

C&G
ABOGADOS

Señores

JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL

Buga – Valle

PROCESO: DIVISORIO – VENTA DEL BIEN COMUN
DEMANDANTES: NANCY PATRICIA GUZMAN BARBOSA Y OTROS
DEMANDADOS: MARINA ANGEL DE GUZMAN Y OTROS
RADICADO: 2017-00517-00

REF. INCIDENTE DE NULIDAD

DIEGO FERNANDO CANIZALES ACEVEDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.148.441.836 de Buga, Abogado portador de la tarjeta profesional No. 304.727 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en representación de las demandadas MARINA ANGEL DE GUZMAN y MARIA ELENA GUZMAN ANGEL conforme al poder a mi otorgado, me dirijo de manera respetuosa a su despacho a efectos de interponer incidente de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 133 del Código General del Proceso, por cuanto se omitieron las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria, de conformidad a los siguientes,

Diego Fernando Canizales Acevedo
Laura Andrea García Ospina
3135394883 / 3173065408
diego.canizales@hotmail.com / lauragarcia.abogada@hotmail.com

HECHOS

1. Para el año 2017, se presentó ante este despacho proceso DIVISORIO – VENTA DEL BIEN COMUN, interpuesta por los señores NANCY, VICTOR HUGO y MARIA TEREZA GUZMAN BARBOSA en contra de MARINA ANGEL DE GUZMAN, MARIA ELENA, LILIANA, JAIRO, RICARDO ALONSO GUZMAN ANGEL y JUAN CARLOS GUZMAN BOCANEGRA. Demanda que fue admitida mediante Auto 2927 del 04 de diciembre de 2017.
2. Dentro del escrito de demanda, el apoderado judicial de la parte actora manifiesta que *“Teniendo en cuenta que el precio indicado en el dictamen se tomó con base en el avalúo catastral, dada la circunstancia de que los demandados no permitieron el ingreso al inmueble para realizar la experticia por parte del perito evaluador, tal como se mencionó en el hecho séptimo, solicito de manera acomedida que antes de proceder a la venta pública en subasta, se ordene a los demandados que permitan el ingreso al inmueble a fin de realizar la valuación del mismo.”* A lo cual el Juzgado no hizo reparo alguno.
3. La demanda fue admitida sin que fuera acompañada de un dictamen pericial a pesar de la advertencia que el apoderado de los demandantes hizo, el cual es obligatorio en todo caso, de acuerdo a lo dispuesto en inciso final del artículo 406 del Código General del Proceso que indica lo siguiente: *En todo caso el demandante deberá acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo*

de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama.

4. Luego de notificadas mis procuradas, otorgaron poder especial al profesional del derecho FABIO ROJAS OSPINA, quien dentro del término contestó la demanda y propuso excepciones.
5. Una vez trabada la Litis, el juzgado mediante auto 375 del 27 de febrero de 2019 ordena correr traslado de las excepciones de mérito presentadas por quien fungía como apoderado de mis procuradas, de conformidad con el artículo 110 del Código General del Proceso y posteriormente fija fecha para la audiencia que trata el artículo 409 de la misma obra, decretando además las pruebas de las partes, que entre las que aportaron los demandantes se encuentra “Dictamen pericial del avalúo comercial del inmueble”.
6. Subsiguientemente, profiere el despacho el Auto Interlocutorio No. 1030 del 21 de mayo de 2019, mediante el cual, deja sin efectos legales el numeral primero, segundo y el decreto de las pruebas del auto No. 76 del 25 de enero de 2019 mediante el cual se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, pues de acuerdo a la constancia secretarial que antecede la primera de la citadas providencia, se indica que el traslado de excepciones de fondo es improcedente para este tipo de proceso, siendo esta, aparentemente, la razón por la cual el juez adopta la decisión. Así se infiere al leer el auto en armonía con la constancia secretarial, pues realmente esa decisión no tuvo motivación alguna dentro del proveído.

El acápite de la audiencia quedó incólume y se fijó como nueva fecha para audiencia el día 21 de agosto de 2019.

Al respecto debo advertir sobre el craso error en el que incurrió el despacho, puesto que incurre en un defecto orgánico y procedimental por interpretar y aplicar de manera errónea el artículo 409 del Código General del Proceso, al entender que solamente podrían alegarse como excepciones de mérito “el pacto de indivisión” o que las excepciones de mérito no tienen un trámite previsto. Pues lo que realmente dispuso el legislador no es limitar la defensa de los comuneros demandados a una sola excepción, pues el pacto de indivisión es una excepción que podría darse dentro de este tipo de procesos; sin embargo ello no es óbice para no permitir el trámite de otras, pues a manera de ejemplo puede invocarse la prescripción extintiva o la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, o cualquier otra que ataque el fondo del proceso.

Sobre ello, el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Civil, desatando un recurso de apelación en contra de un auto que rechazó unas excepciones de mérito indicó lo siguiente:

(...)No se disputa que, según el artículo 409 del Código General del Proceso, "si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada, según corresponda", disposición que, según el juez, sugiere que la única defensa posible en este tipo de pleitos es la existencia de un acuerdo celebrado por los comuneros, en virtud del cual se hubieren comprometido a preservar la indivisión por un término —renovable- no mayor a cinco (5) años (C.C., art. 1374).

Diego Fernando Canizales Acevedo

Laura Andrea García Ospina

3135394883 / 3173065408

diego.canizales@hotmail.com / lauragarcia.abogada@hotmail.com

Sin embargo, se trata de un error de interpretación porque al hecho de habersele asignado una consecuencia jurídica a determinada hipótesis de oposición, no le sigue, en modo alguno, que el legislador hubiere restringido las posibilidades de defensa del comunero demandado, al supuesto del pacto de indivisión. Con otras palabras, la ley dijo que pasaba si el demandado no esgrimía ese acuerdo, pero no señaló, en parte alguna, que la réplica a la demanda se limitaría a ese pacto (o a la refutación del dictamen pericial), como tampoco que no eran admisibles otro tipo de defensas.

¿Por qué, entonces, el legislador se expresó de la manera en que lo hizo en el artículo 409 del CGP? La respuesta es sencilla si se repara en que sólo en los juicios divisorios puede plantearse esa defensa, que es propia del régimen de las comunidades, siendo claro que toda codificación procesal debe parar mientes en las particularidades de las relaciones sustanciales sobre las que versa el litigio, en orden a establecer el efecto que genera en el respectivo juicio.

De allí, a manera de ilustrativos ejemplos, las menciones que se hacen en otros procesos a figuras como el beneficio de excusión (C.C., art. 2383; CGP, art. 443, num. 3°), el beneficio de competencia (C.C., arts. 1684 y ss; CGP, art. 455), o el pacto comisorio calificado (C.C., art. 1937; CGP, art. 374), entre muchas otras. Luego, desde esta perspectiva, se impone colegir que en los procesos divisorios es posible plantear otro tipo de defensas, además del pacto de indivisión, sin desconocer que la naturaleza de la discusión delimita, por razones sustanciales, el ámbito de oposición del demandado.

En efecto, si el derecho a la división de la cosa común presupone la calidad de comunero, nada impide que la parte convocada a juicio divisorio planteé la falta de legitimación en la causa, para disputar que él o su demandante no tienen esa condición (que el juez debió verificar al admitir la demanda). También es posible alegar la cosa juzgada, si es que existió un proceso anterior—definido en sentencia ejecutoriada—entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa. En general, la parte demandada bien puede disputar la titularidad del derecho que alega su demandante, específicamente que se extinguió por el modo de la prescripción. Al fin y al cabo, si el comunero que demanda perdió el dominio, necesariamente se frustra su pretensión.(...)

7. Acto seguido, esta agencia judicial profirió el auto interlocutorio No. 1826 del 20 de agosto de 2019, justo un día antes de la audiencia programada, mediante el cual se decreta la venta del bien inmueble objeto de litigio, providencia que igualmente hace una especie de control de legalidad y deja sin efecto de manera implícita el numeral que convoca a audiencia de la providencia No. 375 del 27 de febrero de 2019, una vez más, por interpretar de manera errónea el artículo 409 del Código General del Proceso y considera que no es necesaria su realización.

Es aquí donde estriba el hecho generador de la causal de nulidad invocada, pues al incurrir el juez en una vía de hecho por un defecto factico y procedimental por indebida interpretación de la norma, omite

la oportunidad decretar y de practicar las pruebas solicitadas por las partes, pues cuando realmente existen unas excepciones previas propuestas por la parte demandada como el cobro de lo no debido respecto de la pretensión de los frutos civiles, para lo cual el juez debía convocar a audiencia pública y cuando menos debía, en búsqueda de determinar los hechos y pretensiones de la demanda, interrogar a las partes sobre si se produjeron los frutos civiles reclamados para así resolver la excepción de fondo.

Además, dentro de las pruebas, se encuentra el supuesto dictamen pericial sobre el avalúo del inmueble de marras que elaboró el mismo apoderado judicial de los demandantes, el cual de bulto puede observarse que no se constituye como tal. Recordemos, una vez más, que para la acción divisoria o venta del bien común, debe aportarse **en todo caso** un dictamen pericial, el cual aparte de ser un requisito formal de la demanda, también es prueba, y la más fundamental para esta clase de procesos. Es prueba porque nuestro código adjetivo en su artículo 165 establece que *son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez...*, la cual debía practicarse a voces del canon 171 del Código General del Proceso.

Si en gracia de discusión tomamos el argumento del juez al indicar que el dictamen pericial no es prueba y solo es un requisito de la demanda, esto iría en contra del principio de legalidad, seguridad jurídica y se desconocería las normas que son de obligatorio

cumplimiento, por lo tanto el juez deberá ceñirse a los siguientes postulados:

CODIGO GENERAL DEL PROCESO

ARTÍCULO 11. 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 surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.*

ARTÍCULO 12. VACÍOS Y DEFICIENCIAS DEL CÓDIGO. *Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.*

ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. *Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas,*

modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Teniendo claro entonces que el dictamen pericial además de constituir un requisito de la demanda en el proceso divisorio, también es prueba y que la misma debe practicarse, y como quiera que ello no ocurrió, da lugar a la concurrencia de la nulidad alegada, máxime que la “experticia” que se aportó con la demanda carece de los elementos que define la norma procesal como un dictamen pericial, pues literalmente esta indica lo siguiente:

PRUEBA PERICIAL.

ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA. *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.*

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y

corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

- 1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
- 2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
- 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
- 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*
- 5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o*

despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.

8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

Del dictamen presentado por los demandantes refulge por su ausencia todos los elementos que constituyen las experticias y que deben cumplir con el artículo en cita, más cuando para el presente proceso se requiere determinar, según el artículo 406 del C.G.P, **el valor del bien**, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama. El valor que

Diego Fernando Canizales Acevedo

Laura Andrea García Ospina

3135394883 / 3173065408

diego.canizales@hotmail.com / lauragarcia.abogada@hotmail.com

imprudentemente le asigna el abogado de los demandantes es el avalúo catastral y no el comercial que es el que realmente determina el precio real del inmueble, razón por la cual el Juez estaría imposibilitado a determinar el valor del bien ante la ausencia de un dictamen pericial, y como el Juez en la presente causa fijó el precio del inmueble con base en el artículo 444 del C.G.P, nuevamente incurre en una indebida interpretación de la norma, pero esta vez del artículo 411 "*trámite de la venta*", pues de manera errónea infiere que el remate del bien se hace conforme al inciso 4° del artículo 444 por el "avalúo" que presentó el abogado de los demandantes, que no es otra cosa que la norma que regula el avalúo y el pago con productos en el proceso ejecutivo y no el remate que está consagrado en el artículo 448 ibídem, que en todo caso requiere que el bien se encuentre debidamente embargado, secuestrado y **avaluado**, esto último que no ocurre pues el avalúo debe darse por el dictamen pericial que aportaran las partes, o si el juez decretó la experticia de oficio, que en este caso tampoco ocurrió, máxime que el avalúo si fue objetado en el recurso de reposición y en subsidio de apelación que interpuso el abogado que fungió como apoderado de mis procuradas.

8. Aun concurriendo las falencias, el despacho ha fijado fecha de audiencia de remate para el día 13 de julio de 2021, diligencia además de considerar que no es posible realizar por los vicios de nulidad antes señalados, estimo que se estarían vulnerando derechos fundamentales de mis procuradas al debido proceso e igualdad, entre otros, pues lo claros defectos fácticos y procedimentales se traducirían en un perjuicio irremediable, máxime que una de mis procuradas, la señora MARINA ANGEL DE GUZMAN es una mujer de avanzada edad, considerándose según la jurisprudencia, un sujeto de especial

Diego Fernando Canizales Acevedo

Laura Andrea García Ospina

3135394883 / 3173065408

diego.canizales@hotmail.com / lauragarcia.abogada@hotmail.com

protección constitucional. Además, también se vulnerarían los derechos fundamentales de los aquí demandantes, pues ante el craso error de la falta del avalúo comercial del inmueble y la práctica del mismo, sus pretensiones en realidad sufrirían una merma significativa en detrimento de sus intereses, como los de mis procuradas y los demás comuneros.

9. Mis procuradas me informaron que a finales del mes de junio presentaron por correo electrónico la revocatoria del poder del abogado que venía representándolas, por lo cual de conformidad con el artículo 76 del CGP, el mandato se dio por terminado desde la radicación del memorial

10. Las señoras MARINA ANGEL DE GUZMAN y MARIA ELENA GUZMAN ANGEL me han conferido poder especial para representarlas en el proceso de la referencia.

PRETENSIONES

De acuerdo a lo antes expuesto y en armonía con los fundamentos de derecho y jurisprudenciales, solicito de manera respetuosa lo siguiente:

1. Se me reconozca personería para actuar en presente proceso conforme al poder y a las facultades en él expresas.
2. Una vez reconocida la personería, solicito se declare la nulidad de lo actuado desde el Auto admisorio de la demanda, inclusive, por

haberse configurado la causal 5° del artículo 133 del Código General del Proceso.

3. En caso de no declarar la nulidad a partir del auto admisorio de la demanda, solicito subsidiariamente, se decrete a partir del auto interlocutorio No. 375 del 27 de febrero de 2019.
4. En caso de no declarar la nulidad a partir del auto admisorio de la demanda, ni desde el auto No. 375 del 27 de febrero de 2019, solicito de manera subsidiaria a la pretensión anterior, se decrete a partir del Auto No. 1030 del 21 de mayo de 2019, mediante el cual, deja sin efectos legales el numeral primero, segundo y el decreto de las pruebas del auto 375 del 27 de febrero de 2019.
5. En caso de que las pretensiones anteriores no prosperen, solicito se declare la nulidad de lo actuado desde el Auto No 1826 del 20 de agosto de 2019 mediante el cual se decreta la venta del inmueble.

SOLICITUD ESPECIAL

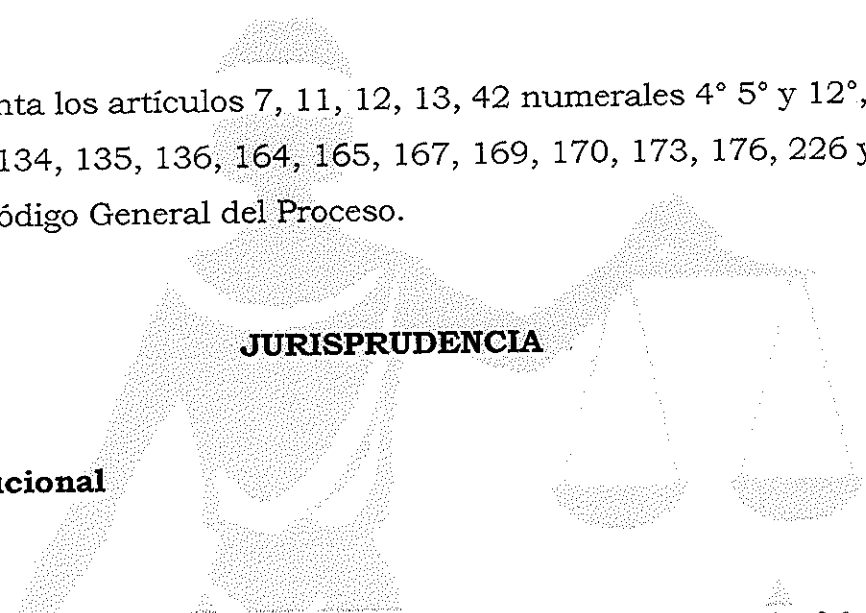
Solicito de manera respetuosa al despacho que, si logra evidenciar otra causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, efectúe en control de legalidad que dispone a voces del artículo 132 del Código General del Proceso y así lo disponga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Diego Fernando Canizales Acevedo
Laura Andrea García Ospina
3135394883 / 3173065408

diego.canizales@hotmail.com / lauragarcia.abogada@hotmail.com

Téngase en cuenta los artículos 7, 11, 12, 13, 42 numerales 4° 5° y 12°, 47, 127, 129, 132, 134, 135, 136, 164, 165, 167, 169, 170, 173, 176, 226 y ss, 406 y ss., del Código General del Proceso.



JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Auto 159/18

(...)de antaño, la Corte Suprema de Justicia ha advertido que la falta de motivación absoluta de una sentencia configura una causal de nulidad autónoma, de suerte que, además de las ocho causales establecidas en la ley, debe agregarse aquella que se vincula con el silencio indebido y arbitrario del juzgador¹. Ahora bien, más allá de su origen, esta causal también es aplicable en el régimen especial de la acción de tutela, sobre la base de que esta Corporación ha admitido como una causal específica de procedencia del recurso de amparo contra providencias judiciales, el defecto consistente en adoptar *decisiones sin motivación*², pues se ha entendido que bajo el principio de publicidad que rige a las actuaciones de jueces (CP art. 228), no es posible que se adopten determinaciones sin sustento

¹ La Corte Suprema de Justicia ha considerado que los artículos 29 y 228 Superiores, al dar alcance al derecho al debido proceso, incluyen la obligación del juez de darle publicidad a las razones que lo llevaron a adoptar una decisión, en aras de excluir la discrecionalidad y arbitrariedad en la labor de administrar justicia. Por tal razón, se ha inclinado por decretar la nulidad de los procesos en los que las sentencias carecen de forma absoluta de motivación, al no tener posibilidad alguna de adelantar un control material sobre lo resuelto. Véase, al respecto, (i) la sentencia del 29 de abril de 1988, Inversiones Inmobiliarios Movifoto Ltda contra el Banco de Comercio, M.P. Héctor Marín Naranjo y (ii) sentencia del 24 de agosto de 1998, Nicolás Elías Libos Saad frente a la Sociedad Promotora Colmena Limitada, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

² Véanse, entre otras, las Sentencias T-114 de 2002, T-463 de 2003, T-200 de 2004 y T-388 de 2006.

argumentativo o con razonamientos apenas aparentes o irrelevantes, que lejos de representar el ejercicio de la función de administrar justicia, lo que envuelven es un mero acto de poder.

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA SU774-14

(...)

“4.1.2.1. Defecto Fáctico.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto fáctico se encuentra relacionado con errores probatorios durante el proceso. Este se configura cuando la decisión judicial se toma *(i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios*³.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en la protección al principio de la autonomía e independencia judicial, en el cual se incluye el amplio margen que recae sobre los operadores judiciales para valorar – de conformidad con las reglas de la sana crítica – las pruebas que han sido recaudadas durante el proceso. Sin embargo, la sentencia SU-159 de 2002,

³ Sentencia SU-226 de 2013.

señaló que dicha independencia y autonomía *“jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de la administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”*⁴.

Así mismo, se ha señalado que el defecto fáctico tiene dos dimensiones; una positiva y una negativa. Mientras la primera hace referencia a circunstancias en las que se valoran pruebas vulnerando reglas legales y principios constitucionales, la segunda hace relación a situaciones omisivas en la valoración probatoria que pueden resultar determinantes para el caso. Dicha omisión se debe presentar de manera arbitraria, irracional y/o caprichosa⁵.

Esta Corporación ha establecido que la dimensión negativa se produce: *“(i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo”* ⁶. Y una dimensión positiva, que tiene lugar *“por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por*

⁴ Sentencia SU- 159 de 2002.

⁵ Ver Sentencia SU-447 de 2011

⁶ Sentencia SU-226 de 2013.

*decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia*⁷.

Se ha concluido que, el defecto fáctico por no valoración de pruebas se presenta⁸ *“cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente”*⁹.

(...)

4.1.2.2. Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto - Deber de oficiosidad del juez en materia probatoria.

El artículo 228 de la Constitución Política de 1991 estableció el derecho al acceso a la administración de justicia y el principio de prevalencia del derecho sustancial. De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha señalado la obligación por parte de los jueces - en su condición de directores de los diferentes procesos judiciales - de adelantar todas aquellas actuaciones que estén dentro de la órbita de sus competencias para tratar de llegar a la verdad y el esclarecimiento de los hechos.

Dentro del desarrollo de los requisitos especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el defecto procedimental es de dos clases:

⁷ Sentencia SU-226 de 2013.

⁸ Sobre defecto fáctico por omisión de valoración probatoria, se pueden ver; T-814 de 1999, T-450 de 2001, T-902 de 2005, T-1065 de 2006, T-162 de 2007, entre otras.

⁹ Sentencia T-078 de 2010.

(i) de carácter absoluto y (ii) por exceso ritual manifiesto. La primera de las categorías ocurre cuando *“el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido en el trámite de un asunto específico porque (i) sigue un trámite por completo ajeno al pertinente (desvía el cauce del asunto), o (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento legalmente establecido afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso”*¹⁰.

Por su parte, el exceso ritual manifiesto ha sido ampliamente desarrollado por esta Corporación al estudiar actuaciones judiciales en diversos procesos tanto en la jurisdicción civil como en la contenciosa administrativa y en la laboral.

La jurisprudencia constitucional ha advertido que se comete un defecto por exceso ritual manifiesto cuando el juez *“excede la aplicación de formalidades procesales que hacen imposible la realización material de un derecho”*¹¹. En garantía del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial se considera que se vulnera el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia si como consecuencia de un apego excesivo a las normas procesales, los operadores judiciales no cumplen sus deberes de impartir justicia, búsqueda de la verdad procesal y omitir actuaciones que obstaculicen el goce efectivo de los derechos constitucionales.

¹⁰ Sentencia T-591 de 2011.

¹¹ Sentencia T-363 de 2013.

Uno de los principales asuntos alrededor de los cuales se ha desarrollado el concepto de exceso ritual manifiesto se centra en las potestades oficiosas del juez para solicitar, decretar y practicar pruebas. Si bien se ha reconocido el principio general del derecho que establece “*que quien alega prueba*”, la jurisprudencia constitucional ha reiterado el deber de los jueces para que de manera oficiosa busquen a través del decreto y práctica de pruebas la certeza de los hechos en disputa y el efectivo goce de los derechos sustanciales. Frente al presente asunto, la sentencia T-213 de 2012 analizó la ocurrencia de un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto dentro de un proceso civil, en esta oportunidad la Sala Novena de Revisión señaló:

“(...) el contexto colombiano se ha asumido una ideología mixta, es decir, en parte dispositivo y en parte inquisitivo, habida cuenta que la iniciativa de acudir a la jurisdicción reposa en cabeza de las partes, quienes deben cuidar sus asuntos y brindar al juez todos los elementos que consideren necesarios para la prosperidad de sus pretensiones o excepciones, pero ello no implica que el juez sea un espectador en el proceso porque dentro de sus funciones se encuentra la de tomar las medidas indicadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, lo que de suyo propio lo faculta para decretar las pruebas de oficio que a bien considere necesarias.”

Bajo la consideración anterior, en varias oportunidades, esta Corporación ha señalado que los jueces incurrir en “*en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, cuando existiendo incertidumbre sobre unos determinados hechos que se estiman relevantes para la decisión judicial y cuya ocurrencia*

se infiere razonablemente del acervo probatorio, omite decretar, de forma oficiosa, las pruebas que podrían conducir a su demostración”¹².

La Corte ha reconocido que la omisión de decretar y practicar pruebas de manera oficiosa, cuando tienen la potencialidad de otorgar certeza a los hechos alegados por las partes y que pueden ser razonablemente inferidos del acervo probatorio existente, también se encuentra íntimamente ligado con la posible ocurrencia de un defecto fáctico. En este sentido se pronunció la sentencia T-363 de 2013, la cual afirmó *“que la omisión en el decreto oficioso de pruebas, puede concurrir en las dos categorías de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial (defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y defecto fáctico), máxime si entre ellas, como lo ha señalado esta Corporación, no existe un límite indivisible, pues tan solo representan una metodología empleada por el juez constitucional para facilitar el estudio de la alegación iusfundamental formulada en el escenario de la acción de tutela contra providencias judiciales”¹³.*

Por último, se deben reiterar las reglas jurisprudenciales que se han desarrollado con el fin de admitir la intervención de juez constitucional en asuntos relacionados con un eventual defecto procedimental. El amparo del derecho al debido proceso por la ocurrencia del mencionado defecto procede cuando *“(i) no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido*

¹² Sentencia T-591 de 2011.

¹³ Sentencia T-363 de 2013.

*imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales*¹⁴.

NOTIFICACIONES

El suscrito, en la carrera 15 No. 16-07 segundos piso. Celular: 3135394883, e-mail: diego.canizales@hotmail.com

Mis procuradas siguen recibiendo notificaciones en la dirección que obra en el proceso, añadiendo que el correo electrónico mediante el cual pueden notificarlas es maria_elena0618@hotmail.com.

Manifiesto que de este escrito corro traslado por correo electrónico a la parte demandante y al curador ad litem de otros demandados.

Cordialmente,

Diego Canizales

DIEGO FERNANDO CANIZALES ACEVEDO

C.C. 1.148.441.836 DE BUGA

T.P No. 304.727 DEL C.S.J

¹⁴ Sentencia T-264 de 2009.