

Popayán, noviembre 12 de 2021

**Doctora**

**DIANA PATRICIA TRUJILLO SOLARTE**

**JUEZ TERCERA CIVIL MUNICIPAL DE POPAYÁN - CAUCA**

**E.**

**S.**

**D.**

**REF.:**

<b>ASUNTO</b>	RECURSO DE APELACION EN SUBSIDIO DEL DE REPOSICION
<b>DEMANDANTE</b>	OSCAR IVAN BONILLA FLOREZ
<b>DEMANDADO</b>	SERGIO ANTONIO VARGAS Y OTROS
<b>RADICADO</b>	2008-00192-00
<b>PROCESO</b>	EJECUTIVO CON GARANTIA HIPOTECARIA

**JUAN DAVID RAMIREZ COLLAZOS** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.061.783.237 de Popayán, y portador de la tarjeta profesional No. 353.423 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS** interpongo ante su despacho **RECURSO DE APELACION EN SUBSIDIO DEL DE REPOSICION**, en contra de la providencia del 11 de noviembre del 2021 proferida dentro del trámite de la referencia, con fundamento legal del artículo 321 numerales 5 y 6 en concordancia con el artículo 318 del Código General del Proceso, el cual se sustenta conforme a las siguientes consideraciones:

#### **CAPITULO I**

#### **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACION EN SUBSIDIO DEL DE REPOSICION QUE RESUELVE EL INCIDENTE DE NULIDAD CONSTITUCIONAL FORMULADO**

El A quo al momento de resolver el incidente de nulidad constitucional formulado por este apoderado, fue negado por el Juzgado de instancia bajo las siguientes consideraciones:

*"(...) Sea lo primero señalar que, en tratándose de causales de nulidad, el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso establece, en lo pertinente al caso que nos ocupa, lo siguiente:*

*Artículo 133, el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos 1...8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes. "*

*A su vez, el artículo 134 establece: "OPORTUNIDAD Y TRAMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella... 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 artículo 135 dispone: "REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD. 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.*

*De la revisión del asunto que nos ocupa tenemos que, de la solicitud de Nulidad se corrió traslado en la forma prevista en el artículo 110 del Código General del Proceso, fijándose en lista el 1 de junio de 2021. tal y como consta en la página de la web Rama Judicial que tiene este despacho Judicial y la prueba allegada al expediente, sin que la parte demandante se pronunciara al respecto.*

*Ahora, de acuerdo a lo solicitado y según las pruebas aportadas a este trámite, se observa que se trata de pruebas eminentemente documentales, las cuales no requieren ser practicadas; motivos por los cuales se procederá a resolver la solicitud de plano.*

*Revisadas las actuaciones surtidas durante el trámite de este proceso, se tiene que después de proferido el mandamiento ejecutivo de pago, de fecha 17 de abril de 2008, el demandado, SERGIO ANTONIO VARGAS ZUÑIGA, actuó dentro del proceso, por intermedio de su apoderado judicial, DR. LUIS EDUARDO SEGURA, como consta en memorial de fecha 5 de julio de 2012, cuando solicitó la perención del proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1285 de 2009; petición que le fue negada por el Juzgado en providencia de fecha 15 de julio de 2012, sin que en esa oportunidad la parte demandada solicitara la Nulidad por indebida notificación del mandamiento ejecutivo de pago, que hoy pretende sea decretada.*

*En ese entendido, al no interponerse la Nulidad de manera oportuna, procediendo a actuar dentro del proceso sin proponerla, se entiende saneada la Nulidad, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 136 del CGP.*

*Ahora, hay actuaciones de otra demandada, relacionadas con un acuerdo de pago, un abono y una solicitud de suspensión de la diligencia de remate de común acuerdo entre las partes enfrentadas; motivos por los cuales también se configura el numeral 2 del artículo 136 del CGP que hace referencia a que, a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa, como quiera que la parte demanda pudo realizar las actuaciones que consideró pertinentes, a través de sus apoderados judiciales.*

*Al respecto, me permito transcribir la norma citada, para mayor claridad: "Artículo 136: "SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla...4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa".*

*Por último, se le aclarara al apoderado judicial solicitante de la Nulidad que la última actuación dentro del presente proceso, según el expediente electrónico, es la providencia de fecha 27 de febrero de 2020, mediante la cual se modifica la liquidación del crédito presentada por el apoderado judicial de la parte ejecutante. De igual manera, que es obligación de los Jueces y de los usuarios de la administración de justicia, respetar el debido proceso establecido para los procesos Ejecutivos, sin que sea procedente para este despacho desconocer el principio de preclusión de términos judiciales ni hacer caso omiso de la norma que establece que la Prescripción debe solicitarse de parte, sin que se pueda decretar de oficio.*

*En cuanto a las actuaciones que considera irresponsables por parte de la Curadora Ad Litem o de otro apoderado judicial, este despacho judicial no es el competente para analizar si las conductas realizadas por los profesionales del derecho son constitutivas de falta disciplinaria, porque para ello debe acudir a la Comisión de Disciplina Judicial.*

*De conformidad con lo expuesto, se procederá a Negar la solicitud de Nulidad formulada por el DR. JUAN DAVID RAMIREZ COLLAZOS, apoderado judicial de la parte demandada, señor SERGIO ANTONIO VARGAS ZUÑIGA. (...)*

Las consideraciones expuestas por el A quo no resuelven la solicitud de nulidad elevada por este apoderado, pues bien, aquí no solamente existe una nulidad deprecada por una indebida notificación, sino una violación flagrante del debido proceso del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS** conllevando la ruptura del orden constitucional. Por lo expuesto, el A quo incurrió en su providencia en una vulneración directa de la Constitución Política, toda vez que omitió valorar las circunstancias relacionadas a la indebida representación técnica del demandado, omitiendo una disposición no dispositiva sino inquisitiva que preveía tanto el Código de Procedimiento Civil, como el ahora Código General del Proceso, que manifestaba lo siguiente:

*“Código de Procedimiento Civil. – Art. 4. – Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.”*

*Ley 270 de 1996. – Art. 9. – RESPETO DE LOS DERECHOS. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.”*

Ahora bien, la providencia que resuelve la nulidad, en su parte considerativa manifestó que la causal invocada no fue alegada a tiempo (por el anterior apoderado judicial del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS**), situación incomprensible si dicha nulidad no fue resuelta dentro de la decisión adoptada, pues bien, el juzgado no se pronuncia acerca de la nulidad constitucional; no puede considerarse saneado, si no se desvirtuó con argumentos sólidos, si existió o no vulneración del debido proceso, o acaso ¿el derecho de defensa técnica que tiene el demandado se entiende subsanado por el paso del tiempo si nunca se garantizó? ¿el derecho a la defensa y a un juicio justo e imparcial se garantiza cuando el juez encuentra una indebida representación técnica y a pesar de eso profiere sentencia? Esta situación no puede verse subsanada y, además, debía ser declarada de oficio y garantizar la igualdad material de las partes en un sistema de índole mixta (inquisitivo y dispositivo); teniendo poderes oficiosos, el juez debió haber

buscado la efectividad del derecho de defensa y contradicción del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS** para buscar una recta y justa administración de justicia.

Es así, que el Juzgado que hoy se pronuncia a través de esta providencia incurre en un exceso de ritual manifestó, al poner un principio procesal como lo es el de la preclusión de las etapas procesales, por encima de garantías *ius fundamentales*, como lo es el derecho a un debido proceso en el sin número de núcleos que lo conforman y, que hoy, vuelve a ratificar dicha vulneración esta instancia que profiere el proveído impugnado.

En este sentido el Juzgado desconoció, de igual manera, su poder oficioso de declarar la nulidad por vulneración del debido proceso, toda vez que el Código de Procedimiento Civil determinaba lo siguiente:

“Art. 145.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 85. Declaración oficiosa de la nulidad. **En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insanables que observe.** Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; **en caso contrario, el juez la declarará.**”

Es así, como uno se pregunta ¿es subsanable una nulidad que afecta el derecho fundamental al debido proceso en el núcleo esencial del derecho de defensa y contradicción cuando no fue ejercida en debida forma por el curador Ad-Litem? Considero que es insubsanable, donde el juez conforme a la ley 270 de 1996 debía (...) *garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (...)*, situación que omitió, siendo un deber funcional como administrador de justicia.

Ahora bien, encontramos dentro del expediente unas actuaciones procesales irregulares que acarrearán la vulneración al debido proceso en el núcleo esencial del derecho de defensa y contradicción, toda vez que se inicia una acción judicial por el señor **OSCAR IVAN BONILLA FLORES** de naturaleza ejecutiva con garantía real Hipotecaria; donde la escritura pública donde se constituye la hipoteca es del 26 de junio de 1996, donde se condiciona que la obligación se hace exigible después de un (1) año. En razón a lo anterior, el señor **SERGIO ANTONIO VARGAS** fue emplazado en el mes de noviembre del año 2009 y, posteriormente se le designó curador Ad-Litem el 23 de noviembre del 2009, fecha en la cual se interrumpe la prescripción; es decir, que el 26 de junio de 1997 se hacía exigible la obligación por la parte demandante y, aquel, notifico al demandado después de 12 años, es decir, es evidente la prescripción de la acción ejecutiva.

La Curadora Ad – Litem Dr. María Rubelia Castaño Cardona, ejerciendo el derecho de defensa y contradicción del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS** quien por circunstancias externas de aquel no pudo ser notificado, no presento excepciones previas ni meritorias, manifestando que “(...) *no son procedentes ni pertinentes en este proceso por cumplir los requisitos establecidos en la ley procesal civil y no hay hechos susceptibles de excepciones que se encuentren demostrados ni la suscrita curadora tiene en su poder pruebas para oponerse en este proceso (...)*”. Cabe referir que la actitud negligente de la Curadora – AdLitem que tiene una investidura de servidor público, omitió ejercer el derecho de defensa en debida forma, pues bien, eran procedentes las excepciones de mérito, situación que tuvo conocimiento el Juzgado Tercero Civil Municipal y, con sus poderes oficiosos no garantizo que se respetaran las garantías *iusfundamentales* del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS**. Es decir, si dentro de la providencia se exige a la parte demandante que tenía el deber de alegar la nulidad con prontitud, conforme al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil también debía el Juez anular antes de dictar sentencia las actuaciones que vulneraron el derecho de defensa y contradicción del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS**, error judicial que hasta la fecha produce efectos que vulneran de manera directa derechos fundamentales.

De esta manera, es notable el yerro indilgado a esta providencia toda vez que, vulnera directamente la Constitución Política y, además de lo anterior, proclama el respeto a los principios de orden procesal como lo es la preclusión, dándole una connotación jerárquica que prevalece sobre el debido proceso del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS**. Conforme a lo expuesto, el A quo desconoció el principio rector de orden constitucional, pues bien, “(...) *la constitución es norma de normas (...)*” y, que, “(...) *en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)*”. Añadido a lo anterior, también refiere una pérdida de oportunidad procesal por no haber invocado la nulidad a tiempo, proclamando el propio dolo de la actividad oficiosa que ostenta el Juez, que en ningún momento busco la recta administración de justicia permitiendo que al señor **SERGIO ANTONIO VARGAS** se le quebrantara la garantía al debido proceso en el núcleo esencial del derecho de defensa y contradicción.

Ahora bien, refiere el Juzgado que las pruebas son eminentemente documentales, es claro que el yerro reside en la actuación procesal, todo esta en el expediente, demanda, notificaciones, emplazamiento, contestación y demás actuaciones que se surtieron con base en el Código de Procedimiento Civil. Desconoce entonces la providencia, una valoración de lo que es el debido proceso en los términos no solo procesales, sino sustanciales y constitucionales que tenía derecho el señor **SERGIO ANTONIO VARGAS**, teniendo de presente que la norma procesal y sustantiva civil preceptúa disposiciones no solo de índole dispositivo sino también inquisitivas; la oficiosidad del juez en la actuación procesal.

Por último, la providencia manifestó que conforme al artículo 136 numeral 4 del Código del General del Proceso refiere que *“cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa”*, pero el acto procesal a pesar de cumplir parcialmente su finalidad, las actuaciones procesales causaron y se encuentran causando violación del derecho de defensa del señor **SERGIO ANTONI VARGAS**, pues bien, en ningún momento fue representado de manera idónea a pesar de existir motivos de oposición frente a la acción ejecutiva instaurada por la parte demandante.

Cabe referir, que a pesar de existir un deber legal de proponer la excepción meritoria de prescripción por la parte que pueda verse beneficiada de la misma, el juez al ser el titular de la administración de justicia debe velar porque la igualdad de las partes y el debido proceso, donde se garantice efectivamente el derecho de defensa a que tienen las partes; el derecho de defensa no es simplemente estar representado, sino también que se haga de manera idónea y responsable.

La Corte Constitucional en sentencia T-330/18, resuelve un asunto relativo a una nulidad constitucional, manifestando el alto tribunal que debe garantizarse el derecho sustancia y, con esto las garantías constitucionales que le asisten a las partes. Para el caso que nos ocupa, la excepción de mérito de prescripción extintiva era a la luz del demandante, juez y curadora Ad-Litem visible objetivamente, cumplía con el supuesto de hecho consagrado en la norma sustantiva y, no se garantizo en favor de la parte demandante o por lo menos, se hubiese efectuado de manera idónea el derecho de defensa a que tenía lugar el señor **SERGIO ANTONIO VARGAS**.

## **CAPITULO II** **SOLICITUD**

De acuerdo a la sustentación de impugnación de la providencia referida, con el respeto debido solicito ante usted superior jerárquico se **REVOQUE** la providencia del 11 de noviembre de 2021 y, en remplazo a esta se **DECLARE LA NULIDAD** solicitada por este apoderado judicial en los términos que el superior jerárquico considere procedente para garantizar el **DEBIDO PROCESO** del señor **SERGIO ANTONIO VARGAS**.

Atentamente,



**JUAN DAVID RAMIREZ COLLAZOS**  
**C.C. 1.061.783.237 de Popayán**  
**T.P. 353.423 del C.S. de la J.**