Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO DEL
CIRCUITOSAN JUAN DEL CESAR, LA GUAJIRA

San Juan del Cesar, La Guajira, cinco (05) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO:	EJECUTIVO SINGULAR MAYOR CUANTIA
EJECUTANTE:	GABRIEL OSPINO SALAS
EJECUTADO:	ORLY VARGAS GUTIERREZ
RADICADO:	44-650-31-89-002-2021-00077-00

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a realizar control de legalidad sobre el auto del dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), mediante el cual se admitió la demanda ejecutiva de la referencia y se libró mandamiento de pago en contra de la Señora ORLY FRANCINA VARGAS GUTIÉRREZ.

II. ANTECEDENTES

Mediante auto del dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) este Juzgado libró mandamiento de pago del Señor GABRIEL DARIO OSPINO SALAS y en contra de la Señora ORLY FRANCINA VARGAS GUTIÉRREZ.

La parte demanda presentó excepciones previas al auto que libró mandamiento de pago.

Mediante auto del treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022) este despacho resolvió tener como contestada la demanda, tener como extemporáneo el recurso de reposición presentado por la parte demandada en contra del auto del dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

III. CONSIDERACIONES

Jurisprudencialmente se ha dicho que, en términos generales, debe entenderse la nulidad procesal como *“la sanción que produce la ineficacia de lo actuado en un proceso, cuando éste no se ha ceñido a las prescripciones de la ley que regula el procedimiento*”. De esta manera, en el derecho procesal, a las nulidades procesales se les señala como un error in procedendo, ya que constituyen un apartamiento de

las formas o medios establecidas para obtener los fines de justicia queridos por la ley, que originan un error en la forma del proceso, más no del contenido del mismo, el cual es sancionable partiendo del hecho de que las formas constituyen garantías para los derechos; de ahí que se proclame la regla que las formas procesales no tienen otro sentido que el de garantizar los derechos de los individuos, por lo que las nulidades no tienen otro objeto que salvaguardar dichas garantías.

El referido régimen de nulidades se encuentra soportado sobre varios principios fundamentales que regulan su aplicación a saber: La especificidad, protección y convalidación, haciendo referencia el primero a su consagración positiva, el segundo a la necesidad de preservar el derecho de los sujetos procesales, y el tercero al interés del legislador en que todo lo relativo a las nulidades se resuelva o decida en el transcurso del proceso en donde se presentan, ofreciendo los medios para su alegación, so pena de quedar convalidadas.

Además de los mencionados principios, la Corte Suprema de Justicia también ha establecido que la alegación de nulidades ha de ajustarse a los principios concurrentes de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad. [1]

A su vez, el estudio del régimen de las nulidades procesales ha definido la clasificación de estas en saneables e insaneables, siendo las primeras las que permiten la continuidad del adelantamiento del proceso cuando la parte afectada con la misma la puede subsanar por cualesquiera de los medios reseñados en el estatuto instrumental para ello y estas las que impiden que la actuación sea válida por ausencia de las condiciones para ello, clasificación importantísima para efectos de su declaración judicial, en la medida en que para las saneables debe mediar petición de parte, mientras que para las insanables procede aún de manera oficiosa.

Fuera de lo anterior, se debe precisar que en el sistema Jurídico Colombiano, la naturaleza de las nulidades procesales es objetivo, esto es, taxativo, de tal manera que el juez ni las partes tienen discrecionalidad para crear a su antojo causales de nulidad, ni aplicar de manera extensiva o analógica las legalmente establecidas por el legislador, al punto que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos establecidos en el estatuto procesal civil.

ANALISIS DEL CASO CONCRETO

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP1090-2017 RAD 45.543

En el capítulo de las nulidades el legislador también consagró la figura del control de legalidad (artículo 132. C.G.P), la cual dispone: *"Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación".*

Lo anterior resulta relevante en el presente asunto porque, aunque es cierto que la parte demandada presentó de manera extemporánea las excepciones previas a través de recurso de reposición en contra del auto que libró mandamiento de pago, no es menos cierto que sus reparos allí son acertados en relación con la falta de poder para representar al señor CRISTIAN ARREGOCES PINTO, lo que constituiría una nulidad según el numeral 4° del artículo 133 del C.G.P.

Véase entonces que fue la parte demandada quien advirtió al despacho sobre la irregularidad. Ese orden de los factores tiene una connotación especial si se revisa lo que dispone el artículo 137 del C.G.P:

> *"En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará."*

Ahora bien, carecería de sentido elaborar un auto con forme a esa regla para poner en conocimiento a la parte demandada sobre una nulidad que ella misma ya ha advertido. Por tanto, este juez aplicará la figura del control de legalidad consagrada en el artículo 132 del C.G.P.

Como ya se dijo en líneas atrás, en la admisión de la demanda promovida por el señor GABRIEL OSPINO SALAS con base en el acuerdo de divorcio suscrito entre las partes el día 05 de febrero de 2021, se inadvirtió que el cobro de lo estipulado en la clausula 8, literal C, corresponde a el señor CRISTIAN ARREGOCES PINTO, persona a quien según lo allí escrito se le adeuda la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10.000.000). No podría pronunciarse de fondo este despacho sobre el literal C de la cláusula N° 8 del acuerdo de divorcio celebrado por las partes, sin tenerse en cuenta al señor ARREGOCES, toda vez que la posibilidad de hacer exigible la obligación nace para ambos desde el momento en el que se configura el incumplimiento que acusa el demandante. Por ello, este despacho se atendrá a

resolver aquellas obligaciones que tengan relación con el demandante, el señor GABRIEL OSPINO SALAS.

Ahora, no solo la falta de poder es el único aspecto que hay que someter a examen del título ejecutivo, también debe estudiarse la ejecución derivada de la cláusula penal por la que se libró mandamiento de pago en el auto del dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) en el numeral primero (1.2). Adelantar una ejecución por la cláusula penal implica que una de las partes incumplió sus obligaciones contractuales, lo que requiere en principio una declaración de incumplimiento.

Al respecto la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ha indicado que:

> *"(…) la viabilidad del proceso ejecutivo cuando se utiliza como base de la acción un contrato, se requiere ineludiblemente que la obligación que se reclama insatisfecha fluya con plena claridad, sin que el funcionario judicial requiera hacer algún tipo de interpretación, análisis profundos o elucubraciones de distinta índole para establecer su existencia y que la mismas no sea exigible como correlativa de otra, porque de ser así ya no se puede reclamar por este medio su cumplimiento, sino que dicha discusión se debe plantear al interior de un juicio ordinario"*
>
> *Y en tratándose de la cláusula penal por el incumplimiento del contrato, la jurisprudencia también precisó que aquella "ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, [y] su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente."*[2] *(Subrayado fuera de texto)*

Por otro lado, el Tribunal Superior de Pereira-Sala de Decisión Civil Familia - Unitaria, considera que:

> *"(…) la indemnización de perjuicios no puede cobrarse como pretensión principal dentro de un proceso ejecutivo, pues el juez(a) tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo en tal sentido y ello procesalmente no es aceptable desde ningún punto de vista, puesto que sería necesario que haga una valoración probatoria, lo cual es una actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo y más particularmente al auto de mandamiento de pago. En consecuencia, si el actor lo que reclama es la indemnización de perjuicios deberá acudir, previamente, al*

[2] Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil, Expediente. 66681-31-03-001-2014-00261-01, de fecha 11 de agosto de 2014.

proceso declarativo, por lo que mientras no se reconozca en una sentencia, esta cláusula penal no será ni clara ni exigible."[3] *(Subrayado fuera de texto)*

Es claro entonces que, no hay razón para que deba librarse mandamiento de pago con base en los literales C y D del numeral 8 del acuerdo de divorcio celebrado entre el señor GABRIEL OSPINO SALAS y la señora ORLY VARGAS GUTIERREZ. En primer lugar, porque como se explicó no consta que el señor CRISTIAN ARREGOCÉS haya otorgado poder para que se actúe en su nombre y representación. En segundo lugar, porque el cobro de la clausula penal supone un juicio que declare la responsabilidad de quien incumple, por lo que es imposible que dentro del proceso ejecutivo se discuta esto, sobre todo porque los títulos que sirven de base para una ejecución deben tener una obligación clara, expresa y exigible.

Ahora, como no es posible que pueda librarse mandamiento de pago sobre los referidos literales C y D del numeral 8 del acuerdo de divorcio, este despacho debe decretar la nulidad de los numerales **1.2** y **1.3** del auto del dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021). Sin embargo, lo anterior traería como consecuencia que la cuantía del proceso que fue establecida en la suma de CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS ($142.845.887), ahora sea de OCHENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS ($82.845.887) valor que no excede los $136.278. 900 millones requeridos para que el proceso pueda ser considerado de mayor cuantía (2021 fecha de presentación); valor sobre el cual se suscribe la competencia de los jueces del circuito.

Dicho lo anterior, esta agencia judicial decretará la nulidad de todo lo actuado y remitirá el presente asunto a los Jueces Municipales de San Juan del Cesar- La Guajira (Reparto) por considerar que la cuantía del mismo es de su resorte.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito San Juan del Cesar, La Guajira:

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado por las razones anteriormente expuestas.

[3] Tribunal Superior de Pereira-Sala de Decisión Civil Familia, Expediente. 66681-31-03-001-2014-00261-01, de fecha 16 de marzo de 2016.

SEGUNDO: REMITIR el presente proceso a los Jueces Municipales de San Juan del Cesar- La Guajira (Reparto)

TERCERO: NOTIFICAR a las partes de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

ANDRÉS MAURICIO POSADA COLLAZOS

ACT