



Arauca, Arauca, 01 de agosto de 2019.

Asunto : **Decide nulidad procesal**
Radicado No. : 81 001 3331 001 2017 00542 00
Demandante : Gestión del Mantenimiento Hospitalario Ltda.
Demandado : Hospital San Vicente de Arauca ESE
Naturaleza : Ejecutivo

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de nulidad procesal planteada por la entidad ejecutada.

ANTECEDENTES

1. Trámite del proceso.

1.1. La firma Gestión del Mantenimiento Hospitalario Ltda, formuló la demanda ejecutiva contractual de la referencia, gestionando el pago total del crédito pactado en el contrato de prestación de servicios No. 2.003 de 2015 (fls. 1 a 175).

1.2. Mediante proveído del **12 de junio de 2018**, el Juzgado libró mandamiento ejecutivo en contra del Hospital San Vicente de Arauca, notificado por estado a la parte ejecutante el día siguiente (fls. 179-182).

1.3. A la parte ejecutada se le notificó personalmente al buzón electrónico establecido para el efecto, el día **21 de junio de 2018**, mismo día en que se notificó el Ministerio Público (fls. 185-186).

1.4. El mismo día *-21 de junio-* se radicó en la Entidad accionada el traslado físico de la demanda (fol. 188), así como al Ministerio Público (fol. 187).

1.5. El **13 de agosto de 2018** la Entidad demandada contestó la demanda, proponiendo la excepción de pago total de la obligación (fls. 190-204).

1.6. Mediante auto del **10 de septiembre de 2018**, el Juzgado estimó que la demanda fue contestada de forma extemporánea y ordenó seguir adelante la ejecución conforme al mandamiento ejecutivo (fls. 206-209), cuya decisión se notificó en estado del 12 de septiembre de 2018, tanto a las partes como al Ministerio Público (fls. 210-214).

1.7. El **14 de septiembre de 2018** la parte ejecutada presentó recurso de reposición en subsidio del de apelación (fls. 205-223), del cual se corrió traslado (fol. 224) y la parte ejecutante se pronunció (fls. 225-227).

Ese mismo día formuló **solicitud de nulidad** de lo actuado a partir del auto del 10 de septiembre de 2018 (fls. 1-5 c. nulidad), de la cual se corrió traslado a la parte contraria quien permaneciendo silente (fls. 7-8 c. nulidad).

1.8. Al desatarse el recurso mediante auto del **22 de octubre de 2018**, el Juzgado lo rechazó por improcedente (fol. 229).

2. Fundamentos de la nulidad propuesta.

La parte ejecutada sostiene como argumento básico de la nulidad pretendida, que al notificarse personalmente a la Entidad del mandamiento ejecutivo en la forma regulada en el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del CGP, los términos para proponer las excepciones reglamentadas en el artículo 442 *ejusdem* solo comienzan a correr al vencimiento de los 25 días de surtirse la última notificación electrónica.

De ahí que estime viciado de nulidad el auto del 10 de septiembre de 2018 y toda la actuación sucesiva, por cuanto se tuvo por contestada la demanda de modo extemporáneo, al contabilizarse el traslado para proponer excepciones desde el día siguiente de la notificación personal electrónica, cuando en su criterio, debió computarse una vez vencidos los 25 días siguientes a la recepción del *email*.

Así argumenta que se incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 5 del artículo 133 del CGP, cuando dentro del auto del 10 de septiembre de 2018 no solo se continuó con la ejecución, sino que además se rechazaron de plano las excepciones, violándose el debido proceso y el derecho de defensa.

3. Oposición a la solicitud de nulidad.

La parte ejecutante al respecto no se pronunció.

CONSIDERACIONES

1. La nulidad procesal en el proceso ejecutivo administrativo.

1.1. Antes de darle paso a la solución concreta de la nulidad, el Despacho se referirá brevemente frente a la procedencia y trámite de las nulidades procesales dentro del proceso ejecutivo administrativo.

A propósito comiencese por decir, que el trámite de la acción ejecutiva no fue reglamentado por el CPACA, por cuanto si bien se tituló el artículo 298 para ello como «**Procedimiento**», en su contenido no se disciplinó su instrucción.

Por esta razón y en virtud del artículo 306 del CPACA se acude al procesamiento del ejecutivo regentado en el CGP, empero si el documento soporte de cobro es contractual, el reenvío a esta codificación se hace por mandato del artículo 299 del CPACA.

1.2. Aunque parezca trivial, es de suma importancia tener claro lo anterior, porque con ello se puede colegir, que la nulidad procesal dentro del ejecutivo administrativo, no se tramita como incidente sino como mera petición de invalidación, o lo que es igual a decir, no se procesa bajo la égida del artículo 209 del CPACA¹ y subsiguientes, sino por la del artículo 134 del CGP² (inc. 3 y 4) y complementarios.

¹ Artículo 209 CPACA. Incidentes. Solo se tramitarán como incidente los siguientes asuntos:

1. Las nulidades del proceso.

2 (...)

² Artículo 134 CGP. Oportunidad y trámite. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.

(...)

No se pierda de vista que en el CGP no se contempla la nulidad procesal como un asunto que deba ventilarse mediante incidente, como solía adelantarse en vigencia del CPC (art. 142, inc. 5º), tal como lo explicó la Corte Suprema de Justicia:

«Los artículos 127 a 131 del Código General del Proceso regulan de manera general los incidentes, estableciéndose que sólo se tramitaran como tal los asuntos que la ley expresamente así señale (Art. 127).

Esos casos concretos a los que se refiere la norma son: - la regulación de honorarios (Art. 76), - regulación de perjuicios causados con las medidas cautelares, si se retirare la demanda (Art. 92), - la oposición a la exhibición de documentos (Art. 186), - la tacha de falsedad en los procesos de sucesión (Art. 270), - incidente para solicitar el pago de la sanción pecuniaria de persistir los actos perturbatorios en procesos posesorios (Art. 377), - el trámite de las objeciones en los procesos de rendición de cuentas (Art. 379), - las diferencias entre el administrador y los comuneros en el proceso divisorio (Art. 418), - la solicitud de regulación o perdidas de intereses; - la reducción de la pena, hipoteca o prenda; la fijación de la tasa de cambio, o la tacha de falso el título ejecutivo o el contrato de hipoteca o de prenda, en el trámite de adjudicación o realización especial de la garantía real (Art. 467), - las objeciones al trabajo de partición en el proceso de sucesión (Art. 509), y el incidente de levantamiento de embargo y secuestro por parte del tercero poseedor que no asistió a la diligencia de secuestro (Art. 597 - 8.).

Surge claro, entonces, que el trámite de las nulidades no fue previsto de manera expresa dentro de aquellos asuntos que deben proponerse, gestionarse y decidirse a través de un incidente acorde al artículo 127 ibídem³» (Se resalta).

1.3. En cuanto a la procedencia de la nulidad, es indiscutible que la misma depende de la comprobación de alguna de las causales expresamente contempladas en el artículo 133 del CGP, así como de su alegación oportuna (art. 135) y de su imposibilidad de remediarse.

2. Solución de la nulidad.

2.1. El primer aspecto que debe examinarse en el *sub lite*, es si la actuación procesal que se denuncia espuria, comporta algún vicio de aquellos previstos en los numerales 1 a 8 del artículo 133 del CGP, pues conforme al párrafo único de este precepto «*las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece*».

Para la entidad ejecutada, la actuación configura las hipótesis de nulidad consagradas en los numerales 2 y 5 del artículo 133 del CGP, según las cuales el proceso es nulo cuando «*el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia*» y 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*».

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...

³ CSJ. Sala Penal. Providencia del 27 de julio de 2016. MP. Eugenio Fernández Cartier. Exp. 42720.

2.2. Comenzará el Despacho examinando si de verdad se está pretermitiendo (obviando, suprimiendo o evitando) íntegramente (totalmente) la respectiva instancia, cuya causal se configura:

«...cuando es omitida la totalidad de los actos procesales comprendidos entre los señalados hitos que marcan el inicio y la terminación de cada una de las instancias.

De ese modo, no es cualquier anomalía en la actuación la que estructura el motivo de anulación, pues el legislador estableció aquel para el evento de que se pretermitiera “*íntegramente*” una de las instancias del proceso, lo que excluye la omisión de términos u oportunidades, o aun la irregularidad de prescindir de una parte de la instancia, porque es de tal entidad el exabrupto que previó el ordenamiento positivo, que es necesario que la presencia de ese vicio altere en gran medida el orden del proceso fijado en la ley.

La pretermisión de una actuación específica o de varias, en tanto no correspondan a toda la instancia, no es cuestión que dé lugar a la nulidad que se comenta, sin desconocer, claro está, que tal situación constituye un defecto procesal y que, por lo mismo, es preciso evitarla, y en caso de haberse presentado, procede su corrección a través de los mecanismos procesales adecuados».

Según la ejecutada, esta irregularidad se padece en el presente proceso, porque al tenerse por no contestada en tiempo la demanda, se estaría rechazando de plano las excepciones de mérito mediante proveído que sería apelable de acuerdo al artículo 321.4 del CGP, pero que no se podría apelar porque el artículo 440 *ejusdem*, consagra la improcedencia de todo recurso contra el auto que sigue adelante la ejecución cuando no se formulan excepciones de mérito.

Pues bien, infortunadamente el CGP no estableció norma específica que obligue al juez a pronunciarse mediante auto autónomo dentro del proceso ejecutivo con relación a la **oportunidad de la contestación de la demanda**, pese a que de acuerdo al artículo 321.1 del CGP tal determinación sea apelable y a que dentro del proceso ejecutivo también lo sea cuando quiera que implique el rechazo de las excepciones de mérito formuladas (numeral 4 *ibidem*), lo cual ha conllevado a que en la práctica se mezcle el *pronunciamiento sobre la oportunidad de la contestación de la demanda* con otras decisiones que no son apelables, como aquí sucede.

Por lo anterior cabe preguntarse: ¿la decisión deja de ser apelable porque se provee de forma conjunta en un auto que contiene otra determinación inapelable?

Para el Despacho la respuesta es negativa, por cuanto la factibilidad de impugnar una decisión judicial no se subordina al tipo de providencia mediante la cual se expide (auto o sentencia), en tanto algunas aunque son sentencias no son apelables (procesos de única instancia), y otras aunque se provean mediante auto sí lo son, como las que taxativamente enlista la ley.

En la jurisdicción contenciosa administrativa, solo son apelables las sentencias emitidas en primera instancia y los autos mencionados en el artículo 243 del CPACA «*incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil*»⁴, razón por la cual el recurso de apelación no podía tramitarse en este caso, aunque no por las razones esbozadas por el Juzgado en auto del 22 de octubre de 2018 (fol. 229).

⁴ Parágrafo, art. 243 CPACA.

No obstante, la actuación sí se observa irregular porque si bien la decisión de tener por contestada la demanda de forma extemporánea no era apelable, ante la impugnación debió tramitarse como reposición, cuyo recurso sí era plausible conforme al artículo 242 del CPACA:

«**Artículo 242. Reposición.** Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica».

Debió entonces atenderse la orientación establecida en el párrafo del artículo 318 del CGP según el cual «*Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente*»

Así las cosas, al revisarse la actuación se advierte que el rechazo *in límine* del recurso fue procedimentalmente desacertado, con la implicación de afectar gravemente el derecho de contradicción de la ejecutada, quien no logra ser oída en juicio a partir de lo resuelto por el Juzgado.

No obstante dicho desacierto, tal irregularidad no encuadra en la causal 2 del artículo 133 del CGP, por cuanto como se ha dicho, no era procedente la apelación contra la decisión de tener la demanda por contestada extemporáneamente, así que el escrutinio de lo resuelto no le competía a la segunda instancia, en tanto solo ameritaba una nueva revisión pero por parte del mismo decisor, conforme al artículo 242 del CPACA, y por en ende, no se puede considerar que se pretermitió «*íntegramente la respectiva instancia*».

2.3. Ahora se procederá a verificar si el yerro es muestra de la hipótesis 5 del artículo 133 del CGP, que sanciona con nulidad la actuación espuria cuando «*se omiten 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*».

Analizado el tema el Despacho colige que no se evadió el tramo para **solicitar** pruebas, por cuanto para ello se notificó de la demanda, se corrió traslado y la parte demandada tuvo la posibilidad de aportar y solicitar los soportes de su tesis.

En cuanto la supresión de la oportunidad para **decretar** y **practicar** pruebas, se recuerda que en el proceso ejecutivo estas diligencias se surten solo si se formulan excepciones (art. 443 CGP), caso en el cual se acude al procedimiento previsto en los artículos 372 y 373 del CGP, en cuya virtud dentro de la *audiencia inicial* se decretarían las pruebas eventualmente solicitadas, y en la de *instrucción y juzgamiento* se practicarían.

Así que para saber si hubo una pretermisión ilícita de la garantía procesal al decreto y práctica de pruebas oportunamente gestionadas, se tendrá que examinar si de verdad la parte ejecutada aprovechó en tiempo su derecho a la actividad probatoria. Esto por cuanto de ser así, corresponde al Juzgado privilegiar **el derecho a la prueba** de raigambre constitucional (art. 29 C. Pol.⁵), el cual se lesionaría si pese a darse la

⁵ Se destaca del artículo 29 constitucional su inciso 4º: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a **presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra**; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"

posibilidad para pedir las, se deja de emitir de manera injustificada la providencia en que se estudia su admisión.

Esto nos lleva al centro de la discusión, pues la razón por la cual se justificó la falta de pronunciamiento sobre las peticiones probatorias, partió de estimarse que la ejecutada se pronunció a destiempo sobre el cobro aquí ventilado. Todo porque para el Juzgado el término de traslado para formular excepciones principiaba al día siguiente de surtirse la notificación personal electrónica.

Para determinar si la contestación de la demanda fue oportuna, surge necesario practicarle una lectura al actual artículo 199 del CPACA:

*«Artículo 199. Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil. El auto admisorio de la demanda y el **mandamiento de pago contra las entidades públicas** y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado **se deben notificar personalmente** a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, **mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.***

(...)

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y de la demanda.

Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente.

En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso...».

El precepto es de fácil inteligencia. En él se extrae sin dificultades que tanto el auto admisorio como **el mandamiento ejecutivo** de las demandas adelantadas en contra de las Entidades Públicas y las personas privadas con funciones públicas, se notifica al correo electrónico insertando copia del auto y de la demanda, pero en tal evento no comienza a correr el tiempo de traslado otorgado sino *«al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación»*.

Otra interpretación desmembraría la norma, en contra de su sentido literal, pues sin duda en el artículo 199 del CPACA se reguló de forma cabal la notificación personal del auto admisorio de la demanda y del mandamiento ejecutivo en contra de las entidades ya anotadas.

Bajo este entendido se consulta el informativo de donde se extrae que la última notificación electrónica se practicó el día **21 de junio de 2018** (fls. 185-186), así que desde el día siguiente se deben contabilizar los 25 días hábiles referidos en el inciso 5º del art. 199 aludido, y una vez culminados éstos, se inicia el conteo del término del traslado -para el caso- los 10 días para formular excepciones (art. 442.1 CGP), los cuales vencieron el **14 de agosto de 2018**.

Como esto es así, la demanda definitivamente sí se contestó en tiempo, en tanto se radicó el memorial el día **13 de agosto de 2018** (fls. 190-204), valga decir, con anticipación al vencimiento del término de traslado, razón por la cual es legítima la protesta del litigante, que en suma logra demostrar la configuración de la causal de anulación descrita en el artículo 133.5 del CGP, en tanto dentro de la sustanciación del proceso, se le arrebató el derecho a que se providenciara su solicitud probatoria, y aún más, se infringió su derecho de defensa al no ser oído en juicio.

3. Efectos de la nulidad.

3.1. Este vicio procesal de suyo insaneable, ameritará la aniquilación de la actuación hasta ahora surtida pero en su justa proporción, en virtud del principio de *protección o salvación del acto procesal* que rige en esta materia.

En efecto, para esta Judicatura la mejor forma de subsanar lo sustanciado y mantener vigente la mayor actuación posible, consiste en retrotraer el trámite enervándolo desde el auto que ordenó seguir adelante la ejecución, inclusive (fls. 206-209), para en su lugar tener por contestada en tiempo la demanda y ordenar que por secretaría se corra traslado de las excepciones formuladas por el reputado deudor.

3.2. Con esta medida se conjura consecuentemente el equívoco cometido por el Juzgado cuando rechazó *in limine* el recurso vertical propuesto por la ejecutada sin darle trato de censura horizontal, por estar comprendida esa decisión dentro de los hitos procesales removidos.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 10 de septiembre de 2018 mediante el cual se ordenó seguir adelante la ejecución, inclusive (fls. 206-209), por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Subsanan la actuación teniendo como contestada en tiempo la demanda. En consecuencia se **Ordena** que por secretaría se corra traslado de las excepciones formuladas por la parte ejecutada.

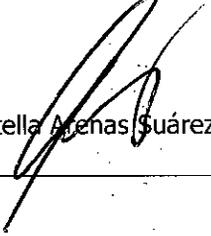
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ELKIN ALONSO SÁNCHEZ
Juez

**Juzgado Primero Administrativo de
Arauca
SECRETARÍA.**

El auto anterior es notificado en estado
No. **082** del **02 de agosto de 2019.**

La Secretaria,


Luz Stella Arenas Suárez