenas sus propias normas procesales en relación con sus asociados²¹.

En otras palabras, el derecho procesal es el mecanismo de solución de conflictos intersubjetivos de intereses ejercido por el Estado procurando paz social, buscando que las personas tengan acceso a un tercero imparcial que resuelva sus diferencias en derecho, respetando en todo momento el debido proceso.

En particular, de acuerdo con lo expuesto por Carnelutti, según el cual:

No hay necesidad de agregar que la litis es una situación peligrosa para el orden social. La litis no es todavía un delito, pero lo contiene en germen. Entre

²¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, 6ª Edición. Bogotá: Editorial ABC. 1978, p. 3.

*litis y delito, hay la misma diferencia que existe entre peligro y daño. Por eso litigiosidad y delincuencia son dos índices correlativos de incivilidad: cuando más civil o civilizado es un pueblo, menos delitos se cometen y menos litigios surgen en su seno.*²²

Como se puede observar, la *litis* surge de una injusticia o un sentimiento de injusticia que se da entre dos o varios sujetos que no son capaces de resolver el problema entre ellos mismos, es decir, por medio de la autocomposición, de manera que acuden al Estado, como tercero imparcial que ostenta el monopolio de la fuerza, para que sea él, por medio de la rama jurisdiccional, quien lo resuelva. Éste es el sendero para encontrar justicia, cuando los particulares no son capaces de hacerlo por sí mismos, lo cual ayuda o previene la violencia y justicia privada, procurando paz social. Con lo anterior se puede observar que el proceso jurisdiccional es un medio para que haya paz social, pero no demuestra que la sociedad sea más civilizada, pues, a pesar de resolver los conflictos sociales, no los disminuye, ni enseña civilidad, valores, principios éticos o convivencia, sino que es una lucha entre dos partes en conflicto, que procuran, con estrategias, obtener el máximo provecho de su situación, para ser favorecido por la decisión judicial.

Ahora bien, estudiando las particularidades del proceso, encontramos que existe, como explican Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, una *“peculiar relación jurídica que (...) se muestra como un vínculo trilateral, un nexo entre los sujetos*

²² CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se Hace un Proceso*, 2ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004. p. 24.

*productores de actos procesales, entre Estado-juez, actor, opositor*²³. De esta manera, el proceso se desenvuelve en un escenario donde se encuentran tres partes, una de ellas es el juez, sujeto imparcial que representa al Estado, quién tiene el carácter de director del proceso, por lo que se encuentra por encima de las partes. Una segunda parte del proceso es el actor, quien ejerce su derecho de acción y pone a mover el aparato jurisdiccional del Estado, reclamando ante el juez sus derechos por medio de pretensiones contenidas en la demanda. La tercera parte del proceso es el opositor, éste se defiende de las pretensiones del anterior proponiendo hechos nuevos o negando los alegados por el acusador.

El actor decide, siendo titular de un derecho, si acude o no al Estado, a la jurisdicción, para que le solucione el litigio. Éste se acerca al órgano jurisdiccional por medio de la demanda, la cual contiene la pretensión. La pretensión y, posteriormente, los hechos nuevos (excepciones de mérito) que exponga el demandado son el objeto del litigio. De esta manera, las partes son las que definen los puntos de discusión-litigio y el juez únicamente puede resolver estos temas, siendo obligatorio que se pronuncie sobre cada uno de los puntos de la *litis*. Así, si las partes están de acuerdo en la ocurrencia de un hecho, el juez lo debe apreciar por cierto y, en los hechos en los que no hay acuerdo, el juez debe decidir con base en el acerbo probatorio realizado en el proceso.

²³ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000. p. 5.

Teniendo claro en qué consiste el derecho sustantivo y el derecho procesal, podemos, a continuación, precisar en qué tipo de procesos el objeto de la *litis* sería la declaratoria de una de las sanciones sustanciales que nos ocupa.

3.1 CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS

El objeto de estudio de la presente monografía se encuentra sumergido en el Derecho Civil, por lo que vale la pena realizar una contextualización de los procesos de esta área del derecho para entender con exactitud cómo deben operar en el tema específico que nos ocupa.

La clase de procedimiento que debe seguirse, se define dependiendo de la pretensión que tenga el actor, pues no todos los procesos son iguales ni tienen la misma finalidad. Algunos buscan una simple declaración del juez, otros buscan que el juez constituya una situación jurídica que previamente no existía y, hay procesos que tienen como finalidad condenar a la contraparte. Un tipo de proceso, no excluye al otro, pues puede haber procesos mixtos, que surgen por contener varias pretensiones, buscando varias finalidades, por ejemplo constituir una situación jurídica para consecuentemente condenar a la contraparte.

Los pronunciamientos por parte del juez sobre las anomalías de los actos jurídicos no pueden darse en todos los procedimientos antes mencionados, por lo que a

continuación se precisará este tema para tener claro en qué clase de procesos es posible que el juez se pronuncie sobre ellas.

Según Beatriz Quintero y Eugenio Prieto,

El proceso es un fenómeno único. Ese instrumento, único en su esencia, presenta, no obstante, diferencias accesorias en su procedimiento, según la índole de la relación jurídica sustancial que subyazca como materia de composición, y entonces se habla de un procedimiento civil, penal, laboral, contencioso administrativo, coactivo, canónico (...)

Según el sujeto ante quien se formula la pretensión que engendra y mantiene el proceso, se habla de un procedimiento arbitral o de un procedimiento jurisdiccional.

También se distingue entre un procedimiento contencioso y uno voluntario, con atisbo a la especie de 'jurisdicción' que instrumentalice. Conforme a la naturaleza de la pretensión que se esgrima, se habla de procedimiento de conocimiento con dos modalidades: declarativo y dispositivo, y se menciona igualmente el procedimiento ejecutivo y cautelar.²⁴

Como bien lo señalan estos autores, el proceso jurisdiccional como tal es uno sólo, surgiendo de la misma base, de los mismos criterios y principios. Sin embargo, dependiendo de múltiples condiciones, se singularizan diversos procesos, con características particulares y únicas.

²⁴ Ibíd, p. 5.

3.1.1 Proceso de Conocimiento

En este tipo de procesos la pretensión es incierta y discutida, pues se está frente a un conflicto en el cual no se sabe quién, si actor u opositor es titular del derecho o si en definitiva existe o no derecho. Por oposición a este proceso, en el proceso ejecutivo el demandante tiene un derecho insatisfecho, y posee a su favor un título cierto, claro y exigible, con el cual se le exige al demandado por medio de la jurisdicción que cumpla su obligación. El proceso de conocimiento es un litigio más desgastador, tanto para el juez como para las partes, pues el juez debe conocer los antecedentes del conflicto y crearse una base o criterio, por medio de las pruebas aportadas por las partes, sobre los hechos que ocurrieron para, finalmente, tomar una decisión basado en la “realidad creada” por el proceso, ya que la ocurrencia de los hechos tuvo que ser reconstruida.

El proceso de conocimiento se clasifica a su vez en tres tipos de procesos, dependiendo de la finalidad que buscan las partes, esto es, dependiendo de las pretensiones y de las excepciones de mérito, por lo que, aunque es precisamente en este tipo de procesos en los que el objeto de la *litis* podría ser la declaratoria de una de las sanciones sustanciales que nos ocupa (como se estudiará más adelante), no en todos los procesos de conocimiento es posible que el juez se pronuncie sobre la inexistencia, la ineficacia o la inoponibilidad, no obstante ser sanciones que operan de pleno derecho.

- **Proceso Constitutivo**

En este proceso, el hecho, relación o acto jurídico existe a partir del fallo o sentencia ejecutoriada del juez, pues antes del pronunciamiento del juez hay un estado de cosas y, el juez con su fallo lo cambia, creando, modificando o extinguiéndolo, surgiendo así, una nueva situación jurídica.

Las anomalías que operan de pleno derecho, tienen una existencia previa al proceso por lo que en este proceso no es posible que el juez constituya una de estas anomalías. La finalidad del proceso lo impide ya que busca constituir una nueva situación jurídica antes inexistente, pero nunca reconocer o declarar algo que ya existía.

- **Proceso de Condena**

Bien lo define Francesco Carnelutti:

*Se tiene proceso de condena cuando la relación declarada, en vez de ser una obligación, es una responsabilidad. Consistiendo la responsabilidad en la sujeción a la potestad de aplicar la sanción la condena (sic) se resuelve en la aplicación (imperativa) de una sanción y, por tanto, en la conversión en precepto específico de la norma que estatuye aquella potestad y la sujeción correspondiente (...)*²⁵

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Volumen I. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977. p. 73.

La sentencia de este proceso sirve, por tanto, como un título ejecutivo para hacer exigible el pago equivalente a la responsabilidad del acusado. El juez, conforme a la pretensión del accionante y según la situación jurídica, ordena en su sentencia que la condena sea de hacer, no hacer o dar.

Como se puede observar esta definición excluye la posibilidad de pronunciamiento del juez acerca de cualquier tipo de anomalía, ya que su finalidad es condenar a una de las partes por haber hecho un daño a otra sin tener una causa excluyente de responsabilidad.

- Diferencia entre Sanción y Condena

En este punto se deben diferenciar los conceptos de sanción y condena, ya que las anomalías pueden ser interpretadas como una sanción a alguna, o ambas partes, por dejar sin efecto o nunca haber surgido a la vida jurídica un acto o negocio que ellas deseaban que tuviera trascendencia jurídica.

Ambos términos tienen en común que surgen por el incumplimiento de un deber jurídico, no obstante la condena surge de un proceso jurisdiccional, en el cual el juez le impone a la parte incumplida una obligación de hacer, no hacer o dar algo a la contraparte afectada. La sanción, por el contrario, surge por un simple

incumplimiento a un deber u obligación legal, y aunque la función del juez será declararla o constituirla, dependiendo si opera *ipso iure* o no (como se estudiará a profundidad en el Capítulo III), cuando hay sanción no se crea una obligación de dar, hacer o no, simplemente se cumple con los requisitos legales para que dicha sanción sea aplicada y, la consecuencia (que puede ser: dejar sin efectos un negocio jurídico, *erga omnes* o frente a terceros, dejar sin validez un acto, entre otros) es, en sí misma, la que dirime el conflicto. Adicional a esto, en la condena la obligación que el juez impone surge por una responsabilidad, pues se puso en peligro un bien jurídico o se ocasionó daño o perjuicio, mientras que la sanción no es fruto de lo anterior, sino por el simple incumplimiento de un deber legal, llenando los requisitos que la ley contiene para su operancia.

De acuerdo con lo anterior, las anomalías del negocio jurídico, interpretadas como sanciones, pueden ser constituidas por el juez u operar de pleno derecho, dependiendo del tipo de anomalía. Como se puede observar, este efecto de sanción que acarrearán las anomalías no devela el tipo de proceso necesario para su reconocimiento o aplicación.

En síntesis:

Sanción: es la consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico y, en sí misma dirime el conflicto intersubjetivo de intereses de las partes, pudiendo operar de pleno derecho o debiendo ser constituida por el juez.

Condena: es la consecuencia que acarrea poner en peligro un bien jurídico o causar daño o perjuicio a otro, sin una causal que exima de responsabilidad, la cual siempre debe ser impuesta por el juez por medio de un proceso de condena generando una obligación de dar, hacer o no hacer a favor de la contraparte.

- **Proceso Mero-Declarativo**

A través de este proceso, el juez verifica si una situación existe o no, “*hay proceso de mero declaración de certeza cuando la existencia de la relación declarada por el juez es independiente de su declaración*”²⁶. Es decir, que el hecho, relación o acto jurídico existe con anterioridad a la declaración del juez, pues éste simplemente está verificando y constatando.

Es en este tipo de proceso es en el que es posible la declaración de las anomalías del negocio jurídico que operan *ipso iure*, puesto que las anomalías existen de manera independiente y anterior al proceso. Es precisamente desde el momento en que se cumple con el supuesto de hecho que conlleva a su respectiva consecuencia jurídica que surge la anomalía al negocio jurídico que opera de pleno derecho. Por medio de este proceso se busca que el juez constate dicha anomalía, reconociéndola el ordenamiento jurídico en una sentencia, como se explicará más adelante.

²⁶ *Ibíd*, p. 70.

- **Proceso Mixto**

Un proceso puede contener varias pretensiones, por un lado, el demandante puede pedir que el juez declare la existencia de una situación jurídica ya consolidada (por ejemplo, el contrato y el incumplimiento) y, adicionalmente solicitarle que condene a la contraparte (por ejemplo, intereses por mora). También es posible que la petición sea que el juez constituya una situación jurídica (por ejemplo, el divorcio) y que condene a la contraparte a que pague una suma de dinero (por ejemplo, la indemnización de un cónyuge al otro por ser culpable del divorcio).

Como es posible observar, este no es un tipo de proceso *per se* sino que, como su nombre lo dice, es una variedad de pretensiones que conlleva a que el juez deba pronunciarse sobre diversos aspectos, convirtiendo el proceso en mixto.

3.2 SISTEMAS PROCESALES SEGÚN LOS PODERES DEL JUEZ Y DE LAS PARTES EN LOS ACTOS PROCESALES

En primer lugar, se debe tener en cuenta la forma tripartita del proceso jurisdiccional, puesto que las partes se comunican entre sí por medio del juez, estando polarizadas y subordinadas al mismo. Un sistema procesal es un conjunto de normas que regula la forma como se realiza dicha interacción; las partes con el juez. Dependiendo de los poderes que dichas normas le otorguen al juez, el sistema procesal será dispositivo o inquisitivo, no obstante es importante aclarar

que esta distinción es meramente teórica, ya que ningún sistema procesal ha sido, ni será, absolutamente inquisitivo o dispositivo, será preponderantemente alguno de los dos. Como lo señala parte de la doctrina,

(...) el meollo de la distinción entre ambos (sistema inquisitivo y dispositivo) es la determinación de la extensión y límites de los poderes-deberes del juez y de las cargas de las partes con respecto al litigio, a la aportación del material de conocimiento y a la actividad en el proceso, así como lo tocante con la investigación; del modo como esos poderes y facultades se otorguen, exclusiva o concurrentemente a unos u otros, el tipo procesal es dispositivo o inquisitivo.²⁷

3.2.1 Sistema Inquisitivo

En un sistema inquisitivo, el juez es sujeto activo en el proceso, es decir, tiene poder de acción o de iniciar el proceso, de fijar el litigio y de decretar pruebas.²⁸

(el sistema procesal inquisitivo) traslada el dominio de la actividad procesal al juez, quien no solamente dirige e impulsa el proceso, sino que también promueve su iniciación y realiza los actos de investigación tendentes a la asunción del material de conocimiento. Cabe apuntarle las siguientes características: el juez puede promover de oficio el proceso; le corresponde el impulso procesal subsiguiente, tiene amplias facultades de investigación y de dirección.²⁹

²⁷ QUINTERO y PRIETO. Op. cit., p. 122.

²⁸ CAMACHO, Azula. Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso, Octava Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2002. p. 87.

²⁹ QUINTERO y PRIETO. Op. cit., p. 125.

Se puede observar que el juez, al percatarse de un conflicto intersubjetivo de intereses se encarga de iniciar el proceso, investigar y recolectar las pruebas necesarias, y de fallar. Las partes no tienen ninguna actividad determinante o que den impulso al proceso, son sujetos pasivos en la relación tripartita.

3.2.2 Sistema Dispositivo

En el sistema dispositivo, las partes son sujetos activos y, el juez un sujeto pasivo, respecto a la actividad procesal. La voluntad de las partes es la que determina el litigio, ellas son quienes son titulares del derecho de acción y quienes lo ejercen, y son responsables del “impulso” procesal, esto es, de comunicarle al juez su historia parcializada de los hechos, de solicitar pruebas, de disponer del derecho, de interponer recursos, entre otros.

*En el tipo o sistema procesal dispositivo hay un dominio exclusivo, un señorío de la voluntad de las partes, quienes fijan el objeto litigioso, aportan el material de conocimiento y tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia, por voluntad de ellas. La iniciativa del proceso corresponde a las partes y no al juez. El proceso tiene que iniciarse siempre a petición de parte y el impulso corresponde a ellas, como también la procuración de la prueba. La parte se destaca como el centro y destinataria del sistema, mientras que al juez solo atañe el juzgamiento.*³⁰

³⁰ *Ibíd.*, p. 122.

3.3 DECLARACIONES DE OFICIO EN EL SISTEMA COLOMBIANO

De acuerdo con lo anterior, los sistemas procesales no son absolutos, sino que en ciertos procesos predominan los tintes inquisitivos o dispositivos. Cuando el legislador pretende proteger intereses de orden público o sujetos calificados, por considerar que se encuentran en una situación de desventaja, predominan normas inquisitivas sobre las dispositivas, la cual es la regla general en el procedimiento civil. Así, a manera de ejemplo, en un proceso de divorcio (Art. 444 CPC), el juez tiene el deber-obligación de decidir sobre la custodia, la patria potestad, los gastos de crianza, el monto de la pensión alimentaria (entre otras cosas) de un menor de edad, aún si las partes no lo delimitan como tema de decisión, es decir, si las partes no lo piden, el juez debe pronunciarse sobre estos temas en la sentencia, siendo una declaración *extra petita* (cuya definición se dará a continuación). Este es un claro ejemplo de un proceso preponderantemente inquisitivo, en el que se exceptúa el principio de congruencia y el sistema dispositivo que rige en los procesos civiles, por voluntad del legislador para proteger unos intereses y derechos que las partes no pueden disponer, ni pueden ser desconocidos por el juez. Esto, en el caso del ejemplo, únicamente frente a los temas establecidos en la lista taxativa consagrada en el Art. 444 CPC. No obstante lo anterior, el derecho de acción, la solicitud de pruebas y, en general el objeto del litigio es determinado y establecido por las partes.

3.3.1 Declaraciones extra petita y ultra petita

Como bien define estas declaraciones el Doctor Vallejo Cabrera:

Refiere esta regla a la concordancia o consonancia que según el art. 305 del CPC debe existir entre los hechos, las pretensiones y las excepciones, con la decisión que tome el juez. En el proceso civil, <no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la incoada en ésta>. La existencia de dicha regla en el Derecho procesal civil es explicable por sus claras tendencias hacia el sistema dispositivo en donde el tema de decisión lo fijan las partes.

Empero siendo que en el derecho procesal laboral predomina el sistema inquisitivo, que tanto sus normas como las sustantivas que consagran los derechos del trabajador (art. 14 CST) son de orden público, que sus derechos los ampara la irrenunciabilidad como manifestación del carácter protectorio del derecho del trabajo, la regla de la congruencia no puede tener vigencia total en esta rama del Derecho Procesal y por tanto los jueces de primera y única instancia pueden fallar concediendo más de lo pedido (ultra petita) e incluso lo no pedido (extra petita) bajo las premisas obvias de que lo que se va a conceder en tales condiciones haya sido discutido, probado, y su pago no haya sido demostrado por el deudor.³¹

La posibilidad de que el juez le otorgue en su fallo a una de las partes más de lo pedido (*ultra petita*) o algo no pedido o diferente a lo pedido (*extra petita*), está fundamentado en los poderes atribuidos al juez por normas inquisitivas, las cuales siempre deben ser expresas, ya que excepcionan la regla general.

³¹ VALLEJO CABRERA, Fabián. Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Cuarta Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2006., p. 59. (*subrayas, fuera del texto*)

El artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral consagra lo siguiente:

El juez (de primera instancia) podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

El principio de la congruencia (cuyo estudio se profundizará más adelante) es vulnerado por este artículo, pues como se puede observar claramente, el juez puede realizar estas declaraciones aunque las partes no se lo hayan pedido, ni sea objeto del litigio. A pesar de lo anterior, el legislador intenta proteger el debido proceso exigiéndole al juez que, para decidir sobre los temas enunciados taxativamente, debe verificar la concurrencia de algunos elementos:

- Para las declaraciones *extra petita*: Que los hechos que sustentan la declaración del juez se encuentren debidamente probados y hayan sido discutidos en el proceso; respetando parcialmente el derecho de defensa, puesto que a pesar que hayan tenido la oportunidad de discutir, las partes no saben que este punto es tema de decisión en la sentencia y por ende no han tenido la oportunidad de atacar esto directamente, intentando formar una verdad procesal, que el juez ha dado por probado.

- Para las declaraciones *ultra petita*: Se requiere que esté claro en el proceso que las sumas demandadas son inferiores a las que le corresponden al trabajador y que no le hayan sido pagadas; vulnerando el principio de la congruencia y el derecho de defensa, pues aunque aparentemente la decisión se encuentra debidamente sustentada, ninguna de las partes tuvo la oportunidad de alegar y probar la cantidad adeudada. Aquí, la violación al derecho de defensa es mayor ya que no se requiere siquiera una precaria discusión, como si lo exige el punto anterior.

Con esto queda claro que, las disposiciones estudiadas vulneran el principio de la congruencia, toda vez que, el juez se pronuncia frente a hechos no determinados como tema de decisión por las partes. Adicionalmente, esta incongruencia viola el derecho de defensa puesto que no hay oportunidad procesal real para su discusión y contradicción. No obstante esto, dichas figuras tienen plena vigencia, operancia y legalidad, ya que el legislador pretende proteger intereses superiores, tales como, la parte débil de la relación laboral o el menor de edad en un proceso de divorcio, haciendo primar esta protección sobre los principios enunciados.

4. ALCANCE DEL CONCEPTO ANOMALÍAS QUE OPERAN DE PLENO DERECHO

Por disposición legal expresa del Código de Comercio, todas las anomalías explicadas en el Capítulo I operan de pleno derecho, por lo que no requieren de pronunciamiento judicial para que surjan. Esta no necesidad de declaración judicial para dichas anomalías, creadas por el legislador colombiano, no han generado controversia o discordia alguna entre la doctrina o jurisprudencia nacional. No obstante esto, consideramos indispensable analizar a fondo las consecuencias de pasar por alto o dar por sentada su operación *ipso iure*, tal y como ha ocurrido desde la creación de dichas figuras.

El Doctor Enrique Gaviria considera que:

La operancia plena y automática de la ineficacia, inexistencia (e inoponibilidad) es muchas veces una simple afirmación teórica porque, aun cuando el acto sea inexistente, ineficaz (o inoponible) de pleno derecho, de todas maneras hay casi siempre una apariencia de acto, una situación de hecho que debe destruir la autoridad judicial.³²

Como se puede observar, dicha afirmación apunta o refleja el problema que intentamos abordar. No obstante, consideramos que la operancia de pleno

³² GAVIRIA, Op. cit., p. 202. (Subrayado fuera del texto)

derecho de estas sanciones no es una “*simple afirmación teórica*” ya que éstas sí operan de pleno derecho siempre, sin necesidad de constitución por parte de la autoridad judicial. Una cosa es la constitución de la anomalía por parte del juez y, cosa diferente, es la declaración o reconocimiento de su existencia u operancia. Por otro lado, compartimos con el autor la posibilidad del surgimiento de un conflicto de intereses y por ende la necesidad de intervención judicial para poder destruir la *apariencia de acto* que surge al operar una de estas sanciones de pleno derecho.

Si una parte del negocio jurídico o un tercero considera o cree que una de las anomalías que operan de pleno derecho operó o afectó el negocio jurídico en cuestión, las únicas legitimadas para pronunciarse y decidir si efectivamente ésta operó, son la autoridad judicial o el equivalente jurisdiccional. Precisamente para este tipo de cuestiones, en el caso de la autoridad judicial, es que fueron creados los procesos mero-declarativos.

De acuerdo con esto, en caso de discordia sobre la operancia o no de una de estas sanciones, alguna de las partes o un tercero con interés se debe acercar a un juez para que declare la anomalía, dando certeza de la existencia o no de la misma.

Igualmente, el Doctor Jorge Hernán Gil acepta que:

Frecuentemente, los presupuestos de la ineficacia (inexistencia o inoponibilidad) no aparecen de manifiesto y se presenta discusión entre los interesados con respecto a si efectivamente, la relación jurídica resulta ineficaz (inexistente o inoponible), y, en tal evento, solo la intervención judicial aclarará el asunto, TAL COMO LO CONSIDERÓ LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SU SENTENCIA C-1641 DE 2000.³³

Con lo anterior no se le está dando un alcance diferente a la operancia de pleno derecho que se expuso, sino reforzando dicho concepto, ya que contrariaría la lógica pensar que las partes tienen que acudir a la jurisdicción para que se declare la operancia de pleno derecho de una sanción a un negocio jurídico que iban a realizar, o realizaron, pero que luego decidieron que el mismo no surja a la vida jurídica o no genere efectos, estando ambas partes de acuerdo con lo anterior. Es en este caso en que la operancia de pleno derecho de una anomalía del negocio jurídico no requiere de declaración judicial pues no hay litigio que resolver.

Se puede concluir, remitiéndonos a la definición de “sanción” expuesta en el capítulo II³⁴, que una anomalía al negocio jurídico opera siempre como sanción, estén o no de acuerdo las partes con dicha operancia. Ahora bien, es cuando surge un litigio que se debe acudir a un tercero imparcial, denominado juez o equivalente jurisdiccional, para que lo resuelva, tal y como se analizará a continuación.

³³ GIL, Op. cit., p. 90.

³⁴ Ver p. 26.

4.1 DECLARACIÓN

El artículo 897 del Código de Comercio dice que *“cuando en este código se expresa que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”* Con esto, el Código se está refiriendo a la forma automática como opera la ineficacia, es decir, que no requiere intervención judicial para que opere, precisamente por ser una sanción, donde basta el lleno de los requisitos, sin necesidad de ser constituida por la autoridad judicial. Pero, consideramos erróneo que se piense que este código sustantivo se está refiriendo técnicamente al derecho procesal y esté regulando la forma como éste debe operar; precisamente es por medio del derecho procesal, tramitado a través de un proceso mero declarativo, ante un juez ordinario o un equivalente jurisdiccional que se puede afirmar, sin lugar a equivocación alguna, que dicha sanción en realidad sí operó. Sin esta intervención, lo único que se puede afirmar es que se considera que dicha sanción operó o, que se cree que operó, pero antes de que una entidad jurisdiccional o administrativa, legitimada, imparcial y respetuosa del debido proceso, emita su juicio de valor y éste quede en firme, sólo existirá especulación.

Las anomalías que operan de pleno derecho son susceptibles de ser declaradas por el juez, ante un eventual litigio entre las partes. No obstante, se debe ir más allá ¿cómo acuden las partes a la jurisdicción para que les resuelva el conflicto? ¿cómo debe actuar el juez para realizar dichas declaraciones, las puede declarar

de oficio, o a petición de parte? ¿cómo deben actuar los equivalentes jurisdiccionales?

El Doctor Jorge Hernán Gil realiza un estudio detallado únicamente sobre la ineficacia en su libro "*Teoría General de la Ineficacia*", no obstante, consideramos que sus apreciaciones referentes a la operancia de pleno derecho de la ineficacia se pueden extender a la operancia de pleno derecho de la inexistencia y la inoponibilidad puesto que se les debe dar el mismo tratamiento por tener en común la característica de operar de pleno derecho. Pues, no es lógico que una de estas anomalías tenga que ser constituida o declarada por el juez y otras no, ya que la diferencia entre ellas radica en la ley sustancial y no en materia procesal o en su forma de operar.

4.1.1 Declaración Judicial

Todo lo atinente en el presente escrito a los jueces es aplicable a los equivalentes jurisdiccionales, por lo que en adelante al referirnos al juez se entenderá incluido al funcionario que hace las veces de equivalente jurisdiccional y, al referirnos a la sentencia, se entenderá, así mismo incluida, la decisión de dicho equivalente.

El juez, por medio de un proceso mero-declarativo, es competente para declarar la existencia de una anomalía que opera de pleno derecho ante un eventual litigio, como se ha venido sosteniendo en el transcurso de la presente monografía.

No obstante, esta posición no es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, pues éstas consideran que como las anomalías que nos ocupan operan *ipso iure*, no es posible que las partes o una de ellas siquiera presente una acción (demanda) pidiéndole al juez que la declare. Es necesario aclarar que una cosa es que las anomalías operen de pleno derecho, sin requerir de intervención judicial y, otra distinta, es que se prohíba la declaración judicial sobre la existencia de una de ellas. Estamos de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina en que las anomalías que nos ocupan operan de pleno derecho (tal y como lo dice explícitamente la ley). No obstante, diferimos de ellas en que lo anterior no impide que el juez, ante un eventual conflicto, declare, a petición de parte, si ésta operó. Más adelante se estudiará a fondo la limitación que la jurisprudencia y doctrina le han dado al derecho de acción.

El Doctor Jorge Hernán Gil considera que:

(...) pese a que la ineficacia (la inexistencia y la inoponibilidad) opera(n) de pleno derecho, se hace necesaria la intervención judicial, para despejar el asunto PERO NO PARA DECLARAR LA INEFICACIA (la inexistencia o la inoponibilidad), como erróneamente se ha entendido (...) la ineficacia (la inexistencia y la inoponibilidad) 'repele(n)' su declaración judicial. La intervención judicial (...) es útil y necesaria para resolver las cuestiones de hecho surgidas al margen de un acto ineficaz (inexistente o inoponible), pero aquí la discusión se centrará en verificar los presupuestos de hecho y no en la declaratoria de la sanción. LA LEY, EN NINGUNA FORMA, ESTABLECE QUE SI LA INEFICACIA (la inexistencia o la inoponibilidad) ES DISCUTIDA POR

*CUALQUIER INTERESADO, ESTA DEJE DE OPERAR DE PLENO DERECHO Y REQUIERA, ENTONCES, DECLARACIÓN JUDICIAL.*³⁵.

Se puede observar en lo citado que el autor confunde los procesos mero-declarativos y constitutivos. El autor cree que si el juez declara la existencia de una de las anomalías que opera de pleno derecho, estaría constituyendo la misma. Es de anotar que, cuando un juez declara la inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, está constatando y verificando la operancia *ipso iure* de las mismas, reconociendo su operación desde el día en que se dieron o surgieron, existiendo previamente a la sentencia.

Lo anterior se podría comparar con un proceso de filiación, en primer lugar, como bien se sabe, la filiación es un hecho empírico, no obstante, es posible que la madre de un menor inicie un proceso judicial pidiéndole al juez que declare esta situación. De esta manera, el juez elabora una sentencia mero-declarativa constatando que esa es la realidad, así, no sería posible concluir que la relación de la filiación nació el día en que la sentencia quede en firme, pues es de saber que la filiación surge desde la concepción misma. Lo mismo sucede con las anomalías que operan de pleno derecho, el juez, simplemente, las constata en una sentencia, reconociendo que tienen una existencia previa a su pronunciamiento.

³⁵ GIL, Op. cit., p. 89-90.

Adicionalmente, si tomamos la tesis del autor, ¿cómo haría el juez *para resolver las cuestiones de hecho surgidas al margen de un acto ineficaz* (inexistente o inoponible) sin declarar previamente la anomalía? Pues, conforme a la Teoría General del Proceso, es necesario que, en primer lugar, las partes o la parte pida(n) al juez como petición principal la declaración de la anomalía y, como petición consecencial de la principal que resuelva las cuestiones de hecho que surgieron por el acto aparente. Así, el juez en su sentencia tendrá que declarar la anomalía y, este es el fundamento para ordenar como resolver los hechos surgidos de la situación aparente, como podría ser, a manera de ejemplo, ordenar restituciones mutuas.

En un ejemplo, el Doctor Jorge Hernán Gil sostiene que la intervención judicial, en los eventos en que se presenta una inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, no es para que el juez las declare sino porque se dio una situación de hecho aparente, ya que el negocio generó efectos aparentemente jurídicos, por lo que el juez debe pronunciarse precisamente para deshacer dichos efectos aparentes, como podría ser un enriquecimiento sin causa.³⁶ Así mismo, cita a la antigua Superintendencia de Sociedades, la cual establece que:

(...) cuando la diferencia surgida entre las partes consista en que para unos hay ineficacia y para otros no, el juez podrá dictar una sentencia declarando que no se dan los presupuestos de la ineficacia o confirmando que sí se

³⁶ *Ibíd*, p. 91.

dieron los presupuestos, pero no puede entrar a declararla, pues esta opera de pleno derecho y en TODOS LOS EVENTOS QUE LA CONSAGRA EL LEGISLADOR. (Supersociedades. Oficio 220-40612 de julio 22 de 1998)³⁷.

Con esto, lo que se hace es evadir afrontar la falacia de no requerir declaración judicial dichas anomalías, utilizando la necesidad de un proceso diferente, donde el juez lo primero que tiene que hacer para poderse pronunciar sobre el enriquecimiento sin causa u otro efecto aparente que haya generado un negocio viciado con una de estas anomalías, es declarar la inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, para luego poder decidir qué hacer con los efectos que haya generado. De lo contrario, como dijimos anteriormente, el juez no tendría base, sustento o motivación alguna para pronunciarse sobre un eventual enriquecimiento sin causa u otro hecho aparente.

Por otro lado, se debe resolver el problema del pronunciamiento oficioso del juez respecto de las anomalías que operan de pleno derecho. Si se permitiera que el juez se pronunciara oficiosamente en la sentencia sobre estas anomalías, sin las partes tener conocimiento que éste sería *thema decidendum*, se estaría vulnerando, en primer lugar, el derecho de defensa por no haber sido introducido por las partes como objeto de discusión, y por ende no tener éstas la oportunidad procesal para argumentar y probar su posición. En este caso el juez estaría tomando decisiones unilateralmente, sin intentar construir previamente una verdad

³⁷ *Ibíd*, p. 93.

procesal, permitiendo entablar discusión y debate. En segundo lugar, se estaría vulnerando el principio de congruencia, pues la sentencia sería contentiva de temas ajenos al litigio planteado y discutido en el proceso.

En el segundo numeral del presente capítulo se profundizará la afectación de los principios si se permitieran dichos pronunciamientos oficiosos y, en el capítulo cuarto se propondrán posibles soluciones al problema planteado.

4.1.2 Entidades que Cumplen Funciones de Registro

De acuerdo con el principio de legalidad, como principio registral, es decir, como regla o idea fundamental que sirve de base a un sistema de registro, las entidades públicas o privadas que cumplen funciones de registro, tienen el derecho y el deber de controlar la legalidad de los títulos, documentos, actos o contratos sujetos a registro. *“La controversia se ha orientado a determinar el contenido y alcance del control de legalidad”*.³⁸

La discusión mencionada anteriormente implica posiciones contrapuestas, donde la doctrina está dividida, pues no hay una posición que se considera con más fuerza o aplicabilidad que la otra. Una posición doctrinaria sostiene que es posible que las Cámaras de Comercio y, en general todas las entidades encargadas del

³⁸ CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. El Registro Mercantil en Colombia. Edición Primera. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. 2005. p. 90, 91.

registro deben de realizar un control de legalidad, tanto sustancial como de forma, pudiendo así negar la inscripción de un acto o negocio jurídico por contener vicios sobre la validez, existencia, eficacia o inoponibilidad, de esta manera se genera seguridad jurídica a los terceros y confiabilidad en la actividad del registro. Al respecto, señala el Doctor Enrique Gaviria que:

(...) no sería lógico que las cámaras aceptaran cuanta solicitud de registro les fuera entregada, porque la utilización de este procedimiento anárquico las llevaría a darle el mismo tratamiento a lo que es válido y a lo que no lo es, además la asombrosa facilidad de publicar y difundir lo que de antemano se sabe que carece de validez, poniendo en peligro a los terceros, pues estos tendrían buena razón para considerar que el acto es legítimo, puesto que fue registrado, esto es, superó con éxito el filtro de la cámara de comercio.³⁹

Sin embargo, en contraposición a lo anterior, se halla una postura que sostiene la imposibilidad de las entidades administrativas de registro de negarse a inscribir un acto o contrato a pesar de verificar en él un vicio de forma o de fondo, puesto que a dichas entidades administrativas no se les ha facultado para hacerlo y, hay que agregar que no se encuentran investidas de jurisdicción para dirimir conflictos o para declarar o constituir circunstancias o situaciones jurídicas, por lo tanto, el único facultado para decidir si un acto o negocio está viciado por algunas de las anomalías del negocio jurídico es el juez o el equivalente jurisdiccional y, en la

³⁹ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. El Registro Mercantil en Colombia. Edición Primera. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. 2005. p. 179.

sentencia es donde debe ordenar a las entidades de registro que cancelen el mismo por declararse o constituirse una de las sanciones.

Consideramos que estas entidades tienen la facultad de ejercer dicho control de legalidad únicamente en relación con los aspectos formales de los documentos sujetos a registro; este control es necesario para darle confiabilidad y seriedad a los actos registrados, de manera que lo registrado cumpla con todas las formalidades legales, brindando seguridad jurídica. No obstante, dichas entidades no tienen la función legal de analizar y enjuiciar la validez sustancial de dichos actos, puesto que no ostentan la calidad de equivalentes jurisdiccionales y, por ende, la competencia para dirimir conflictos intersubjetivos.

El artículo 115 del C.Co. permite sostener esta posición intermedia, puesto que éste otorga el beneficio de saneamiento formal del registro de la escritura social, hecha en debida forma, es decir, previa revisión de legalidad externa de la escritura,⁴⁰ por lo que no podría impugnarse la escritura social con fundamento en nulidades simplemente formales o notariales, siendo posible únicamente la impugnación por vicios de fondo, tales como incapacidades, defectos del consentimiento, objeto ilícito y causa ilícita.⁴¹ Siendo éste un beneficio para la escritura social, sería asistemático e ilógico sostener que a pesar de haber

⁴⁰ Ibíd, p. 177.

⁴¹ Ibíd, p. 177.

consagrado dicho beneficio el legislador, es decir, garantizar un saneamiento formal en un caso específico, luego dijera que el control de legalidad que ejercen las entidades administrativas de registro sobre los demás actos o negocios jurídicos, recae, no sólo sobre aspectos formales, aunque sin el beneficio de saneamiento formal, sino también sobre los vicios de fondo, cuando esto es de competencia exclusiva del juez de conocimiento. Así, podemos concluir que en el artículo 115 del C. Co. se halla implícito que las entidades de registro carecen de facultades valorativas de vicios de fondo, siendo únicamente procedente el estudio y la negación de un registro con base en vicios de forma.

Con base en lo anterior, se puede establecer que las entidades de registro pueden negarse a inscribir un contrato o negocio jurídico que no haya cumplido las solemnidades especiales exigidas por ley, es decir, que sea inexistente, ya que ésta es una formalidad susceptible de ser revisada por la sección de control de legalidad de dicha entidad. Sin embargo, no sería posible que la entidad de registro niegue la inscripción de un acto porque considere que hay una o unas cláusulas ineficaces, pues este examen es de fondo, por lo que sólo puede ser elaborado por un juez o un equivalente jurisdiccional.

Como se ha sostenido a lo largo del presente escrito, la ineficacia, inexistencia e inoponibilidad, operan de pleno derecho y sin necesidad de intervención judicial y, es por esto que las actuaciones de las entidades administrativas ostentan un papel

muy importante en su reconocimiento, siempre y cuando provengan de vicios formales.

(...) la INEFICACIA (Inexistencia e Inoponibilidad) DE PLENO DERECHO, (...) no requiere declaración judicial, y siendo así, la autoridad de vigilancia y control bien podía verificar y reconocer la ocurrencia de los presupuestos normativos que daban lugar a la ineficacia (Inexistencia e Inoponibilidad), e indicar cuáles eran los efectos que legalmente no estaban llamados a producirse (...)⁴².

De acuerdo con esto, se permite que la entidad encargada del trámite administrativo, realice un control de legalidad, entre otras cosas, para verificar que no se den los presupuestos para la operancia de pleno derecho de una de las anomalías estudiadas. Sin embargo, como ya se mencionó, esto lo aceptamos únicamente si los vicios que dan lugar a la operancia de una de las anomalías tratadas son formales.

(...) la doctrina de las entidades de vigilancia y control es reiterativa en sostener que la ineficacia (inexistencia e inoponibilidad) opera(n) de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial o administrativa. Como consecuencia, con muy buen criterio, se admite el control de legalidad respecto a la ineficacia, en relación a cualquier trámite administrativo.⁴³

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, Sentencia, diciembre 10 de 1999. Exp. 5000-23-24-000-6054-02-9731.

⁴³ GIL, Op. cit., p. 80.

Estamos de acuerdo con lo anterior, a pesar de ser necesario agregar que dicho control debe ser formal, en este punto el problema radica en la forma como dicho control administrativo es llevado a cabo, ya que consideramos que no puede un ente administrativo simplemente “(...) *restarles los efectos a los actos y contratos ineficaces* (inexistentes e inoponibles) *que se aprecien en los trámites administrativos a su cargo (...)*”⁴⁴ puesto que consideramos que esta forma de control administrativo, con tan pocas exigencias, no se puede aceptar, ya que las partes intervinientes en dicho trámite se encontrarían totalmente vulnerables a la voluntad y arbitrariedad de los funcionarios administrativos, sin posibilidad de defenderse.

Para resolver el anterior inconveniente, es menester exigirles a los entes administrativos el respeto del debido proceso. De esta forma, éstos deben seguir un proceso similar al de los jueces para garantizarles a las personas el derecho fundamental del debido proceso. Así, estas entidades deben adelantar un trámite interno que respete el mismo, no pudiendo simplemente negarse a inscribir o registrar, o a negarle la existencia a un negocio o contrato, sin permitir a las partes oponerse o contradecir dicha determinación.

El Doctor Jorge Hernán Gil y la Superintendencia de Industria y Comercio consideran que:

⁴⁴ *Ibíd*, p. 81, 82.

(...) el registro mercantil de actos ineficaces (o inexistentes) no sana la ineficacia (o inexistencia); simplemente se ha producido una falla en el servicio público registral que compromete la responsabilidad de la entidad de registro, la cual debió negarse a inscribir el respectivo acto o contrato, conforme a lo previsto en la Circular Externa 15 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio.⁴⁵

Estamos de acuerdo con que las entidades administrativas deben realizar un control de legalidad frente a la forma y, si este control falla, no se sana el vicio. Sin embargo, no compartimos la anterior cita si se trata de un vicio sustancial o de fondo, puesto que no habría una falla en el servicio registral, dado que es competencia del juez determinar la legalidad del contenido de los actos, contratos o documentos, siendo obligatorio para las entidades realizar el registro. Adicionalmente, para realizar este control formal, es necesario contar con un trámite que respete los principios rectores del derecho procesal.

A pesar de lo anterior, reconocemos la complejidad de sostener que dichas entidades de registro tengan que contar con un trámite interno para poder, válida y legalmente, negar la inscripción o registro de determinado documento contentivo de un acto o contrato, pues éste implicaría un procedimiento administrativo no contenido en la ley. Es por esto que la solución a este conflicto es un ideal.

⁴⁵ Ibíd, p. 79.

Teniendo presente esta problemática, sostenemos que mientras no exista un trámite legalmente establecido que respete el debido proceso y el derecho de defensa de las partes interesadas en el registro, habría que seguir la postura de negarle la facultad a dichas entidades administrativas el estudio y negación del registro por vicios tanto de forma como de fondo.

Adicionalmente, es necesario advertir que la actuación de la entidad administrativa, de negar o aceptar el registro, es un acto administrativo, sobre el cual proceden los recursos ordinarios de vía gubernativa. Es importante cuestionarse si agotar esta vía es suficiente para crear seguridad jurídica sobre el cumplimiento de los requisitos para que opere la inexistencia, la ineficacia o la inoponibilidad que afecta el acto o negocio jurídico. A pesar de la posibilidad de acudir a la jurisdicción, si el agotamiento de la vía gubernativa se resuelve desfavorablemente al interesado, consideramos que quien debe resolver este asunto debe ser, siempre y de manera exclusiva, un juez de la república.

4.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL POTENCIALMENTE AFECTADOS

El derecho procesal es la herramienta utilizada por el Estado para hacer efectivo o realizar el deber ser que impone el derecho sustancial; llevándolo a la esfera del ser, de la realidad. Por este motivo el derecho procesal brinda protección a la sociedad, pues es un mecanismo que soluciona conflictos intersubjetivos de intereses, proporcionando justicia. Para garantizar lo anterior, este instrumento es

construido sobre bases constitucionales, tutelando los derechos fundamentales de las personas. Así se expresa Gustavo Calvino al respecto:

El derecho procesal representa, sin duda, una contribución fundamental a la seguridad jurídica de toda la sociedad. Por lo tanto, debe ser apreciado como un “sistema de garantías” cuyas piedras angulares son postulados constitucionales que corresponde sean contemplados íntegramente y con fidelidad por el procedimiento. Sólo así en definitiva podremos desembarcar en el debido proceso.⁴⁶

En el derecho procesal se refleja perfectamente la primacía constitucional, pues ésta es la mayor directriz del proceso y contiene todos los principios que un debido proceso debe proteger en aras de una solución al conflicto de la forma más justa posible. El Estado debe brindar toda la seguridad jurídica y tutelar los derechos fundamentales, como lo es debido proceso, puesto que si no lo hace, los sujetos o potenciales partes de un proceso jurisdiccional no van a tener confianza en el sistema y acudirán preferentemente a otros mecanismos de solución de conflictos, paralelos al proceso jurisdiccional y más eficientes, en los cuales correrían menos riesgos de una eventual injusticia. Si el sistema jurisdiccional no tutela derechos fundamentales, tales como el debido proceso, tal vez habría solución de conflictos, pero no habría paz social.

⁴⁶ CALVINHO, Gustavo. Calificación Legal de la Pretensión y el Límite de la Congruencia - La Pretensión Procesal y la Regla de la Congruencia en el Sistema Dispositivo, suplemento de derecho procesal del Diario Jurídico El Dial. Buenos Aires, Argentina. Editorial Albremática. 25 de Octubre de 2004. p. 1-2.

A la luz del problema que se ha expuesto en el presente trabajo, se encuentra que tanto las decisiones jurisdiccionales oficiosas sobre las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho o el no permitir a los jueces la tutela jurisdiccional en los casos en los que las partes, o una de ellas, busca la declaratoria de alguna de estas anomalías, es violatorio de derechos fundamentales. Dichas posiciones doctrinarias o posibles soluciones, aparentemente solucionan el conflicto intersubjetivo, pero en realidad dejan a las partes en una situación de incertidumbre y se les viola el debido proceso, por lo que se entrará a analizar detenidamente los derechos vulnerados.

4.2.1 Derecho de Acción y de Excepción

El Estado, al prohibir la autodefensa y reconocer la excepcionalidad de la autocomposición otorga, mediante sus órganos, la tutela jurídica a las partes, por intermedio del proceso. Cuando dichas partes reclaman esa tutela, por medio de un poder jurídico, este recibe el nombre de acción.⁴⁷

En otras palabras, cuando el Estado es quien pretende regular o componer los litigios de una sociedad, a la vez, tiene que otorgarle la posibilidad o el derecho de acudir a dichos órganos para que le resuelvan el conflicto, ya que de lo contrario resultaría inocua la tutela pretendida. Esto lo refrenda el Doctor Véscovi con lo siguiente:

⁴⁷ VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. 2ª Edición Actualizada, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. 1999. p. 5.

La acción constituye un “derecho” o “poder” jurídico que se ejerce frente al Estado –en sus órganos jurisdiccionales- para reclamar la actividad jurisdiccional. Es decir, que frente a un conflicto de intereses, o a una pretensión insatisfecha, el particular se dirige al órgano jurisdiccional para reclamar la satisfacción de ella, la solución del conflicto. Tenemos, así, planteado el litigio –en la terminología carneluttiana- que debe resolver el juez aplicando el derecho.⁴⁸

En el caso concreto, sobre la declaración de las anomalías del negocio que operan de pleno derecho, se ha visto en la práctica jurisdiccional violación al derecho de acción y, no menos preocupante resulta que la doctrina no reconoce en este punto la vulneración de derecho alguno, sino que por lo contrario apoya la teoría de negarle el derecho de acción a quienes pretenden la declaración de la existencia de una de las anomalías que operan de pleno derecho, ante un eventual litigio.

En consecuencia con lo anterior, surge la discusión sobre si es posible que dichas anomalías sean propuestas como excepción, por ejemplo, que si el demandante pretende el cumplimiento forzoso de la obligación contenida en el contrato, el demandado pueda excepcionar que el contrato es inexistente o ineficaz. El Tribunal Superior de Bogotá considera que “(...) *ante la inexistencia de acción, es lógico desprender, consecuentemente, de manera subsiguiente (SIC), la*

⁴⁸ *Ibíd*, p. 6.

*inexistencia de excepción, en sentido jurisdiccional, también entendida.*⁴⁹ No obstante, el Doctor Jorge Hernán Gil sostiene que:

*SI BIEN LA INEFICACIA (Inexistencia o Inoponibilidad) NO ES PROCEDENTE COMO ACCIÓN, SÍ LO ES COMO EXCEPCIÓN, y en tal caso, el juez declarará próspera la excepción, pero no requiere declarar previamente la ineficacia (inexistencia o inoponibilidad). Simplemente, cuando constata que se dan sus presupuestos, puede asumir que efectivamente se presentó la sanción y de allí derivar los efectos legales.*⁵⁰

En primer lugar, antes de analizar las dos posturas expuestas sobre el derecho de acción y excepción, es importante resaltar la incoherencia de la anterior cita, ya que, el juez, al declarar próspera la excepción está DECLARANDO la ineficacia, inexistencia o inoponibilidad. De lo contrario ¿qué está haciendo el juez? Es importante recordar que el juez debe pronunciarse sobre las pretensiones y sobre las excepciones, ya que éstas son el *thema decidendum* del proceso y, al prosperar cualquiera de ellas, las declara o constituye (dependiendo de la naturaleza de las mismas).

Ahora bien, analizando ambas posiciones, podría resultar más lógica la posición del Tribunal Superior de Bogotá, pues si a una de las partes se le niega el derecho a acceder a la jurisdicción para tutelar determinado derecho, contrariaría el

⁴⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sentencia de septiembre 30 de 2004.

⁵⁰ GIL, Op. cit., p. 93.

principio de bilateralidad de la audiencia dejar la posibilidad de excepcionar lo que no se puede pretender. ¿Debe una parte hacerse demandar para poder excepcionar la operancia de una de las anomalías que opera de pleno derecho, ya que no tiene derecho de acción, sino sólo de excepción? ¿Cómo solucionarían las partes un eventual conflicto frente a la existencia o no de las anomalías?

A pesar de lo anterior, consideramos que ambas posturas son inaceptables, pues toda vez que surja un litigio entre las partes el Estado debe tener sus órganos jurisdiccionales abiertos para que una o ambas partes accedan a él para ventilar sus diferencias. En este caso el derecho de acción no puede ser restringido por decir la ley sustancial que las referidas anomalías operan de pleno derecho. La consecuencia que surge al consagrar la operancia de pleno derecho de éstas en la ley sustancial, es que si las partes reconocen que surgió una de las anomalías no tienen que acudir a la jurisdicción para constituirla pero, si entre las partes surge un litigio sobre la existencia o no de una de dichas anomalías, tienen el derecho o la facultad de acudir a un juez para que éste declare o no su existencia.

Así, al existir derecho de acción, es también procedente, conforme al principio de bilateralidad de audiencia, que se le otorgue el derecho a la parte demandada de excepcionar la operancia de pleno derecho de cualquiera de estas anomalías. Si en un caso concreto, una de las partes considera que el negocio jurídico es existente y eficaz, por lo que demanda a la otra, pretendiendo que el juez declare el incumplimiento y condene a la indemnización de perjuicios, resulta procedente

que la parte demandada se defienda excepcionando la inexistencia o ineficacia del contrato.

4.2.2 Debido Proceso

El precepto Constitucional del debido proceso es aquel que recoge la mayoría de los principios del proceso judicial. Esta institución es la que define las pautas que un proceso jurisdiccional debe tener para no ser arbitrario, sino por el contrario, para imponer límites al poder del Estado y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. De esta manera, el debido proceso se convierte no sólo en una norma, sino en una garantía para los justiciables.

Se examinarán a continuación los principios del debido proceso que son violados por las actuaciones judiciales o administrativas de declarar la ineficacia, inexistencia o inoponibilidad oficiosamente, pues se estarían vulnerando algunos principios inherentes al debido proceso.

Cada principio procesal se halla en relación de dependencia transitiva con el resto de principios procesales; ellos integran un totum de tal manera que o se respetan todos o no hay debido proceso. Todos conforman un solo gran principio, el debido proceso.⁵¹

⁵¹ QUINTERO y PRIETO. Op. cit. p. 77.

- **Legalidad de las Formas**

El derecho procesal cuenta con una normatividad referente a la forma cómo los actos procesales deben hacerse para que tengan validez. Estas reglas protegen el debido proceso y el derecho de defensa, pues son una garantía para los procesados, demandante y demandado, ya que cumpliendo con la forma establecida por la ley los sujetos tienen conocimiento sobre los actos procesales ejercidos y, así, pueden defenderse.

La garantía del debido proceso indica que tiene que desenvolverse un procedimiento señalado en la ley, agotando todas sus etapas, no pudiendo modificarlo ni el consenso de las partes ni el juez, toda vez que la ordenación del proceso exige el cumplimiento de los requisitos y condiciones de orden formal establecidas por el legislador; formas que han de ser de observancia obligatoria en cuanto afectan el orden público⁵².

Giuseppe Chiovenda justifica la necesidad sobre la legalidad de las formas en el desarrollo del proceso de la siguiente manera:

Por las gentes profanas dirígense numerosas censuras a las formas judiciales, basándose en que las formas originan largas e inútiles cuestiones y frecuentemente la inobservancia de una forma puede producir la pérdida del derecho; y se proponen sistemas procesales simples o exentos de formalidades. No obstante, la experiencia ha demostrado que las formas en el

⁵² AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Debido Proceso: Norte del Derecho Procesal. Disponible en: <<http://www.uv.es/~ripj/10agu.htm>>. 2002.

*juicio son tan necesarias y aún mucho más que en cualquiera otra relación social; su falta lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre*⁵³.

De acuerdo con lo visto en el numeral uno de este capítulo, el hecho de decir la ley sustancial que estas anomalías operan sin necesidad de declaración judicial, no quiere decir que se haya obviado el derecho procesal, razón por la cual se tienen que respetar las formas establecidas por el legislador en este sistema, siguiendo y respetando el proceso mero-declarativo en caso de discordia sobre la operancia o no de una de las anomalías del negocio jurídico estudiadas en el presente escrito, pues ésta es la forma procesal establecida en la legislación colombiana para reconocer la existencia u operancia de un fenómeno que acaeció previamente a la sentencia judicial.

*El sistema de la legalidad de las formas es el que asegura más eficazmente la finalidad del proceso y el único que suministra al mismo justiciable certeza e igualdad en el proceso. La forma, legalmente establecida, significa seguridad jurídica para todos los sujetos del proceso, y es, a la postre, garantía de libertad. Cada vez que se ha querido reducir la importancia de la forma se ha terminado violando la defensa.*⁵⁴

Así, la legalidad de las formas, exige que los actos procesales tengan una forma para su validez, para que las partes tengan conocimiento y seguridad respecto de

⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. Principios del Derecho Procesal Civil. Tomo II. Trad. por José Casais y Santaló. Madrid, España. Instituto Editorial Reus. 1925. p. 124.

⁵⁴ QUINTERO y PRIETO. Op. cit., p. 98.

lo que el juez y la contraparte dicen. Cuando una de las partes o el juez actúa sin acogerse al sistema de legalidad de las formas su actuación es anulable, ya que viola el derecho de defensa del actor u opositor, de esta manera, en todo momento, inclusive luego de ejecutoriada la sentencia es posible pedir al juez que anule ese acto procesal y todos los actos producidos con posterioridad a éste, pues estas normas son de orden público y, por ende, insaneables.

Respetando la legalidad de las formas, se hace efectivo el derecho fundamental del debido proceso, y se hace efectiva la protección y certeza de la operancia o no de una anomalía del negocio jurídico.

- **Bilateralidad de la Audiencia**

El principio de bilateralidad de audiencia es también conocido como principio de contradicción o derecho defensa. El juez no puede tomar una decisión sin que ambas partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas. Este principio alude a que el proceso tiene que desenvolverse en términos de igualdad, pues ambas partes tienen que tener las mismas oportunidades procesales para ejercer su defensa sobre lo que dice su contraparte. Para la plena aplicación de este principio, no importa si se es demandante o demandado, pues ambos se tratan por igual en el proceso ya que no se sabe quién es el titular del derecho en discusión.

La inviolabilidad de la defensa en juicio tiene que ser garantizada como posibilidad y en la consideración de la esencial bilateralidad del proceso implica el tratamiento igualitario de los litigantes, de ambas partes, de tal manera que estas en el proceso gocen de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y defensa⁵⁵.

El ejercicio del derecho de defensa es eventual, depende del demandante o demandado, puesto que éste principio del derecho procesal implica que exista un momento procesal en que la parte pueda ejercer su contradicción, no que realmente lo haga. Lo importante es entonces, que las partes tengan la oportunidad procesal, pues si fuera el ejercicio del derecho, el proceso podría ser “estancado” o “detenido” por una de las partes, por lo que el no ejercicio de éste no viola el derecho fundamental. De esta manera *“lo que es esencial al principio, es la posibilidad de contradicción, no el momento en que esa posibilidad se regimiente, ni tampoco se exige que efectivamente se contradiga”⁵⁶.*

Según Beatriz Quintero y Eugenio Prieto,

El principio de bilateralidad de audiencia puede mirarse procesalmente desde dos ángulos:

Desde un punto de vista positivo implica una correcta disciplina de las notificaciones, de la manera como se comunica el juez y los justiciables en el

⁵⁵ Ibíd, p. 93.

⁵⁶ Ibíd, p. 94.

proceso, a fin de tener la certeza de que los actos procesales sean efectivamente conocidos por sus destinatarios.

Desde un punto de vista negativo significa, por una parte, el establecimiento de remedios procesales que restituyan la garantía del contradictorio cuando el efecto preclusivo de los actos procesales tuviera como consecuencia la lesión de la contradicción, y esto lo logra el legislador mediante la teoría de nulidades. Y, por otra parte, el legislador supera el problema del ritualismo primitivo que no concebía el proceso sin la presencia física de los justiciables, mediante el hoy denominado proceso contumacial⁵⁷.

Dado el caso hipotético que en un proceso se haya pretendido una declaración constitutiva de nulidad (absoluta o relativa) de determinado acto, contrato o negocio jurídico, las partes centrarían toda su fuerza, poder argumentativo y probatorio en demostrar que dicha nulidad es procedente o no (dependiendo si se es demandante o demandado), pues siendo este el objeto de litigio, es obvio que sea así y, se le den las mismas oportunidades procesales a las partes. Fijado el objeto del litigio y, luego de surtidas todas las etapas procesales, si el juez en la sentencia declara que operó una inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, so pretexto que operan de pleno derecho, estaría vulnerando el derecho de defensa de ambas partes, pues todo el esfuerzo procesal, argumentativo y probatorio habrá sido en vano, ya que giró en torno de la procedencia o no de la nulidad, pero en ningún momento sobre la operancia de pleno derecho de una de las anomalías del negocio jurídico. Con esta actuación se estaría vulnerando no sólo

⁵⁷ Ibíd, p. 95.

la bilateralidad de la audiencia sino la legalidad de las formas y, el principio de congruencia, tal y como se estudiará a continuación.

- **Congruencia**

“Merced al sistema dispositivo, las partes son las dueñas exclusivas del impulso del proceso”⁵⁸. Así, éstas deciden desde el comienzo si desean o no acudir a un juez para que les solucione el conflicto o si prefieren acceder a un mecanismo alternativo de solución de conflictos (entre otras). Una vez iniciado el proceso, las partes son las que hacen que el proceso evolucione, dándole a conocer al juez la ocurrencia de los hechos (según la versión de cada una) y aportando al proceso las pruebas que requieran. La actividad del juez se limita a dirigir el proceso y a tomar una decisión basado en las pruebas y hechos llevados al mismo por las partes. Esto “proviene de la desconfianza del liberalismo hacia el Estado (y sus órganos jurisdiccionales por añadidura)” así, el juez:

carece de facultades para impulsar el proceso, ya que es privativo de las partes, debe tener por ciertos los hechos que éstas admitan más allá de la realidad y dar curso a los medios probatorios idóneos que le ofrezcan sin poder suplirlas y/o complementarlas en tal función.⁵⁹

⁵⁸ CALVINHO, Op. cit., p. 5.

⁵⁹ Ibíd, p. 5-6.

De acuerdo con esto, el juez dirige el proceso en un aspecto formal para que a las partes se les respete el derecho fundamental al debido proceso y para que las normas procesales sean cumplidas cabalmente. No obstante, el juez no puede disponer de los derechos objeto del litigio ni componer alguna parte de éste, pues violaría su deber de imparcialidad ya que al hacer esto estaría beneficiando a una de ellas.

Gracias al sistema dispositivo, las partes son quienes definen el objeto de la *litis*. Éste último se identifica por la pretensión, instrumento por medio del cual el demandante acude al Estado para exigirle al demandado algunos derechos que cree son suyos y, las excepciones de mérito son la herramienta que utiliza el demandado para defenderse de las pretensiones; negándolas o aduciendo hechos nuevos. Hay que aclarar en este punto, que varias pretensiones pueden constituir varios objetos litigiosos y, en la sentencia, el juez debe pronunciarse sobre todos los aspectos de la misma. El juez, en su sentencia debe abstenerse de decidir sobre asuntos no tratados durante el proceso. Así, debe respetar los límites del *thema decidendum* impuestos por las partes. Si el juez desborda esos linderos la sentencia será incongruente.

Existen tres tipos de incongruencia, una de ellas es *extra petita*, es decir, sobre cosa u objeto diferente al debatido, la segunda es *ultra petita*, es decir, más allá de lo solicitado o pedido por las partes y, la tercera es *citra petita*, la cual es no

declararse en la sentencia sobre todas las pretensiones y asuntos debatidos por las partes, este tipo de incongruencia es por omisión.

El juez, al declarar oficiosamente una de las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho, estaría incurriendo en una incongruencia por fallar de manera *extra petita*, puesto que se estaría pronunciando sobre un tema no debatido ni tratado durante el desarrollo del proceso.

La incongruencia está prohibida precisamente porque vulnera el derecho de defensa de las partes, ya que el juez está fallando un tema no debatido y desconocido por las mismas, por tanto, en este punto podemos referirnos al caso hipotético planteado en el numeral anterior, en el cual se explicó que el juez vulnera el derecho de defensa por dictar una sentencia incongruente al declarar la operancia de pleno derecho de una anomalía del negocio jurídico, sin que las partes hayan debatido este punto. Como se puede observar, el principio de bilateralidad de la audiencia y el de congruencia van de la mano, ya que la congruencia se refiere a la sentencia dictada por el juez, predicando que la misma tiene que versar sobre los puntos debatidos durante el proceso y, la bilateralidad de la audiencia hace referencia al desenvolvimiento del proceso, durante el cual las partes deben tener una oportunidad para debatir, oponerse, allegar pruebas, entre otros; ambos principios se complementan, procurando siempre el respeto al debido proceso y la protección del derecho de defensa. De esta forma, siempre que se presente una sentencia incongruente se habrá violado el derecho de

defensa, no obstante no siempre que se viole el derecho de defensa habrá incongruencia.

Con base en lo anterior, se puede concluir que las partes, por medio de la pretensión y la excepción, son quienes definen el objeto del litigio y, deben contar siempre con la oportunidad procesal para probar, argumentar y defender sus puntos de vista, para garantizar en todo momento un proceso justo y respetuoso del debido proceso.

5. POSIBLES SOLUCIONES

Teniendo claridad del problema planteado y la posición doctrinaria propuesta, es posible ahora plantear posibles soluciones a la forma como se ha venido tratando, en la práctica judicial y administrativa, la declaración de las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho. Pues como se ha visto en los capítulos anteriores, los jueces están dando un alcance sobredimensionado a la frase “opera de pleno derecho” y, cuando se han percatado, al momento de dictar sentencia, del lleno de los requisitos para la operancia de una de estas anomalías, sin que las partes lo hayan pedido o excepcionado y sin darles la oportunidad para defenderse, las han declarado en la sentencia. Lo anterior ha sucedido, así mismo, en los trámites administrativos de registro, por ejemplo, cuando una cámara de comercio rechaza el registro de la constitución de una sociedad o de una actuación de la misma, tal y como lo explica el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y lo respalda el Doctor Gil.⁶⁰ Esta actuación ha sido respaldada o, cuando menos, no discutida por la doctrina nacional.

⁶⁰ “(...) las Cámaras de Comercio sí pueden abstenerse de registrar los actos que conforme a la ley sean ineficaces de pleno derecho o que no produzcan efectos, pues el Código de Comercio asimila esos dos conceptos en el citado artículo 897. Esto quiere decir que para determinar si las Cámaras de Comercio actúan de conformidad con la ley al abstenerse de registrar un acto, es necesario examinar si el caso está encuadrado en uno de los señalados expresamente en el Código de Comercio, o si, de acuerdo con el mismo ordenamiento, no producen efectos (...)”. GIL, Op. cit., p. 45.

Como ha quedado claro a lo largo del presente trabajo, consideramos muy grave lo anterior, ya que es una actuación vulneradora de muchos principios procesales, e incluso del derecho fundamental del debido proceso, para ambas partes, tal y como quedó precisado en el capítulo anterior.

Ante este desalentador panorama, establecer cómo defenderse de una eventual actuación en tal sentido por un juez de la república es de vital importancia, pues resultaría en vano o, no pasaría de ser una mera propuesta de interpretación lo estudiado en los capítulos anteriores, si no fuere posible defender lo planteado ante cualquier instancia o equivalente jurisdiccional.

Son estos mecanismos de defensa, los que harán que el presente escrito pase de ser una mera propuesta académica, a ser un documento de apoyo para la efectiva protección de los posibles derechos procesales afectados con la práctica judicial actual frente a este tema.

5.1 OPORTUNIDAD PROCESAL

En primer lugar, se analizará la posibilidad del otorgamiento, por parte del juez, de una oportunidad procesal, en caso de percatarse, antes de dictar sentencia, del cumplimiento de los requisitos de una anomalía del negocio jurídico que opera de pleno derecho. Si esta propuesta es acogida, se podría decir, en principio, que se protegen o tutelan los derechos de las dos partes del conflicto en la relación

procesal: accionante y accionado puesto que se les estaría respetando y garantizando el derecho de defensa.

En caso de las partes no fijar como objeto del litigio el declarar una de las anomalías estudiadas y, percatarse el juez del posible cumplimiento de los requisitos necesarios para que opere la inexistencia, ineficacia o inoponibilidad, se podría pensar que no sería procedente que el juez falle, conforme al tema de decisión impuesto por las partes, ya que si él se percató de la posible existencia de una de las anomalías, no lo podría pasar por alto, pues si así lo hiciera, estaría, en primer lugar, resolviendo un conflicto con base en un contrato anómalo y, en segundo lugar, admitiría la permanencia de dicha anomalía en el mundo jurídico, lo cual generaría un eventual conflicto e inseguridad jurídica.

Es fundamental encontrar una solución al problema, puesto que el juez tiene que tomar la decisión de: fallar reconociendo la operancia de una de estas anomalías, otorgar la oportunidad procesal para que las partes se defiendan del posible cumplimiento de requisitos de una de las anomalías estudiadas para luego fallar conforme a lo probado por las partes o, fallar de acuerdo con el tema de decisión únicamente.

La primera opción que tendría el juez, es decir, fallar reconociendo la operancia de una de las anomalías que opera de pleno derecho, vulneraría, como se ha estudiado a lo largo del presente escrito, el derecho fundamental del debido

proceso, lo cual incluye la legalidad de las formas, la bilateralidad de la audiencia y la congruencia procesal. De esta forma, esta opción debe ser descartada por ser inconstitucional.

En segundo lugar, si el juez pusiera en conocimiento de las partes el posible cumplimiento de requisitos de una de las anomalías estudiadas y por ende, otorgara una oportunidad procesal para que las partes se argumenten, prueben y se defiendan sobre este asunto (traído al proceso por voluntad del juez), se estaría respetando el derecho de defensa de las partes, ya que éstas contarían con un espacio procesal para discutir el tema. No obstante, se estarían vulnerando los principios de legalidad de las formas y el derecho de acción. Lo anterior, toda vez que no se estaría siguiendo el orden legalmente establecido que debe ser cumplido estrictamente para que el juez dicte una sentencia conforme al desenvolvimiento del proceso, pues el juez, al abrir este espacio procesal, estaría violando las formas establecidas por el legislador ya que por medio de un incidente estaría introduciendo oficiosamente un nuevo tema de decisión. Adicionalmente, el juez no tiene derecho de acción, éste es reservado exclusiva y únicamente a los individuos que tengan un interés legítimo en ello, de esta forma el juez sería quien introduce al proceso un tema objeto de decisión, convirtiéndose en accionante trasbordando los límites que tiene el Estado en la esfera de la autonomía de la voluntad privada.

Con base en lo anterior, si las partes no introducen al proceso como tema de decisión la declaración de una de las anomalías estudiadas, no es posible que el juez, a pesar de percatarse de la ocurrencia de los requisitos legales para que una de éstas opere, las declare en su sentencia, ni siquiera otorgando a las partes la oportunidad procesal para discutir sobre el tema, pues esto sería posible únicamente en un sistema inquisitivo.

Por último, consideramos que el juez tiene competencia única y exclusivamente para fallar de acuerdo con el tema de decisión introducido al proceso por las partes, pues como se vio en el capítulo III, en el aparte de la congruencia,⁶¹ éstas son las que definen el *thema decidendum*, de conformidad con el sistema procesal dispositivo vigente en Colombia. Sólo así, se respeta la totalidad de los principios que conforman el derecho fundamental del debido proceso. Con esto, podemos concluir que esta posible solución no es factible para resolver el problema planteado, por lo que se debe intentar atacarlo por otra vía.

Todo lo anterior sobre la base que el proceso se ritualice hasta antes del fallo. Pero, si el juez se percata de la anomalía durante la verificación de los presupuestos procesales y sustanciales para la admisión de la demanda, éste

⁶¹ Ver p. 66.

deberá rechazarla porque, siguiendo la línea expuesta, no existe en la ley procesal un incidente para resolver este asunto.

5.2 NULIDAD DE LA SENTENCIA

Como se ha visto, la sentencia dictada por el juez de conocimiento, en la que oficiosamente reconoce o declara una de las anomalías del negocio jurídico que opera de pleno derecho, teniendo presente que las partes, accionante y accionado, no ingresaron dicho tema de decisión durante el desenvolvimiento del proceso, nos encontramos frente a una sentencia violatoria del debido proceso. Por esto, es menester atacarla, para poderla eliminar del ordenamiento jurídico, pues es inaceptable que una sentencia inconstitucional tenga reconocimiento y validez jurídica. Para lograr lo anterior, se debe analizar si dicha sentencia está viciada de nulidad, puesto que ésta sería la vía para sacar dicha sentencia del mundo jurídico.

La nulidad procesal está consagrada en el artículo 140 C.P.C. y, a esta le rige el *“(...) principio de la especificidad, según el cual, no hay defecto capaz de estructurar una nulidad sin que la ley taxativamente lo señale. Se excluye entonces la analogía para declarar nulidades, lo cual nos indica que no es posible extenderlas a irregularidades diferentes no previstas en dicha categoría.”*⁶² Por lo

⁶² CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Procesal Civil. Quinta Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005. p. 4.

que se debe adecuar el supuesto de hecho que nos ocupa, con una de las causales de nulidad procesal consagradas en la ley. Se debe tener presente que hay discusión doctrinal sobre cómo tipificar esta actuación en una de las nulidades procesales, por lo que a continuación se expondrán tres posibilidades para lograrlo.

En primer lugar, la sentencia dictada por el juez, estaría viciada de nulidad por la causal segunda del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de una nulidad por falta de competencia. Es menester analizar el tipo de competencia que genera la anulabilidad, es decir, por qué el juez sería incompetente. La competencia, en general, es conocida como la función de administrar justicia en determinado asunto⁶³ y territorio pero, se debe estudiar cuál es el tipo de incompetencia que afecta la sentencia. A continuación se analizará si la falta de competencia material o a la incompetencia funcional son las que la vician en el presente caso, puesto que el problema al que nos enfrentamos es de fondo o contenido y de los límites de conocimiento del juez.

La falta de competencia material que vicia la sentencia es de tipo objetivo, ya que se refiere al objeto de la pretensión, integrándola dos elementos: la naturaleza y la cuantía. El juez es incompetente para juzgar un tema que no ha sido introducido

⁶³ Ibíd, p. 86.

por las partes al proceso. Este tipo de anulabilidad, en principio, es saneable, de acuerdo con el artículo 144 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, si no se propone como excepción previa, sin embargo, en el caso que nos ocupa, la anulabilidad es generada en la sentencia por lo que no era posible alegarla como excepción previa, razón por la cual dicha nulidad es insubsanable puesto que se viola el derecho de defensa. Siendo esto así, es posible interponer los recursos que sean procedentes, solicitando al juez la nulidad de la sentencia, con base en esta causal.

Por otro lado, se puede argumentar que falta competencia funcional. Ésta hace referencia a los grados o instancias en las que el juez conoce de los litigios, comprendiendo, asimismo, las etapas del proceso. De esta manera, el juez de primera instancia tiene competencia para solucionar los litigios en dicho grado, el juez de segunda instancia es competente para resolver las apelaciones, y así sucesivamente. Según la Corte Suprema de Justicia:

la competencia funcional se da cuando distintos órganos jurisdiccionales están llamados a conocer de la misma causa en estadios y fases sucesivas del mismo proceso. En este sentido suele hablarse de una competencia por grados, o bien, en las relaciones entre cognición y realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo, de una competencia funcional, respecto a la ejecución, en contraposición con una competencia respecto a la cognición del derecho.' ("Tratado de Derecho Procesal Civil", ed. Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1970, tomo II, pág. 70.)

(...)

*En virtud de la competencia funcional, por ejemplo, conoce la Corte Suprema de Justicia de los recursos de casación y revisión, del exequátur de sentencias y laudos dictados en país extranjero; los Tribunales Superiores de Distrito conocen de la segunda instancia de los procesos tramitados en primera por los jueces de circuito, etc. Dicho en otras palabras: dentro de un mismo proceso, algunos jueces son competentes para conocer de la primera instancia, otros de la segunda, y otros de algunos recursos extraordinarios.*⁶⁴

No obstante lo anterior, consideramos que este tipo de competencia también debe mirarse desde la perspectiva del litigio que cada juez, según la instancia en que se encuentre o grado en que conoce, puede conocer, así, el *ad quo* únicamente puede juzgar y pronunciarse sobre el *thema decidendum* propuesto por las partes procesales, el *ad quem* puede fallar sólo de conformidad con lo que las partes hayan alegado en la sustentación del recurso de apelación y, en caso de haber un apelante único, teniendo la prohibición de reforma en peor. Lo anterior, puesto que así se completa la definición de competencia funcional, ya que la organización del sistema judicial comprende tanto la superioridad funcional de los jueces, separándolos por grados o instancias como, los temas o materias que en cada instancia pueden conocer y juzgar, es decir, los límites impuestos por la ley a los jueces.

La nulidad originada en la falta de competencia funcional o en la falta de jurisdicción no es saneable. ¿Por qué? Porque siendo la competencia funcional la atribución de funciones diferentes a jueces de distintos grados, dentro de un mismo proceso, como se ha dicho (primera y segunda instancia, casación, revisión, etc.), el efecto de su falta conduce casi necesariamente a

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-037 de 1998.

*la violación del derecho de defensa, o a atribuir a un juez funciones extrañas a las que la ley procesal le ha señalado.*⁶⁵

Así, con base en la incompetencia funcional, también sería posible interponer los recursos procedentes para argumentar y pedir la nulidad de la sentencia en el caso que nos ocupa.

Por último, se puede argumentar la nulidad de la sentencia por la pretermisión íntegra de instancia, consagrada en el artículo 140, numeral 3 C.P.C. Esta causal consiste en la omisión de dar estricto cumplimiento a las etapas del proceso consagradas en la ley, las cuales son normas de orden público, sin las cuales es prohibido dictar sentencia. En el presente caso, se realizó todo el procedimiento, cumpliendo las debidas formalidades legales, frente al tema que las partes introdujeron al proceso, por medio de la pretensión y la excepción. No obstante, el juez dictó sentencia pronunciándose sobre un hecho nuevo, ingresándolo al proceso oficiosamente al momento de dictar sentencia, por lo que no tuvo presencia durante la totalidad de la instancia. Así, frente a esta materia, el juez, además de no cumplir ninguna formalidad procesal, violó el debido proceso, pretermitiendo íntegramente la instancia.

⁶⁵ *Ibíd.*

De acuerdo con el artículo 144 del C.P.C., la nulidad proveniente de esta causal, es insubsanable, por lo que la sentencia se podría atacar con base en ésta, por medio de los recursos que procedan, los cuales se estudiarán a continuación.

Las tres posibilidades analizadas tienen la misma consecuencia jurídica, puesto que se trata de nulidades insubsanables en la sentencia, por ende, siendo sustentable cualquiera de éstas, cada individuo puede acoger una de las tres posiciones o, incluso, sustentarlas, por medio del recurso que proceda, de manera subsidiaria; para, así, reducir el riesgo de la negación del recurso. No obstante lo anterior, consideramos que la sentencia en la que el juez declara oficiosamente una de las anomalías que opera de pleno derecho, se tipifica en la nulidad por pretermisión íntegra de instancia, ya que es claro que dicha anomalía no fue discutida ni tuvo trámite procesal alguno.

5.2.1 Recursos

Los recursos son medios impugnativos que tienen como finalidad remediar o subsanar los errores de los que pueda sufrir una resolución judicial, para que ésta sea revisada por el juez que la dictó o por su superior jerárquico. Existen dos tipos de recursos, los ordinarios y los extraordinarios, los primeros *“tienen una finalidad mediata e inmediata, que atisba especialmente a la reparación del agravio de la*

*parte*⁶⁶ y, los segundos son de interés general, donde se resuelve un asunto público y, adicionalmente, se remedia el agravio de la parte que lo interpone.⁶⁷

Por lo anterior, éste es el instrumento por medio del cual se pide la nulidad de la sentencia que oficiosamente declara una de las anomalías del negocio jurídico que opera de pleno derecho.

- **Ordinarios**

Los recursos ordinarios de impugnación del Código de Procedimiento Civil colombiano son los de reposición y de apelación. El recurso de reposición procede contra resoluciones que emite el juez de conocimiento para que sea éste mismo quien revoque, reforme o aclare dicha resolución, pidiéndole que se pronuncie de manera ajustada a derecho. Este recurso es propio de los autos que el juez emite, salvo norma en contrario y, las sentencias no son susceptibles de ser recurridas por medio de éste. De acuerdo con lo anterior, en el caso que nos ocupa, por tratarse de una sentencia, las partes deben acudir al recurso ordinario que le brinda la ley para defenderse de tal pronunciamiento, el cual es la apelación, siempre y cuando sea procedente.

- Apelación

⁶⁶ QUINTERO y PRIETO. Op. cit., p. 557.

⁶⁷ *Ibíd*, p. 550, 557.

De acuerdo con el artículo 351 del C.P.C., son apelables las sentencias de primera instancia y, por excepción, algunos autos. Gracias a la concepción democrática, éste recurso se ha convertido en un principio universalmente válido, ya que se busca que las controversias, luego de un primer juicio, sean trasladadas al examen de otro órgano superior, para ser juzgadas una segunda vez, por medio de una nueva fase procesal. Por medio de éste, se le solicita al juez competente, *ad quo*, que envíe a su superior jerárquico, *ad quem*, el expediente para que solucione lo apelado, con base en la sustentación o justificación presentada por el recurrente, esto es, la parte agraviada, quien es la legitimada e interesada para recurrir. Así, el *ad quem* es competente única y exclusivamente para pronunciarse sobre lo alegado por el o los recurrentes, no pudiendo examinar ni pronunciarse sobre aspectos diversos a los puestos a su consideración, ya que carecería de competencia para ello.

Ante la problemática planteada sobre el pronunciamiento oficioso de las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho, es posible defenderse de dicha cuestión y hacer que cese la violación al derecho de defensa, haciendo uso de este medio ordinario de impugnación, acudiendo al superior jerárquico, *ad quem*, para solicitarle que anule la sentencia violatoria del debido proceso, con base en el numeral tercero del artículo 140 C.P.C, esto es, la pretermisión íntegra de la instancia (o la que el recurrente considere que aplica, con base en el numeral

segundo del presente capítulo⁶⁸) y, adicionalmente, ordene al *ad quo* que dicte una nueva sentencia con base, única y exclusivamente, en el tema de decisión ingresado al proceso por las partes.

- **Extraordinarios**

Como se mencionó con anterioridad, estos recursos tienen como fin primordial un interés general y público, así, por ejemplo, el fin de la casación es que haya *“garantía positiva de certidumbre jurídica, que imprime una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, se cumple en el examen de las sentencias, que son las que ofrecen el caso juzgado (...)”*⁶⁹ y tiene por objeto la unificación de la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos y reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida, artículo 365 C.P.C. Por otro lado, *“el recurso de revisión es el medio para evitar que la intangibilidad de la cosa juzgada se torne injusticia palmaria, o que favorezca al fraudulento que pretende ganar pleitos con deslealtad y mentira (...)”*⁷⁰.

- Casación

⁶⁸ Ver p. 74 – 80.

⁶⁹ QUINTERO y PRIETO. Op. cit. p. 557, 558.

⁷⁰ *Ibíd*, p. 558.

El recurso de casación es excepcional, por lo que la regla general es su no procedencia, de esta manera la ley debe siempre anunciar explícitamente si dicho recurso es procedente.⁷¹ Para poderlo interponer es necesario agotar todos los recursos ordinarios que sean procedentes, puesto que la casación no es una tercera instancia y se puede interponer sólo en casos excepcionales. Éste únicamente procede contra sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores, en los casos y procesos que taxativamente señala el legislador,⁷² así, de no agotarse el recurso ordinario de apelación no procederá el de casación, ni el de revisión, ni la acción de tutela.

En el caso que nos ocupa, esto es, si un juez declara oficiosamente la inexistencia, inoponibilidad o ineficacia de un acto o negocio jurídico, este recurso es procedente, de acuerdo con la causal quinta del artículo 368 C.P.C., la cual establece que procederá la casación si se incurre en una de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140 C.P.C., siempre que no se hubiesen saneado. De acuerdo con lo anterior, se podría interponer este recurso argumentando la causal de nulidad de la sentencia con base en la pretermisión íntegra de instancia, o cualquiera de las causales de nulidad aplicables a este caso, de manera similar al recurso de apelación ya estudiado.

⁷¹ CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Los Recursos Ordinarios y Extraordinarios en el Derecho Procesal Civil. Segunda Edición. Bogotá D.C. Editorial Leyer. 2004. p. 133.

⁷² *Ibíd.*, p. 138.

Adicional a lo anterior, el recurso de casación también es procedente con base en el numeral dos del artículo 368 C.P.C., que establece como causal del presente recurso el *“no estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio”*, es decir, haberse dictado una sentencia incongruente. Como se ha estudiado a lo largo del presente escrito, la sentencia en la que el juez declara oficiosamente una de las anomalías que opera de pleno derecho, es incongruente.

De esta forma, la situación de hecho que nos ocupa se encuentra tipificada en dos causales del recurso de casación, pudiendo entonces, pedirla por cualquiera de las dos causales.

Los requisitos para interponer el recurso de casación serían los siguientes:

(...)

La viabilidad de la nulidad está supeditada al interés jurídico del recurrente. Resulta evidente, y encuentra sustento en el principio de la protección, que estriba en la necesidad de establecer la nulidad, con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue conculcado por falta de una nulidad, pues la ley no ha consagrado dicho remedio por mero capricho formulario, sino con el objeto de tutelar los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad (...) la ley de procedimiento no establece plazos de preclusión o de caducidad para argüirlas donde está de por medio la organización judicial, como sucede (...) con la (...) incompetencia funcional (...)

No es posible alegar en casación nulidades saneables (...)

La invocación de la causal indicativa del motivo alegado. (...) Constituye, pues, misión ineludible del recurrente, enunciar los postulados del desatino in procedendo que se le enrostra al fallo de segunda instancia, y demostrar dónde reside en la sentencia, sin confundirla o involucrarla con otras causales, porque sería incongruente la demanda de casación.

Citación de la norma adjetiva acusada (...) la causal quinta en casación se detiene exclusivamente en los casos taxativos del Art. 140 del C. de P.C., sin que se puedan citar normas de carácter sustantivo o material (Código Civil o de Comercio), pues el yerro no es de juicio (in judicando), sino de actividad (in procedendo).⁷³

- Revisión

El segundo recurso extraordinario, del cual se podría hacer uso para impugnar la sentencia dictada por el juez, en la que declara oficiosamente una de las anomalías del negocio jurídico que opera de pleno derecho, es el recurso de revisión. Al respecto, el Doctor Canosa Torrado dice lo siguiente:

El legislador ha querido que las decisiones judiciales, una vez en firme, tengan el atributo de ser inmutables y definitivas, lo que equivale a decir, que no pueden ser modificadas por ningún juez, y su cumplimiento puede exigirse coercitivamente por las partes beneficiadas con la decisión en firme que ha hecho tránsito a cosa juzgada (res judicata).

⁷³ CANOSA TORRADO, Fernando. Op. cit., p. 20-23.

La anterior explicación es lo que otorga a las personas la certeza de los derechos subjetivos respecto de los cuales el Estado, por medio del organismo judicial respectivo, emitió pronunciamiento definitivo, lo cual se conoce con el nombre de cosa juzgada, que no es de carácter absoluto, pues si la sentencia fue ganada por medios ilegítimos o con desmedro del derecho de defensa o de la propia cosa juzgada, para restablecer el imperio de la justicia se creó el recurso que nos ocupa, remedio eficaz para sustraer del escenario jurídico una sentencia inicua.⁷⁴

Una de las causales para la procedencia de este recurso extraordinario es que exista nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de otro recurso que hubiese sido posible ejercer previamente a éste o, que fuese posible su ejercicio pero el mismo hubiese sido negado (artículo 380 numeral 8 C.P.C.). Así, este recurso sería procedente si se interpuso el recurso de apelación, en caso de proceder y, que no proceda el recurso extraordinario de casación o, habiéndose interpuesto, que el mismo haya sido negado. A lo anterior, el Doctor Canosa Torrado agrega que:

Al respecto dice García Sarmiento que, 'si la sentencia tiene recursos como el de apelación o casación, habrá que alegar la nulidad originada en sentencia mediante estos recursos. Si no procede recurso de apelación o casación, y la sentencia es ejecutable o produce una actuación posterior, ha de alegarse en la ejecución o en el trámite posterior como incidente, o como excepción en el

⁷⁴ *Ibíd*, p. 23, 24.

*ejecutivo; en último caso con recurso de revisión, y este no procediere como incidente*⁷⁵.

La sustentación de este recurso deberá consistir, como se ha visto con los anteriores recursos, en la nulidad de la sentencia proferida por el juez, con base en la pretermisión de instancia, la incompetencia funcional o material, teniendo la parte interesada dos años, contados desde la ejecutoria de la sentencia, para interponerlo.

5.3 TUTELA

Si el juez, de oficio, sin abrir un espacio procesal para que las partes defiendan sus intereses, decide en la sentencia que el contrato o negocio jurídico era ineficaz, inexistente o inoponible, es posible, como último recurso, que la parte afectada acuda a la acción de tutela puesto que se le está viendo vulnerado el derecho de defensa. Este recurso procede siempre y cuando los recursos estudiados en el acápite anterior se hayan interpuesto, siendo negada su procedencia y, por ende, cerrando todos los medios impugnatorios para la protección de los derechos vulnerados.

Como ya se vio en el desarrollo del presente trabajo, el derecho de defensa está ligado al debido proceso el cual es un derecho fundamental de las personas (Art.

⁷⁵ *Ibíd*, p. 34.

29 C.N.) y, al éste verse afectado por una decisión judicial incongruente por exceder el *thema decidendum*, es menester contar con un mecanismo que le reste los efectos a dicha decisión para que se protejan los derechos fundamentales de las personas afectadas. En este evento, es posible que ambas partes se vean perjudicadas por la decisión del juez, ya que ambas pudieron haber tenido interés en la existencia, validez y los efectos del contrato o negocio.

*“Por su conducto toda persona puede pedir al juez constitucional que borre del universo jurídico un acto de autoridad que considere violatorio de sus derechos fundamentales (...)”.*⁷⁶ Sin embargo, se ha discutido en la doctrina sobre la posibilidad de interponer una acción de tutela en contra de decisiones jurisdiccionales, esto es, contra autos o sentencias. Los Doctores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto se refieren a esta problemática de la siguiente manera:

Hay una primera idea y es la que corresponde al aspecto lexicográfico según el cual los actos de autoridad concebidos genéricamente no excluyen los actos del juez. El asunto ha sido especialmente problemático. Un primer entendimiento rechaza la incursión de la tutela en el proceso jurisdiccional. El juez en su proceso vigilaría la vigencia del principio constitucional. Esta es una postura heurística. Allá deberá llegarse en lo posible cuando las leyes y los jueces alcancen un grado importante de equilibrio de justicia. Sin embargo, y ante la cruda realidad de injusticias, se reserva en las concepciones y se expresa que procede la tutela cuando la voluntad del juez se plasma de manera tan grosera que hace imposible pensar siquiera en la existencia de un

⁷⁶ QUINTERO y PRIETO, Op. cit., p. 90.

acto jurisdiccional. De esta manera, las acciones de tutela en contra de 'actos jurisdiccionales' proliferan.⁷⁷

Conforme a lo anterior, es posible atacar una decisión judicial; en el caso que nos ocupa una sentencia incongruente y violatoria del debido proceso y, más específicamente del derecho de defensa, por medio de una acción de tutela. Esto es posible, siempre y cuando no se tengan otros mecanismos para proteger esos derechos.

Frente al mecanismo de tutela existe discusión doctrinaria sobre la naturaleza misma de dicho mecanismo, entre otras posturas se sostiene que éste es un procedimiento jurisdiccional, en el cual se halla una pretensión de tutela y una contestación que constituyen el objeto de decisión del proceso y, por otro lado se considera que, por el contrario, se trata de un mecanismo que controla, constata y/o remueve actos que obstaculizan arbitrariamente un derecho fundamental, pero que no decide conflictos intersubjetivos de intereses por una pretensión resistida, siendo meramente una actividad de naturaleza administrativa, por lo cual se considera un procedimiento, más no un proceso jurisdiccional, pues en su seno no lleva, como relación sustancial subyacente un litigio.⁷⁸ Consideramos que la segunda posición doctrinaria es la postura acertada, toda vez que la tutela es un mecanismo que define la manera como controlar y/o remover los actos que

⁷⁷ Ibíd, p. 102.

⁷⁸ Ibíd, p. 424, 425.

obstaculizan, violan o atentan contra un derecho fundamental, no siendo aplicables a dicho procedimiento principios del debido proceso tales como la bilateralidad de la audiencia.

Teniendo presente dicha discusión, se le debe pedir al juez de tutela que remueva del ordenamiento jurídico, la sentencia emitida por el juez de conocimiento y, ordene que se dicte una sentencia con base únicamente en las pretensiones y excepciones introducidas por las partes, esto es, de acuerdo con el *thema decidendum*.

Luego de cumplir lo ordenado por el juez de tutela, el juez competente fallará por medio de una nueva sentencia. Con lo anterior se les garantiza a las partes afectas un debido proceso, ya que lo decido por el juez en la nueva sentencia fue debidamente debatido y sometido a la legalidad de las formas. Esto debe hacerse así, debido a que el juez de tutela no es competente para definir asuntos sustanciales, él puede, única y exclusivamente, ordenar que cese de inmediato la violación y se les respete a los recurrentes sus derechos fundamentales siendo, en este caso, la emisión de una sentencia congruente. Beatriz Quintero y Eugenio Prieto respaldan lo anterior de la siguiente manera:

Hay aspectos especialmente complejos en este conocimiento en tutela en torno a los actos jurisdiccionales. Por ejemplo, el que corresponde a la ausencia de contradicción efectiva que revista el procedimiento de tutela. De este modo, el juez de tutela, resulta condenando a la contraparte de quien propone la tutela, sin oírlo. Por eso se pide que la violación tenga que ser

imputada de manera directa e inmediata como referida al acto del juez, y que la decisión del juez de tutela no pueda jamás significar una decisión del conflicto intersubjetivo que se constituye como litigio subyacente del proceso en donde se dice violado este derecho fundamental, porque ese fenómeno del solapamiento que desde todo punto de vista encuentra rechazo. El juez de tutela tan solo puede remover el obstáculo al derecho fundamental: poner las condiciones para que el derecho a la tutela efectiva se ejerza, pero jamás puede tomar decisiones sustanciales, es decir, referidas a una definición del aspecto material conflictivo como relación interpersonal diversa del derecho fundamental.⁷⁹

⁷⁹ Ibíd, p. 102, 103.

6. CONCLUSIONES

Con el análisis de las categorías jurídicas estudiadas, queda claro el alcance de la disposición sustancial que establece la operancia de pleno derecho de la inexistencia, ineficacia y la inoponibilidad. Dicha disposición no puede regular la forma como funciona y está legislado el Derecho Procesal en Colombia, por lo que esta disposición lo único que hace es aclarar, para que no quede duda alguna, que el juez en ningún momento es quien hace surgir dichas anomalías, simplemente está facultado para reconocer si las mismas operaron o no, pues éstas operan con el simple cumplimiento de los requisitos legales establecidos para las mismas. El derecho sustancial, al establecer que dichas instituciones operan de pleno derecho, no está afectando el derecho de acción y el debido proceso, los cuales tienen rango constitucional.

Igualmente, se estableció la forma cómo deben ser tratadas estas anomalías del negocio jurídico, tanto por el juez como por las partes interesadas, para que se respeten los principios constitucionales y procesales y, en caso de ser vulnerados, quedó clara la forma como las partes se pueden defender frente a dicha vulneración, las acciones que se pueden ejercer y los amparos que brinda la ley para hacerlo.

Adicional a lo anterior, se logró establecer la forma como las partes se pueden defender frente al problema que se ha presentado en la práctica judicial actual,

consistente en la declaratoria de oficio de la operancia de una de las anomalías del negocio jurídico que operan de pleno derecho, esto es la inexistencia, ineficacia e inoponibilidad, sin haber sido introducido esto como tema de decisión por las partes al proceso. Las partes afectadas por dicha decisión podrán impugnar la sentencia del juez, puesto que éste se extralimitó en sus funciones, por lo que ésta actuación del juez estaría viciada de nulidad absoluta. Con base en lo anterior, las partes o la parte afectada, puede interponer los recursos ordinarios o extraordinarios o, incluso interponer una acción de tutela, para la protección del derecho fundamental del debido proceso, materializándose dicha protección, con la anulación de la sentencia dictada por el juez de conocimiento y, ordenándole a dictar o emitir una nueva sentencia, respetuosa del debido proceso, del derecho de defensa, siendo congruente con el *thema decidendum* introducido por las partes al proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I. Cuarta Edición Actualizada y Aumentada. Santiago, Chile: Editorial Temis S.A. 2001.

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Debido Proceso: Norte del Derecho Procesal. Disponible en: <<http://www.uv.es/~ripj/10agu.htm>>. 2002.

BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Volumen I, Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 1996.

CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. El Registro Mercantil en Colombia. Edición Primera. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. 2005.

CALVINHO, Gustavo. Calificación Legal de la Pretensión y el Límite de la Congruencia - La Pretensión Procesal y la Regla de la Congruencia en el Sistema Dispositivo, suplemento de derecho procesal del Diario Jurídico El Dial. Buenos Aires, Argentina: Editorial Albremática. 25 de Octubre de 2004.

CAMACHO, Azula. Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso, Octava Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2002.

CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Procesal Civil. Quinta Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005.

CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Los Recursos Ordinarios y Extraordinarios en el Derecho Procesal Civil. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Cómo se Hace un Proceso, 2ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Volumen I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principios del Derecho Procesal Civil. Tomo II. Trad. por José Casais y Santaló. Madrid, España: Instituto Editorial Reus. 1925.

CIURANA, Baldomero Andrés. La Invalidez de las Actuaciones en el Proceso Civil. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2005.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, 6ª Edición. Bogotá: Editorial ABC. 1978.

DÍAZ DAZA, Víctor Julio. Nuevo Curso de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Barranquilla: Ediciones Uninorte. 2002.

FERNÁNDEZ OSPINA, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2005.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Lecciones de Derecho Comercial, 3ª Edición. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 1989.

GIL, Jorge Hernán. Teoría General de la Ineficacia, Bogotá D.C.: Ed. Kimpres Ltda., 2007.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El Debido Proceso, Derecho Procesal Constitucional. 1ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores. 2004.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá: Editorial Temis. 2002.

VALLEJO CABRERA, Fabián. Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Cuarta Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2006.

VELÁSQUEZ G., Juan Guillermo. La Nulidad de la Sentencia y Otros Temas Procesales. Primera Edición. Medellín: Señal Editora. 2006.

VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. 2ª Edición Actualizada, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. 1999.