

Post Script: sobre la vigencia de la perención, a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2009

Nattan Nisimblat¹
2010

Palabras clave: Perención, descongestión judicial, vigencia de la ley, sanción procesal, derecho procesal civil, procesos ejecutivos.

A propósito de la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2009, “por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, es necesario aclarar algunos temas en torno a la perención introducida en el artículo 23 de la Ley 1285 de 2009, que reformó la Ley 270 de 1996.

Primero. Derogatoria del artículo 209 A de la Ley 270 de 1996:

El artículo 23 de la Ley 1285 de 2009 estableció:

“Mientras se expiden las reformas procesales tendientes a la agilización y descongestión en los diferentes procesos judiciales, adóptense las siguientes disposiciones:

a) Perención en procesos ejecutivos: En los procesos ejecutivos, si el expediente permanece en la secretaría durante nueve (9) meses o más por falta de impulso cuando este corresponda al demandante o por estar pendiente la notificación del mandamiento de pago a uno o varios ejecutados de un auto cuando la misma corresponda adelantarla al ejecutante, el juez de oficio, o a solicitud del ejecutado, ordenará la perención con la consiguiente devolución de la demanda y de sus anexos y, si fuera del caso, la cancelación de las medidas cautelares evento en el cual condenará en costas y perjuicios al ejecutante. El auto que ordene devolver la demanda es apelable en el efecto suspensivo, y el que lo deniegue, en el devolutivo.”

Por su parte, el artículo 122 de la ley 1395 de 2010 estableció que “esta ley rige a partir de su promulgación”, lo cual ocurrió el 12 de julio de 2010, fecha en que fue sancionada por el Presidente de la República y publicada en el Diario Oficial No. 47768 del 12 de julio de 2010.

Lo anterior determina que a partir del 12 de julio de 2010, por mandato expreso del artículo 23 de la Ley 1285 de 2009, quedó ipso facto derogado el artículo 209 A de la Ley 270 de 1996.

¹ Abogado de la Universidad de Los Andes; Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Probatorio; Programa de Negociación para Altos Ejecutivos Harvard, Mit, Tufts Estados Unidos; Conciliador en Derecho adscrito a la Cámara de Comercio de Bogotá a prevención; Maestría en Derecho Universidad de Los Andes; Diplomado en Investigación Científica Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca; Regenta las cátedras de Procedimiento Constitucional (acciones constitucionales), Teoría General del Proceso, Procedimiento Civil Especial, Alternativas de Resolución de Conflictos, Contratos Electrónicos, Conciliación Civil y Comercial, Procesos Especiales, Medios de Prueba en Particular, Teoría y Técnicas de Negociación y Responsabilidad Médica en las universidades Católica, Autónoma, San Martín, Rosario y Santo Tomás, en programas de pregrado, posgrado y diplomados. Docente investigador del Grupo Derecho Procesal Constitucional, Par Académico del Ministerio de Educación Nacional, miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Consultor del Instituto Colombiano de Derecho Comercial y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Segundo. Procesos en que se hubiere decretado la perención.

En los procesos ejecutivos en que se hubiere decretado la perención, deberán observarse las siguientes reglas:

- A. Si se decretó antes del 1° de julio de 2010, el auto fue notificado y adquirió ejecutoria antes de la citada fecha, deberá mantenerse la decisión.
- B. Si se decretó antes del 1° de julio de 2010, pero el auto fue notificado después de la mencionada fecha, deberá proferirse de oficio nuevo auto revocando el que la decretó.
- C. Si se decretó antes del 1° de julio de 2010, el auto fue notificado antes de la entrada en vigencia de la Ley de descongestión, pero fue objeto de recursos y éstos aún no han sido resueltos con posterioridad al 12 de julio de 2010, la perención debe ser revocada.
- D. Si se cumplieron los presupuestos establecidos en el artículo 209 A de la Ley 270 de 1996, exista o no solicitud de parte, la perención no puede ser decretada.
- E. Si se cumplieron los presupuestos establecidos en el artículo 209 A de la Ley 270 de 1996, mediando o no solicitud de parte, y la perención fue decretada, debe proferirse un nuevo auto que declare el anterior implícitamente rescindido y disponer la continuación del trámite procesal.

Las anteriores reglas tienen sustento en los principios de legalidad y favorabilidad que informan el sistema sancionatorio en el derecho procesal general y en el civil especial.

a. Vigencia de la ley procesal en el tiempo

Conforme a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 “las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que empiezan a regir” y tal como se dijo antes la ley 1395 de 2010 entró en vigencia el 12 de julio de 2010

De acuerdo lo regulado en el inciso 2 del artículo 52 de la ley 4 de 1913, el acto de promulgación “consiste en insertar la ley en un diario oficial”, de allí que la promulgación se entiende consumada a la media noche del día de su inserción en el diario oficial, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de diciembre de 2002, posición que reiteró en auto del 5 de agosto de 1993, en el que afirmó:

“No existe ningún derecho para los asociados a que la integridad de un proceso se tramite conforme a la legislación existente al momento de su iniciación, pues si en el curso del mismo varía la legislación procesal, las actuaciones nuevas se rigen por la ley nueva que por referirse al ejercicio de la función soberana del estado para administrar justicia es de orden público y, en consecuencia es de aplicación inmediata, de interpretación estricta y de obligatorio cumplimiento...los particulares no pueden, de ninguna manera aducir la subsistencia de la ley antigua

para promulgar sus efectos luego de su derogación como quiera que en esta materia no existen derechos adquiridos, o por lo menos, los antiguos intereses pierden la tutela o protección legal, y, por lo tanto al dejar de ser jurídicamente protegidos, no pueden ser objeto de alegación judicial”

Conforme a lo anterior las normas procesales tienen aplicación inmediata aún respecto en procesos pendientes.

b. El principio de Favorabilidad como modulador de la actividad sancionatoria procesal

El derecho sancionatorio procesal se rige, al igual que el sancionatorio sustancial, por las reglas generales de derecho punitivo que rigen en todo proceso judicial.

Por derecho sancionatorio o punitivo se entiende aquel conjunto de reglas que facultan al juez para imponer una sanción al litigante que ha incumplido con sus cargas procesales o que ha actuado con dolo o temeridad en un proceso determinado, siendo ejemplo de tales reglas las que imponen multas al declarante contumaz o renuente; la imposición de sanciones al litigante temerario; la expulsión de audiencias o diligencias a la parte irrespetuosa; la prohibición de ser oído ante el incumplimiento de ciertos deberes económicos; la imposición de arresto por el incumplimiento a las órdenes del juez y; en general toda sanción de orden procesal que sea el resultado de la actividad litigiosa.

Dentro de este rango de previsiones se encuentra, sin lugar a dudas la perención, pues supone la pérdida del derecho a litigar, es decir, la pérdida, temporal o definitiva del derecho de acción y la consecuente extinción del derecho sustancial reclamado.

En los casos anteriores, la ley procesal de efectos sustanciales, permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, salvo que se trate de la aplicación de sanciones que provengan de sentencias dictadas por organismos internacionales con jurisdicción.

c. El principio de Legalidad

La sanción debe estar señalada expresamente en el ordenamiento jurídico. El juez, aunque facultado para ejercer su poder de instrucción, de ordenación y de disciplina, tan solo puede aplicar la sanción que prevé la ley procesal o sustancial, estando siempre limitado a su interpretación positiva, nunca analógica o extensiva.

Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia desde 1963, al determinar que “*en materia de sanciones... el criterio y la norma sobre el particular, según lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, son de carácter restrictivo y por eso el principio de analogía jamás tiene incidencia en esas materias. Quiere lo anterior decir que el juzgador debe ceñirse estrictamente, cuando aplica una sanción, al texto de la norma que la impone, sin poder deducir nunca consecuencias que la hagan más severa, porque de no proceder así, el juzgador*

impondría o agravaría una sanción, que no quiso imponer ni agravar el legislador”. (CSJ, Cas. Civil, sent. jun. 28/63. M.P. Enrique López de la Pava).

d. Interpretación positiva del principio de legalidad y aplicación del principio de favorabilidad por analogía extensiva del derecho sancionatorio penal

Dispone el segundo inciso del artículo 29 de la Constitución:

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

El artículo 6° de la Ley 599 de 2000 establece que “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados”.

e. Ejecutoria de las providencias judiciales

Conforme a lo dispuesto en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva.

Por su parte, dispone el artículo 120 ibidem que todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda y establece que cuando se pida reposición del auto que concede un término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, éste comenzará a correr desde el día siguiente a la notificación del auto que resuelva el recurso, aclarando que mientras el expediente esté al despacho no correrán los términos, los cuales se reanudarán el día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiera, o a partir del tercer día siguiente al de su fecha, si fuere de cumplase.

Mediante sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión "*quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente*", contenida en el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal "*siempre y cuando se entienda que los efectos jurídicos se surten a partir de la notificación de las providencias*".

En consecuencia, una decisión que no haya sido notificada dentro de vigencia de la norma que sustenta la perención o que habiendo sido notificada pero recurrida en reposición o en apelación en el efecto suspensivo no surte efectos jurídicos y por lo tanto debe, en el primer caso, procederse a la revocatoria de oficio, en el segundo, a petición de parte por la vía de la resolución del recurso.

f. Doctrina de la rescisión de los autos ilegales (antiprocesalismo)

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que un juez puede corregir sus yerros y por ende puede separarse de los autos que considere ilegales profiriendo la resolución que se ajuste a derecho (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 28 de 1979 MP. Alberto Ospina Botero.)

Esta doctrina, denominada “antiprocesal”, supone la corrección de yerros protuberantes dentro de la actuación procesal, cuando la construcción procesal no admite continuar sin la enmienda del trámite, pero sin acudir a las reglas de declaratoria de nulidad, pues tales reglas están sometidas al principio de taxatividad y de integralidad, en la medida en que la nulidad declarada afecta a una parte del proceso o a todo el trámite, mientras que la declaratoria de ilegalidad de un auto, tan solo afecta la providencia rescindida, es decir, que mientras la declaratoria de nulidad comprende una serie de actos procesales surtidos dentro de una etapa, o bien todos los actos adelantados en el proceso (expresión “en todo o en parte” del art. 140 del CPC), la declaratoria de ilegalidad de un auto por vía de su rescisión, tan sólo afecta la decisión corregida, sin que ello incida en los demás actos que hicieron parte de la respectiva actuación.

Tercero. Aplicación del Desistimiento Tácito en los procesos ejecutivos.

En un comentario anterior a las leyes 1194 de 2008 y 1285 de 2009 afirmé lo siguiente:

“Regla de conflicto. Resulta apenas evidente que mientras la ley 1194 de 2008 (9 de mayo) sepult(ó) definitivamente la institución de la perención, con las implicaciones ya anotadas, la ley Estatutaria de la Administración de Justicia la revive casi al mismo tiempo con matices disímiles y encontrados.

Es también evidente, que por la fecha de los proyectos de ley, aunado a la naturaleza jurídica de los cuerpos normativos que contienen ambas disposiciones, se evidencia un doble esfuerzo por parte del Congreso de la República por revivir la institución de la perención, con el infortunado agravante de expedir a un mismo tiempo dos leyes, cada una de distinta categoría jurídica, que regulan un mismo tema, como lo es la consecuencia procesal de la inactividad en procesos ejecutivos.

En tal virtud, según las reglas generales de interpretación dadas por la propia Constitución, la Ley 57 de 1887 y la Ley 153 de 1887: i. Se preferirá la ley especial sobre la general. ii. Se preferirá la ley posterior a la anterior. iii. Se preferirá la ley Estatutaria por sobre la Ordinaria.

Entonces, conforme a la primera regla, tenemos que la ley 1194 de 2008 no reguló expresamente el proceso ejecutivo, como sí lo hizo la reforma a la ley estatutaria, caso en el cual estaríamos frente a ley especial frente a una general que, aunque complementa un estatuto especial como lo es el Código de Procedimiento Civil, contempla varias situaciones reguladas por dicho estatuto.

Conforme a la segunda, encontramos que aunque es evidente que el trámite de la ley 1194 de 2008 se dio después de la reforma a la ley estatutaria, no así su expedición, pues como hemos dicho, la propia Constitución impone restricciones de carácter procedimental para la expedición de este tipo de leyes, como lo son las mayorías, los lapsos para las discusiones y la revisión oficiosa por parte de la Corte Constitucional.

Conforme a la tercera regla, dos son los aspectos que inclinan la discusión en pro de la Ley Estatutaria, como son: i. la circunstancia de ser una lex superior en la medida en que hace parte del bloque de constitucionalidad, de lo cual se deriva el segundo aspecto en virtud del cual, ii. La declaratoria expresa de constitucionalidad que mediante sentencia C-713 de 2008 realizó la Corte Constitucional.”

Bajo estas premisas afirmé que la institución de la perención, por ser ley especial, posterior y superior, debía aplicarse de preferencia en los procesos ejecutivos, situación que en efecto avaló la jurisprudencia nacional, descartando la aplicación del desistimiento tácito en los procesos ejecutivos, para aplicar la perención.

Ahora, con la derogatoria del artículo 209 A de la Ley 1285 de 2009, debe entenderse que en los procesos ejecutivos es procedente acudir, para efectos de asignación de consecuencias a la inactividad de las partes, a la institución del desistimiento tácito contemplada en la Ley 1194 de 2008 (Art. 346 del CPC), pues es claro que dicha disposición no estuvo condicionada en su vigencia a la expedición posterior de la Ley de Descongestión Judicial.

Así las cosas, recogemos nuevamente las afirmaciones iniciales postuladas frente a la ley 1194 de 2008, esto es, que se sustituye nuevamente la sanción procesal de la perención, por el “desistimiento tácito”.

MORALES², explica en su curso de derecho procesal que ambas instituciones, aunque comparten un elemento de resultado que es la terminación del proceso o de la actuación, no tienen el mismo significado. Perecer, según el diccionario de la lengua española, significa fenecer, fallecer, caducar, extinguir, expirar, morir. Desistir significa renunciar, dimitir, cesar, abandonar, dejar, eludir, retroceder, rendirse o resignarse.

A diferencia de la perención, el desistimiento se predica de la acción, del procedimiento y de los recursos; la perención, por lo tanto, sólo tiene analogía con el segundo de tales efectos, a menos que se comprobare la reincidencia, caso en el cual se pierde el derecho sustancial reclamado.

En el Derecho romano sólo el desistimiento de la acción constituía una real y verdadera renuncia del derecho litigioso: *Destitisse is videtur, non qui distulit sed qui liti renunciavit in totum*, afirman las leyes del Digesto romano.

Cuarta. ¿En espera de...?

² MORALES Molina, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Undécima Edición, Ed. ABC, Bogotá, 1991.

No puedo terminar sin realizar la siguiente reflexión:

El instituto de la perención contemplado en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 794 de 2003. Dicha derogatoria rigió hasta 2008 con la expedición de la Ley 1194, que la sustituyó por el Desistimiento Tácito. Este, a su vez, rigió hasta 2009, con la introducción de la perención en los procesos ejecutivos en el artículo 209 A de la Ley 270 de 1996 por parte del artículo 23 de la Ley 1285 de 2009, la cual se condicionó en su vigencia a la expedición de la ley de descongestión, la cual fue expedida el 12 de julio de 2010.

En suma, en 2003 desapareció la Perención; en 2008 apareció el Desistimiento Tácito; en 2009 revivió la Perención, pero tan sólo para los procesos ejecutivos; en 2010 desapareció nuevamente la Perención y revivió el Desistimiento Tácito para todos los procesos; y ahora, entonces, para los próximos años ¿qué podemos esperar?

Bogotá, agosto de 2010