

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA MARTA
SALA CIVIL - FAMILIA

MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO
Magistrada

Rad. 47.001.31.53.005.2019.00043.03

Santa Marta, siete (07) de abril del dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sustanciadora a resolver la nulidad planteada por el apoderado de la parte demandada dentro del proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real promovido por Juan Fernando Martínez Maestre contra la Comercializadora y Constructora Solcaribe LTDA.

ANTECEDENTES

A través del escrito, el abogado de la parte pasiva del aludido juicio, solicitó se decrete la nulidad de lo actuado en el trámite a partir del auto fechado 25 de noviembre de 2020.

Apoyó su pedimento, en que luego de haberse trabado la Litis y presentado recurso de reposición contra el mandamiento de pago, excepciones de méritos y resuelto aquel medio de impugnación, el A Quo *"profiere auto en fecha 25 de noviembre de 2020, apartándose del procedimiento especial para aplicar un procedimiento general contemplado en el artículo 278 C.C.P., ordenando emitir sentencia anticipada."*

Por ello considera que se estructuraron las causales 2, 5 y 6 del artículo 133 del CGP, al pretermitirse íntegramente la instancia ya no se surtió el trámite previsto en el artículo 392 del CGP, 372 y 373, por lo que *"al aplicar usted el artículo 278 C.G.P., vulneró el debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que entre una norma general y una especial como la ejecutiva se debe aplicar la especial pues esta regula concretamente el proceso."*

Prosigue aseverando que al no haberse practicado la audiencia inicial se omitió la práctica de una prueba que de acuerdo a la ley es obligatoria como es el interrogatorio de parte; de igual modo omitió los alegatos.

Llegada la actuación a este Tribunal a fin de que se desataran los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia y el auto del 11 de febrero de 2021, por interlocutorio del 18 de marzo del 2021 se dispuso devolver el expediente a Secretaría para que se surtiera el traslado de la nulidad presentada, regresando el paginario sin que éste fuera descorrido.

Se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Pues bien, en desarrollo del derecho fundamental al debido proceso se han instituido las nulidades, orientadas por el principio de especificidad, protección y convalidación; del primero, se desprende que solo aquellos defectos considerados como suficientes por el legislador para viciar el procedimiento, puede el funcionario de instancia, de oficio alegarlos o decretarlos para su invalidación.

Respecto a esta figura, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, en sentencia SC4960-2015 del 28 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, señaló:

"...Ha dicho la doctrina que la misión de la nulidad «en efecto, no es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ella confiados por la ley. Las formas son el medio o instrumento de que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio, lo cual constituye el fundamento de los llamados derechos procesales de las partes».

En esta materia impera el principio de especificidad en virtud del cual no existe un defecto capaz de estructurar una nulidad sin ley que previamente la establezca (numerus clausus), de modo que no es permitido acudir a la analogía para extender la declaración de invalidez a hipótesis diferentes a las contempladas por el legislador.

El sistema de taxatividad ha estado presente desde el Código Judicial, en vigencia del cual la Corte precisó que es «posible que en el juicio se presenten situaciones que originen desviaciones más o menos importantes de normas que regulen las formas procesales, pero ello no implica que constituyan motivo de nulidad, la cual, se repite, únicamente puede emanar de las causales entronizadas por el legislador» (CSJ SC, 26 Ago 1959, GJ. XCL, 449, citada en CSJ SC, 24 Feb 1994, Rad. 4028).”

De esta forma, en el artículo 133 de esa misma norma procesal, se estatuyen las causales de nulidad, dentro de las que se encuentra la consagrada en el numeral 2°, 5° y 6°, invocadas por el peticionario, que prevén, esto es, “2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.”; “Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omita la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.”; y “Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.” se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado”, respectivamente.

Del mismo modo, el Art. 134 *ibídem*, indica:

“Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte

sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.

La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.

El juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.

La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio".

De otra parte, el artículo siguiente, estipula:

"La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación" (subrayas fuera de texto).

Por último, el Art. 136 indica:

"La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.

2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.

3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.

4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

PARÁGRAFO. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables" (subrayas fuera de texto).

Pues bien, al examinar la actuación cuestionada, se evidencia que, en lo que concierne a las causales establecidas en los numerales 5 y 6, operó su saneamiento a la luz del numeral 1º del artículo 136 transcrito, en la medida que la parte que se consideró afectada actuó sin proponerla.

En efecto, luego de recorrida las excepciones planteadas por el ejecutado, el A Quo, por auto del 25 de noviembre de 2020 emitió el siguiente

pronunciamiento "Comoquiera que no existen pruebas que practicar, y, habiéndose corrido y vencido el traslado de las excepciones de mérito propuestas por el demandado, el despacho, en apego a lo establecido en el artículo 278 del CGP, numeral 2º, procederá a emitir sentencia anticipada que resuelva el asunto, para lo cual téngase como medios demostrativos de la parte demandante, todas cada una de las piezas aportadas con la demanda y que militan a folios 14 a 74, consistente en escritura pública No. 2434 del 30 de diciembre de 2015 de la Notaría Segunda de esta ciudad; acuerdo de devolución de aportes fechado 24 de abril de 2018; pagaré suscrito el 24 de abril de 2018 por la suma de \$ 300.000.000.00; carta de instrucción; formulario de inscripción y folio de matrícula inmobiliaria No. 080-115335; cesión de contrato de hipoteca sin límite en la cuantía y/o de garantía real hipotecaria de fecha 26 de febrero de 2018; certificados de existencia y representación legal allegados. No se decretan de la parte demandada al no haberse pedido." (fl. 288).

Posterior a ello, el día 18 de diciembre de 2020 el hoy peticionario de la nulidad, solicitó corrección del auto en mención ya que se decretó como prueba carta de instrucción sin que en los documentos mencionados a folios 14 a 74 figurara esa pieza.

Seguidamente, esa parte, el 3 de febrero de 2021 exhortó la "suspensión de la competencia" conforme lo dispone el artículo 121 del CGP pues consideraba se había superado ese lapso en la medida que el mandamiento de pago se emitió el 20 de julio de 2019. (fl. 293).

El 11 de ese mes y año se emitió fallo que resolvió la instancia y paralelamente se profirió auto por el cual se rechazó la nulidad planteada. (fls. 298 a 314).

consecutivamente el apoderado del ejecutado presentó tres memoriales solicitando copia del auto inadmisorio de la demanda -f. 316-, y recurso de apelación contra la sentencia y auto que decidió la nulidad -fls. 317-347-.

Mediante proveído del 1° de marzo del año en curso se concedieron las apelaciones.

En ese sentido es diáfano que, si el supuesto vicio se estructuró el 25 de noviembre de 2020 cuando se decidió que la causa se resolvería mediante sentencia anticipada, desde ese momento debió invocarla, empero optó la parte por actuar y esperar que la instancia se resolviera para proponerla, situación que sana el supuesto yerro concerniente a las causales 5 y 6.

No sucede lo propio respecto de la causal segunda, particularmente pretermittir íntegramente la respectiva instancia pues se trata de un vicio insaneable conforme lo determina el parágrafo del artículo 136 transcrito.

Sin embargo, para la Sala tampoco se configuró ese motivo ya que no hubo una omisión completa, íntegra de la primera instancia.

Precisamente, el juicio se desarrolló librando orden de pago el 20 de junio de 2019 (fl. 91), se notificó la demanda (fl. 102) y el demandado presentó, tanto recurso de reposición contra dicho auto (fl. 104) y formuló excepciones de mérito (fl. 111), resolviéndose la impugnación y corriéndose traslado del medio de defensa el 12 de marzo de 2020 (fls. 119-123), y, luego de descorrerse el traslado, se dispuso que la causa se desataría mediante sentencia anticipada, acto en el cual se decretaron las pruebas pedidas.

De ahí que, como se dijo, no hubo omisión de la instancia ya que el rito procesal se adelantó en apego a las normas procesales y el hecho de no haberse llevado a cabo las diligencias que establecen los artículos 372 y 373 del CGP, ello, per sé, no da lugar a colegir la pretermisión de la instancia ya que, de ser así solo se omitiría parte de ella.

Respecto de este vicio en particular, en la sentencia SC4960-2015, referenciada al inicio de las

consideraciones, la Alta Corporación Ordinaria reiteró que:

"Una de las causales previstas de manera limitativa en el mencionado artículo 140 del estatuto procesal es la de pretermittir «íntegramente la respectiva instancia», vicio que se considera no susceptible de saneamiento o convalidación, por cuanto supone una grave ruptura de la estructura del proceso y desconoce la garantía constitucional de la defensa en juicio.

La pretermisión de la instancia como motivo de nulidad, invocado en el presente cargo, consiste -ha dicho la Corte- en «la omisión completa o íntegra y no parcialmente, por ignorancia, olvido o rebeldía de los diversos grados de competencia funcional asignada por la ley a los diversos fines en un proceso determinado, sean ambos o el único previsto en la ley, o solamente alguno de ellos, el primero o el segundo...» (CSJ SC, 8 Ago 1988; CSJ SC, 22 Abr 1993; CSJ SC, 2 Oct 1997; CSJ SC, 12 Mar 1998; CSJ SC, 4 Nov. 1998, Rad. 5201; CSJ SC, 8 Sep 2009, Rad. 2001-00585-01). (negrita fuera del texto).

Ahora, el hecho que cuestiona el togado radica en no haberse evacuado, como se dijo, las diligencias que señalan los artículos 372 y 373 del CGP por remisión expresa del artículo 443 ibídem, empero, contrario a lo manifestado, se advierte que a lo que se acudió a fue a un deber consagrado por el legislador en el artículo 278 ejusdem que impone al juez dictar sentencia anticipada, total o parcial, entre otros, *"Cuando no hubiere pruebas por practicar."* Numeral 2°.

Tal aspecto fue enfatizado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación civil en sentencia SC1902-2019, del 4 de junio de 2019 con ponencia de la doctora Margarita Cabello Blanco en donde dijo:

"Por supuesto que la esencia del carácter anticipado de una resolución definitiva supone la pretermisión de fases procesales previas que de ordinario deberían cumplirse; no obstante, dicha situación está justificada en la realización de los principios de celeridad y economía que informan el fallo por adelantado en las excepcionales hipótesis que el legislador habilita dicha forma de definición de la litis.

De igual manera, cabe destacar que aunque la esquemática preponderantemente oral del nuevo ordenamiento procesal civil, supone por regla general una sentencia dictada de viva voz, es evidente que tal pauta admite numerosas excepciones, de la que es buen ejemplo la presente, donde la causal para proveer de fondo por anticipado se configuró cuando la serie no ha superado su fase escritural y la convocatoria a audiencia resulta inane." (Negrita fuera del texto).

Asimismo, esa Corporación, en sentencia del 27 de abril de 2020, en su Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, Radicación n° 47001221300020200000601, concluyó al respecto que:

"En síntesis, la permisión de sentencia anticipada por la causal segunda presupone: 1. Que las partes no hayan ofrecido oportunamente algún medio de prueba distinto al documental; 2. Que habiéndolas ofertado éstas fueron evacuadas en su totalidad; 3. Que las pruebas que falten por recaudar fueron explícitamente negadas o desistidas; o 4. Que las probanzas faltantes sean innecesarias, ilícitas, inútiles, impertinentes o inconducentes."

Seguidamente, en esa oportunidad recalcó que **"En suma, cuando el juez estima que debe dictar**

sentencia anticipada dado que no hay pruebas para practicar, debe decidirlo mediante auto anterior, si así lo estima, o en el texto del mismo fallo con expresión clara de los fundamentos en que se apoya."

En lo que toca a la formalidad en que se emite, si es escrita u oral, se decantó que "En resumen, la sentencia anticipada ha de ser escrita en unos casos y oral en otros, según el momento en que el juez advierta que es viable su proferimiento. Será del primero modo cuando se emita antes de la audiencia inicial, y del segundo, esto es, oral, cuando el convencimiento aflora en el desarrollo de alguna de las sesiones previstas en los artículos 372 y 373 del C.G.P."

Y, en cuanto a la oportunidad para alegar, recalcó que "**cuando el fallo se emite en forma escrita no es forzoso garantizar la oportunidad para las alegaciones finales dada la ausencia de práctica probatoria**, porque aquellas son una crítica de parte acerca del despliegue demostrativo, de suerte que si éste no se llevó a cabo no hay sobre qué realizar las sustentaciones conclusivas, teniendo en cuenta que las posturas de los Radicación n° 47001-22-13-000-2020-00006-01 13 contendientes están plasmadas en sus respectivas intervenciones anteriores (demanda y réplica)." (negrita fuera de texto)

Por último, la corte aclaró que cuando se decide finalizar la instancia por sentencia anticipada, no se estructuran los vicios consagrados en los numerales 5 y 6 del art. 133 esbozando que:

"Bajo esa óptica, al revisar los motivos de invalidez que aparecen enlistados en el canon 133 ejusdem, emerge que ninguno de ellos se amolda - en principio - al caso en que el juez defina anticipadamente el pleito con base en la causal segunda del artículo 278 ídem, ni siquiera los vicios a que aluden los numerales 5° y 6° de aquella disposición.

El numeral 5° pregona que la nulidad se suscita «cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omita la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria», sin que nada de esto tenga cabida en el supuesto analizado, toda vez que, aún si el fallador en la misma sentencia justifica la necesidad de decidir con anticipación, es obvio que no está pretermitiendo la ocasión para ofrecer prueba, ni para decretarla o practicarla, porque justamente la denegó por innecesaria, ilícita, inútil, impertinente o inconducente.”.

Es así como en el asunto cuestionado, el A Quo anunció anticipadamente que la causa se resolvería por sentencia anticipada, por auto del 25 de noviembre de 2020 y en él decretó las pruebas pedidas por la parte demandante, único extremo que hizo solicitud probatoria.

Ahora, el hecho en que no se haya evacuado el interrogatorio de parte ello no configura vicio de nulidad ya que dicha prueba no fue pedida por ninguno de los litigantes, y, si bien, el artículo 372 expone que oficiosamente debe practicarse en esa diligencia, ello se entiende para aquellos casos en donde se deba adelantar esa audiencia, pero, como se dijo, la sentencia anticipada, como fórmula para propender por la celeridad y economía procesal, conlleva a la pretermisión de algunas fases ordinarias del proceso, de manera si hay motivos para proceder de esa forma, no es necesaria la realización de aquella audiencia como tampoco, correlativamente el interrogatorio y allí deba evacuarse, cuando no haya sido pedido, ya que, de ser así, esta figura no tendría aplicabilidad pues, memórese que el interrogatorio de parte es una etapa ineludible en los procesos, indistintamente se pida o no por las partes, tal como lo dispone aquel canon.

En suma, se negará la nulidad pedida pues los vicios consagrados en los numerales 5 y 6, se sanearon al haber actuado sin proponerla la nulidad, entretanto, la que refiere a la pretermitir la instancia no se configuró ya que, como se analizó, se surtió en apego a las normas procesales y no hubo una omisión íntegra de la Litis.

En consecuencia, se

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la nulidad propuesta por el apoderado de la parte pasiva dentro del proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real promovido por Juan Fernando Martínez Maestre contra la Comercializadora y Constructora Solcaribe LTDA, por lo bosquejado en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, vuelva el proceso al despacho para pronunciarse frente a la apelación interpuesta contra el auto fechado 11 de febrero de 2021 y de cara a la admisibilidad del recurso impetrado contra sentencia emitida en esa data.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO
Magistrada

Firmado Por:

**MYRIAN LUCIA FERNANDEZ DE C BOLAÑO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 001 CIVIL - FAMILIA DE SANTA
MARTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**66e50fda6c861bb4fcd1edb05e0f8a7d73c1be2c9c3db5036305
d24f4ba8da9e**

Documento generado en 07/04/2021 02:02:03 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente

URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>