



Tribunal Administrativo de Boyacá
Despacho No. 5
Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, **16 JUL 2018**

Medio de Control: Ejecutivo
Ejecutante: **José Nevardo Murcia Porras**
Ejecutado: Nación - Ministerio de Educación- FNPSM
Radicación: 15001 3333 002 **2013 00140-01**

Sería del caso, fijar fecha y hora para realizar audiencia de alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 327 del C.G.P., no obstante, se advierten irregularidades en el procedimiento que ameritan ser saneadas, como a continuación se pasa a explicar.

I. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda (fol. 3-10)

El señor José Nevardo Murcia Porras por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la finalidad de obtener mandamiento de pago por las siguientes sumas de dinero:

- **\$12.458.927** por concepto de capital adeudado
- Intereses moratorios de la anterior cantidad

Como fundamentos fácticos señaló que:

- * En sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Tunja se condenó al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a liquidar la pensión de jubilación

incluyendo el sobresueldo mensual del 20%, las primas de vacaciones y navidad.

- * Que a través de la Resolución No. 0170 del 19 de febrero de 2013, se ordenó el pago de \$64.640.375, suma sobre la cual manifestó que no se trataba de un cumplimiento total, toda vez que no fueron liquidados de manera correcta las diferencias de las mesadas, la indexación y los intereses moratorios.*
- * Que según la liquidación realizada por la parte ejecutante el total adeudado ascendía a la suma de \$77.099.302, razón por la cual hacía falta por cancelar \$12.458.927*
- * Que la demanda ejecutiva fue presentada diez meses después de la ejecutoria de la sentencia, y que esta última contenía una obligación clara, expresa y exigible.*

1.2. Trámite surtido en primera instancia

En principio el proceso fue repartido al Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que en providencia del 04 de septiembre de 2013 (fol. 30), ordenó remitir por competencia al Juzgado Segundo Administrativo de la misma ciudad.

Este último Juzgado en providencia del 20 de junio de 2014 (fol. 37-41), libró mandamiento de pago en contra de la Nación- Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la suma de \$7.394.505,81, por concepto de capital e intereses moratorios.

La entidad ejecutada en su escrito de contestación formuló excepciones así (fol. 53-54):

- ✓ No derivar las sumas reclamadas en la demanda de la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2011 ni de la Resolución 0170 del 19 de febrero de 2013 que se presentan para conformar el título ejecutivo.*
- ✓ Indebida conformación del título ejecutivo y ausencia de los requisitos de claridad, expresividad y exigibilidad.*
- ✓ No ser la acción ejecutiva la acción propia para discutir los valores liquidados y pagados en la Resolución 0170 del 19 de febrero de 2013.*
- ✓ Imposibilidad de acumular la pretensión de indexación de sumas de dinero con la de intereses moratorios sobre la misma suma indexada.*

El 16 de noviembre de 2017, fue celebrada la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del CGP, en donde la Jueza manifestó que a pesar que las excepciones propuestas no eran las que refería el artículo 442 del CGP, “en aras de garantizar el derecho de contradicción y defensa de la entidad accionada, el despacho se pronunciará respecto de estas excepciones, al momento de proferir el fallo respectivo” (fol. 84), razón por la cual fijó el litigio, declaró agotada la etapa de conciliación, incorporó pruebas y fijó fecha para audiencia de instrucción y juzgamiento.

1.3. Providencia apelada (fol. 105-117)

En audiencia de instrucción y juzgamiento realizada el 22 de marzo de 2018, se profirió sentencia en la que se declaró improcedentes las excepciones planteadas por la entidad ejecutada, declaró probada de oficio la excepción de pago total de la obligación y condenó en costas a la parte ejecutante, con fundamento en lo siguiente:

Luego de hacer un recuento de los antecedentes y escuchado los alegatos finales de la parte ejecutante hizo mención al título ejecutivo allegado e indicó que el mismo cumplía con los requisitos de forma¹ y de fondo² referidos en el artículo 422 del CGP.

Refirió a la orden contenida en el auto que libró mandamiento de pago y planteó como problema jurídico si era procedente seguir adelante con la ejecución como se dispuso en el mandamiento de pago “o en los términos que la juez decida” (fol. 108).

Manifestó que las excepciones de mérito planteadas por la parte ejecutada serían negadas al no corresponder con las enlistadas en el numeral 2º del artículo 442 del C.G.P., y para ello citó un pronunciamiento del Consejo de Estado³, y que las propuestas por la entidad referían más a excepciones de previas que debieron proponerse mediante recurso de reposición contra el auto que libró mandamiento de pago.

Indicó que en aplicación al numeral 4º del artículo 443 del C.G.P., se debía seguir adelante con la ejecución “en la que se verificará la obligación contenida en el título ejecutivo”. (fol. 109 Vto.)

¹ Copia auténtica con constancia de ejecutoria, artículo 114 del CGP.

² La sentencia contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

³ Providencia del 16 de febrero de 2016 dentro del proceso ejecutivo No. 11001-03-15-000-2016-00153-00 (AC), M.P. Dr. William Hernández Gómez.

Señaló que a pesar que el Juzgado en un primer momento había analizado la obligación contenida en el título ejecutivo, a la luz de la doctrina⁴ era procedente reconsiderar la orden contenida en el mandamiento de pago y sostuvo:

“... se observa que en el presente caso la obligación por la cual la parte actora ejecuta a la entidad accionada corresponde a una obligación de dar consistente en pagar una suma de dinero; respecto de la cual el Despacho en el auto que libró mandamiento de pago consideró que la ejecutada había hecho un pago parcial con ocasión a la Resolución No. 0170 del 19 de febrero de 2013 mediante la cual se dio cumplimiento a la sentencia base de ejecución; no obstante, realizada de manera completa la liquidación de la obligación, se encuentra que la entidad accionada, no sólo canceló la totalidad de la obligación sino que además pagó un mayor valor adeudado, por la suma de \$5.902.3409...” (fol. 109 Vto.)

En consecuencia, declaró probada de oficio la excepción de pago total de la obligación.

Por último, estableció que de conformidad al artículo 365 del CGP, era procedente condenar en costas a la parte ejecutante en favor de la entidad al considerar que sin razón alguna se había adelantado un proceso ejecutivo por la obligación contenida en la sentencia del 22 de septiembre de 2011 cuando ya se había cancelado en su totalidad por la ejecutada.

1.4. El recurso de apelación (fol. 117 CD, min. 42:58)

Inconforme con la decisión adoptada, la parte ejecutante presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

- Que según la liquidación por ellos realizada, existe un cumplimiento parcial, por cuando la obligación contenida en la sentencia ascendía a la suma de \$77.099.302, que la entidad ejecutada pagó 64.640.375, el cual se recibió en los términos del artículo 1653 del C.C., esto es, se imputó primero a intereses y luego a capital; de tal forma que faltó por cancelar \$12.458.927, por tanto la entidad ejecutada hizo una liquidación incorrecta y existe saldo a favor del ejecutante, por la suma faltante.
- Que para condenar en costas es necesario que se analice si la parte que no fue vencida en el proceso tuvo que incurrir en gastos.

⁴ Citó a Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando (2016) *La Acción Ejecutiva ante la Jurisdicción Administrativa*. Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Quinta Edición, pág. 613.

Recurso que presentó posteriormente por escrito, pero en el cual se advierten razones distintas a las expuestas en la audiencia (fol. 118-122)

II. CONSIDERACIONES

2.1 Cuestión previa

2.1.1 Normatividad aplicable al caso.

La Ley 1437 de 2011, no contempla un procedimiento especial para efectos del trámite del proceso ejecutivo, por eso en virtud del artículo 308 ídem, para los aspectos no regulados, debe acudirse al Código de Procedimiento Civil.

*Ahora, como el 1 de enero de 2014⁵, entró en vigencia el Código General del Proceso, las normas aplicables al presente asunto, son las de este ordenamiento procesal; comoquiera que la demanda ejecutiva, fue presentada el **21 de agosto de 2013 (fol. 10 Vto.)**, deben aplicarse para su trámite las normas del Código General del Proceso.*

2.2. Sobre la imposibilidad del Juez para declarar de oficio una excepción dentro de los procesos ejecutivos.

Sobre este tema la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

En un principio, esto es, en sentencia del 12 de agosto de 2004 con ponencia del Doctor Ramiro Saavedra Becerra, dentro del proceso con radicado No. 200123310001999072701 (Exp. 21177), demandante: Luis Fernando Guerra Bonilla contra Instituto de Seguros Sociales, sostuvo que por regla general el juez tiene la facultad oficiosa de declarar excepciones y que la excepción a esta regla quedó sometida a reserva legal, así lo expuso:

“a. Si bien es cierto que algunas de las excepciones propuestas dentro de un proceso ejecutivo se dirigen a atacar el derecho u obligación ejecutada, también es cierto que el objeto fundamental del proceso ejecutivo radica en el cumplimiento forzado de una obligación, y no en la declaración o constitución de dicha obligación; sin embargo, las excepciones que se

⁵ El numeral 6° del artículo 627 del Código General del Proceso, establece que, los demás artículos (entre los que se cuentan los relacionados con el proceso ejecutivo), entrarán en vigencia a partir del 1° de enero de 2014.

pueden presentar en el proceso de ejecución, se pueden referir tanto al derecho ejecutado, como a la solicitud de ejecución en sí.

(...)

b. No existe en el ordenamiento procesal actual, ni en el Código Judicial que se esgrimió como fundamento legal para prohibir la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo, norma que impida la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo.

(...)

Se observa que el enunciado es expreso respecto del poder oficioso del Juez para la declaratoria oficiosa de excepciones, enunciación que también es expresa respecto de los casos en que la Ley exija que las excepciones tengan que ser alegadas, para ser declaradas. De este modo, se observa que frente al caso de la procedencia de la declaratoria de excepciones por parte del Juez, siempre y cuando hayan sido alegadas, el ordenamiento procesal indica que:

- El poder oficioso del Juez para el reconocimiento y declaratoria de excepciones, es la regla general para todo tipo de proceso, ya que es un enunciado expreso de los artículos 305, 306 del C.P.C. y 164 C.C.A.*
- La excepción a este poder oficioso es previsto por la propia norma general, sometiendo su ocurrencia a reserva legal.*

*Los razonamientos expuestos permiten concluir que la excepción al poder oficioso para el reconocimiento de hechos exceptivos, **debe ser establecida y limitada expresamente por el legislador, pues la excepción a dicha regla quedó sometida a reserva legal. Por lo anterior, la excepción a la regla general no puede provenir de una interpretación restrictiva y equivocada, sobre el alcance de los poderes oficiosos del Juez.***

*En consecuencia, si del debate del proceso ejecutivo, se llega a la demostración de un hecho que afecte el derecho que se pretende, o que indique la falta de los requisitos de existencia y validez del título de recaudo ejecutivo, la declaratoria de dicha situación no atenta contra el principio de congruencia exigido en las providencias judiciales, **porque el fundamento de la declaratoria oficiosa, es el resultado de los hechos demostrados en el debate procesal, situación que le da al Juez la certeza necesaria para proferir un fallo que obedezca a la realidad probatoria**” (Resaltado fuera de texto)*

Posteriormente, en sentencia proferida por la **Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa**, providencial del 15 de octubre de 2015, radicación número: 250002-32-26-000-2004-00946-02(47764), se señaló:

“La oportunidad para excepcionar en un proceso ejecutivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 509 del C. P. C., es dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, de donde se deduce, contrario sensu, que vencido este término el ejecutado no puede proponer excepciones.

En los procesos ejecutivos, por regla general y a diferencia de lo que ocurre en los procesos de conocimiento, el juez de oficio no puede declarar probadas las excepciones de fondo.

En efecto, si bien el artículo 164 del C. C. A. le ordena al juez que reconozca de oficio las excepciones de mérito, lo cierto es que en los procesos de ejecución tal potestad no opera porque en esta clase de asuntos se parte, de un lado, de la certeza del derecho consignada en el título ejecutivo, y, de otro, del mandato contenido en el artículo 507 que le impone al juez el deber de ordenar proseguir con la ejecución si no se presentan excepciones, de donde se infiere entonces que el ejecutado debe proponerlas.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes ejecutadas al interior de un determinado proceso ejecutivo propone sus excepciones por fuera del término previsto en la ley para ello, no puede entrar el juez a estudiarlas o pronunciarse sobre su procedencia.”
(Resaltado fuera de texto)

Sin embargo, esa misma Corporación⁶, a la vez que reiteraba el anterior criterio, también señaló que resulta admisible la declaración de excepciones de oficio en casos donde *i.)* se evidencia un flagrante desconocimiento de las normas de orden público, *ii.)* una caducidad no advertida desde el inicio, *iii.)* falta de requisitos de existencia o validez del título, *iv.)* un hecho nuevo capaz de enervar la pretensión ejecutiva- que afecte la calidad del título-; de tal forma que se trata de manera excepcional aquellos casos que la ley no prevé como excepciones pasibles de dar fin al proceso ejecutivo, pero que resultan de gran relevancia que requieren ser declarados una vez lo advierta el Juez.

Por último, en reciente sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección A, con ponencia del Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, de fecha 1º de febrero de 2018, dentro del proceso con radicado No. **25000-23-26-000-2007-10179-01(40254)**, Actor: Idelfonso Medina Romero, Demandado: Municipio De Soacha, se retomó argumentos de la sentencia del 12 de agosto de 2004, para decir que:

*“La lectura de las normas transcritas permite a la Sala concluir que no se desconoce el principio general de congruencia cuando el juez declara probadas de oficio las excepciones que se funden en hechos debidamente acreditados en el proceso, al margen de que hubieran sido alegados por el ejecutado, **salvo los casos en los que el***

⁶ Subsección C, Consejero ponente: **Jaime Orlando Santofimio Gamboa**, providencias del 08 de noviembre de 2016, radicación número: **41001-23-33-000-2013-00112-01(52779)**, Actor: Luis Guillermo de Ávila Osorio, Demandado: Registraría Nacional Del Estado Civil; También providencia del 10 de noviembre de 2016, dentro del proceso con Radicación número: **25000-23-26-000-2006-01379-02(56950)**, Actor: Nación - Ministerio de Transporte; providencia del 27 de noviembre del 2017, radicación número: **13001-23-31-000-2005-01876-02(42337)**, actor: concesiones y construcciones limitada.

mismo ordenamiento jurídico exige que la parte demandada alegue las excepciones expresamente.

Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Sección ha dicho en relación con la declaratoria oficiosa de excepciones:

“• El poder oficioso del Juez para el reconocimiento y declaratoria de excepciones, (sic) es la regla general para todo tipo de proceso, ya que es un enunciado expreso de los artículos 305, 306 del C.P.C. y 164 C.C.A.

“• La excepción a este poder oficioso es previsto por la propia norma general, sometiendo su ocurrencia a reserva legal”⁷.

En consecuencia, si en el debate del proceso ejecutivo se llega a demostrar un hecho que afecte el derecho que se pretende o que indique la falta de los requisitos de existencia y validez del título de recaudo ejecutivo, como aquí acontece, la declaratoria de dicha situación opera, aún de oficio, sin que se desconozca el principio de congruencia exigido en las providencias judiciales, porque el fundamento de la declaratoria es el resultado de los hechos demostrados en el debate procesal, situación que le da al juez la certeza necesaria para proferir un fallo que obedezca a la realidad probatoria.

En consecuencia, la Sala declarará probada de oficio la excepción de inexistencia del título ejecutivo, por cuanto en el proceso está plenamente acreditado que el contrato base de la ejecución fue declarado nulo por un fallo de esta jurisdicción.”

Sobre el poder que tiene el Juez para reconocer y declarar de oficio excepciones, el artículo 282 del C.G.P. estableció: “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que **deberán alegarse en la contestación de la demanda.**” (Subraya el Despacho)

De lo previsto en el Código General del Proceso, norma aplicable al presente caso- es posible concluir que la facultad oficiosa del Juez no es absoluta, pues se encuentra limitado a declarar sobre aquellas que se encuentren a cargo de la parte demandada.

El artículo 442 de la citada norma, prevé que las excepciones que se pretendan formular dentro de un proceso ejecutivo, se encuentran sujetas a las siguientes reglas:

- Serán de mérito y deberán proponerse por el demandado dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto que libró mandamiento de pago, expresando los hechos sobre los que se fundamenta y las pruebas que los soporten.

⁷ *Ibidem.*

- En casos de cobro contenido en providencias, conciliaciones o transacciones solo podrán **alegarse**: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, nulidad por indebida representación o falta de notificación y pérdida de la cosa debida.

En suma, el Juez dentro de un proceso ejecutivo no tiene dada la facultad declarar de oficio las excepciones que la ley dispuso para ser alegadas por el demandado, toda vez que en esta clase de asuntos se parte de la certeza de un derecho contenido en un título ejecutivo, de tal forma que es el demandado quien tiene la carga de probar su cumplimiento; no obstante, si procede la declaración de una excepción de oficio cuando se acredita la inexistencia o invalidez del título, o se desvirtúa el derecho contenido en este, más no en aquellos casos donde el mismo ordenamiento jurídico exige que la parte demandada alegue las excepciones expresamente.

Por esta razón y tal como lo advirtió en su oportunidad el Consejo de Estado, cuando el ejecutado no propone excepciones o estas se proponen de manera extemporánea, el Juez debe “seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado”, pues este es el procedimiento establecido en el inciso segundo del artículo 440 y numeral 4º del artículo 443 del CGP.

Ahora, si al reexaminar **el auto que libró el mandamiento de pago** la jueza a-quo consideraba que no existía suma alguna que se adeudara, lo que correspondía, antes que avanzar a la sentencia de excepciones, era dejar sin efecto el auto, si consideraba que el mismo era ilegal.

En efecto, la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ ha expresado que el juez no está atado a las providencias que no hacen tránsito a cosa juzgada cuando en ellas resultan abiertamente ilegales o inconstitucionales y, por el contrario, se ha considerado que es deber del juez tomar las decisiones tendientes a corregir el yerro cuando el mismo no constituya nulidad. Entre los primeros pronunciamientos

⁸ Pueden consultarse al respecto los autos de **13 de julio de 2000**, expediente: 17583 actor: María Angélica Esquivel Lora, demandado: Municipio de Santiago de Tolú; **19 de abril de 2001**, expediente: 19001-23-31-000-1999-2095-01(19369), con ponencia de la Consejera Doctora MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ; **5 de octubre de 2000**, expediente: 16868, con ponencia de la Consejera Doctora MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ y **12 de septiembre de 2002** Expediente número: 44001-23-31-000-2000-0402-01(22235). con ponencia del Consejero Doctor GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

al respecto, se encuentra el auto de 19 de abril de 2001, proferido en el expediente Radicación número: 19001-23-31-000-1999-2095-01(19369), Actor: Hector Arturo Camacho Tovar y Jairo Bolivar Ceron. Se dijo allí:

“...Pero, si se tiene en cuenta el siguiente principio de legalidad la conclusión es distinta, porque el juez está llamado a declarar la verdad real.

En efecto, según la Constitución:

- *Los jueces, como autoridades de la República “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares” (inciso final art. 2).*
- *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (art. 29).*
- *Las actuaciones “de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (art. 83).*
- *En las decisiones de la justicia “prevalecerá el derecho substancial” “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares en la actividad judicial” (art. 228). Además*

Según el Código de Procedimiento Civil:

- *El juez, al interpretar la ley procesal, deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos **reconocidos** por la ley sustancial (art. 4).*
- *Es deber del juez “Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal” (art. 37, numeral 3).*

Desde otro punto de vista, el de la jurisprudencia, la irregularidad continuada no da derecho.

Varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de que “el auto ilegal no vincula al juez”; se ha dicho que:

- *que la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo ⁽⁹⁾;*
- *que el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores ⁽¹⁰⁾.*

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de marzo de 1981. Sala de Casación Civil. Reitera lo dicho en otras providencias, que pueden verse en la Gaceta Judicial LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330. Proceso Enrique A. Fuentes contra Herederos de José Galo Alzamora.

¹⁰ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Auto de febrero 4 de 1981. Proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez. Consejo de Estado. Sección

*La Sala es del criterio que las providencias ejecutoriadas que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, en este caso por ausencia de requisitos para declarar la existencia de título ejecutivo y **para poder ordenar seguir adelante con la ejecución, no deben mantenerse en el ordenamiento jurídico.***

Y afirma de esa manera, porque con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 la calificación de la República como un Estado de Derecho con Justicia Social tiene implicaciones, entre otros, en la Administración de Justicia.

No es concebible que frente a un error judicial ostensible dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior, no pueda enmendarlo de oficio.

*Si en la actualidad, **en primer término**, los errores judiciales han sido corregidos por tutela (art. 86 C. N), cuando por una vía de hecho se quebrantó un derecho constitucional fundamental, y **en segundo término**, han sido indemnizados los perjuicios ocasionados por haberse causado un daño antijurídico (art. 86 C.C.A) por el error judicial ¿por qué no corregir el error y evitar otro juicio, si es que hay lugar a ello?*

Recuérdese que la ley Estatutaria de Administración de Justicia define el error judicial como “el cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley” (art. 65).

Por consiguiente el juez:

- *no debe permitir con sus conductas continuar la ejecución del crédito, como venía, a sabiendas de una irregularidad procesal que tiene **entidad suficiente** para variar, en absoluto, el destino o rumbo del juicio;*
- *el juez no está vendado para ver retroactivamente cuando la decisión que ha de adoptar dependería **de legalidad real**, y no formal por la ejecutoria, de otra anterior...”*

Y, sea dicho que, reiterando el anterior criterio, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 12 de septiembre de 2002, C.P. Doctor Germán Rodríguez Villamizar, en el expediente con Radicación número: 44001-23-31-000-2000-00402-01 (22235), Actor: ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., señaló:

“La anterior posición jurisprudencial ha sido reiterada por la Sala, en reiteradas providencias⁽⁶⁾. En efecto, mediante auto del 22 de febrero de 2001, expediente 18.603, la Sala expresó lo siguiente:

“Ahora bien, en consideración a que los documentos aportados por la ejecutante no conforman título ejecutivo complejo, la Sala, en uso de los poderes y facultades que le confiere la ley, procederá a declarar oficiosamente la insubsistencia de todo lo actuado a partir de la providencia

Tercera. Autos: a) de 8 de octubre de 1987. Exp. 4686. Actor: Sociedad Blanco y Cia. Ltda. Demandado: Municipio de Funza. b) de 10 de mayo de 1994. Exp. 8.237. Actor: Comunidad Indígena Zemú de San Andrés de Sotavento.

⁽⁶⁾ Auto del 2 de febrero de 2001, expediente 18.341, Actor: Sociedad Conca y . Auto del 22 de febrero, expediente 18.603, Actor: Electrificadora de la Guajira. Auto del 30 de agosto de 2001, expediente 17.576, Actor: Antonio Martínez Sistac y Otra.

por medio de la cual se dictó el mandamiento de pago, con fundamento en las siguientes consideraciones expresadas en providencia dictada dentro de un proceso ejecutivo, en el que como en el presente caso, al estudiar una materia especial del proceso ejecutivo por virtud del recurso de apelación, advirtió la inexistencia del título ejecutivo”.

Así entonces, se agrega a lo anterior que el auto de mandamiento de pago no se encuentra ejecutoriado en tanto, frente al mismo la entidad ejecutada presentó excepciones, sin perjuicio que ellas prosperen o no. En estas condiciones, antes que continuar con el proceso, se reitera, si el juzgador de instancia encuentra que no existe deuda por pagar con fundamento en los documentos allegados como título, resultará procedente revisar la legalidad del mandamiento de pago, antes que declarar probada de oficio la excepción de pago.

3. Caso Concreto:

En el presente caso, en auto de 20 de junio de 2014 (fol. 37-41) se libró mandamiento de pago por la suma de \$7.394.505.81, y como la ejecutada propuso excepciones se ordenó llevar a cabo audiencia de instrucción y juzgamiento.

La a-quo consideró que las excepciones propuestas no se ajustaban a las procedentes cuando el título ejecutivo es una sentencia, a reglón seguido decidió declarar de oficio la excepción de pago, proceder que no encuentra cabida en el procedimiento previsto para los procesos ejecutivos, como se explicó anteriormente.

En efecto, para el Consejo de Estado, la omisión en la aplicación de las normas que regulan el procedimiento ejecutivo, deriva en la nulidad procesal. En reciente auto proferido por la Sección Cuarta el 15 de diciembre de 2017 con ponencia de Julio Roberto Piza Rodríguez, en el proceso radicado bajo el N° 54001-23-33-000-2013-00140-01(22065), promovido por Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra el Municipio de Ocaña, expuso:

“En los procesos judiciales, subyace al derecho a ser juzgado según las formas propias de cada proceso, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial. No obstante, no toda irregularidad constituye causal de invalidez de las actuaciones o providencias judiciales. Para que prospere la causal de nulidad procesal es necesario que la irregularidad sea grave, pues, en principio, en virtud del principio de eficacia, hay irregularidades que pueden sanearse por el propio juez o entenderse saneadas, si no fueron alegadas por los afectados. Esto, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación judicial.

Al respecto, en la sentencia T-751A de 1999, la Corte Constitucional dijo: «que el debido proceso es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los sujetos procesales y en donde es necesario respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, por ende el legislador exige una mayor atención para asegurar al máximo los derechos sustantivos puesto que entre más se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y hace excluir por consiguiente, cualquier acción contra legem o preter legem, por parte de las autoridades y de los operadores jurídicos».

Complementariamente, en la sentencia T-242 de 1999, la Corte Constitucional advirtió lo siguiente: «El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, como el conjunto de garantías que buscan la protección del individuo que se encuentre incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante el trámite procesal se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. Para que la protección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada una de las etapas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. Esta previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso, se denomina las "formas propias de cada juicio", y se constituye por lo tanto, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momento la conducta de los jueces o de la administración se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales, situación en la cual la actuación configura una vía de hecho».

Es evidente la importancia que tienen las formalidades, pero no como un fin en sí mismas, sino como el medio para garantizar el debido proceso y para tener certeza sobre el modo y las oportunidades en que actuarán los jueces y podrán participar las partes."

Constituye criterio jurisprudencial, que si bien, las nulidades procesales atienden el principio taxatividad, aquellas que comprometen el debido proceso, no requiere relación expresa por el legislador, en especial cuando se afecta el empleo de los medios legítimos y adecuados para que las partes sean oídas y obtengan una decisión favorable.

En estas condiciones, se declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto que convocó a la audiencia de instrucción y juzgamiento¹¹ de manera que la juez proceda de conformidad, sea ordenando seguir adelante la ejecución o declarando ilegal el mandamiento de pago, sin que las pruebas practicadas dentro de la actuación pierdan su validez.

Por lo expuesto se

¹¹ Folio 85 Vto. del expediente.

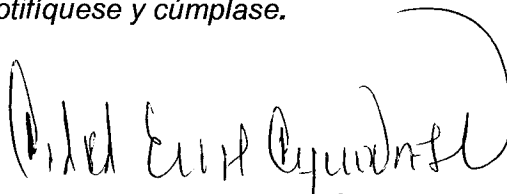
RESUELVE:

PRIMERO. Declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto que convocó a la audiencia de instrucción y juzgamiento de fecha 16 de noviembre de 2017, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Las pruebas practicadas dentro de la actuación conservarán su validez.

SEGUNDO: En firme este auto, por Secretaría, devuélvase el expediente al despacho judicial de origen a la brevedad, previas las anotaciones de rigor.

Notifíquese y cúmplase.



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

