

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO SUPERIOR DE CALI
SALA DE DECISIÓN UNITARIA

Santiago de Cali, quince de febrero de dos mil veintiuno
Magistrado Ponente: Dr. CESAR EVARISTO LEÓN VERGARA.
Radicación No. 013-2017-00046-03

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el auto calendado 13 de marzo de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad, por medio del cual se rechazó la solicitud de nulidad formulada por la parte demandada, dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario adelantado por Banco de Bogotá S.A. Elianor Sánchez de Fernandez y Carlos Alberto Fernández Lenís.

I. ANTECEDENTES

El apoderado del extremo pasivo propuso incidente de nulidad, fundado en la causal prevista en el num. 2 del art. 133 del C.G.P., según la cual el proceso es nulo cuando el juez "pretermite íntegramente la respectiva instancia", ya que en este caso no se resolvió el recurso de reposición contra el auto de 14 de marzo de 2017, mediante el cual se libró mandamiento de pago.

Indicó que el juez de primera instancia procedió de manera abiertamente contraria a la ley al admitir una demanda contra personas distintas a las que suscribieron los títulos valores que sirven de base al recaudo, y que la única forma de atacar dicha irregularidad fue mediante el recurso horizontal el cual nunca fue resuelto.

Finalizó señalando que lo que se pretendía con el recurso de reposición contra el mandamiento de pago era que se profiriera un nuevo auto en el cual se ordenara el pago del crédito de vivienda –a pesar de que se encontraban al día con los pagos- ya que es la única obligación que se puede amparar con la hipoteca, pues las demás no están obligados a pagarlas los actuales propietarios.

Frente a lo anterior, el a-quo decidió "RECHAZAR la solicitud de declaratoria de nulidad formulada", al estimar que no es procedente atender una solicitud de nulidad interpuesta por quien haya actuado en el proceso sin proponerla, ya que ello implica que se entiende saneada y aquí se observa que ocurrió lo planteado, ya que la primera actuación data de 9 de mayo de 2017.

Contra la anterior decisión, el apoderado del extremo pasivo presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, reiterando los argumentos ya expuestos acerca de la ausencia de resolución del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, añadiendo que la institución financiera ha faltado a la verdad a la hora de la elaboración de los títulos valores, manifestando que una vivienda ha servido de garantía para hacer préstamos a una persona jurídica, hechos que son contrarios a la ley y a la constitución.

Seguidamente, el Juez de instancia mediante auto de 28 de agosto de 2020, resolvió mantener incólume providencia apelada, indicando que el recurrente afirma que como se ejecuta una obligación que no fue suscrita por los demandados en su criterio esto significa pretermittir una instancia, y que dicho argumento no encuentra asidero alguno por que la ejecución de una obligación con garantía real lleva consigo el derecho de persecución y preferencia de que tratan los art. 2449 y 2452 del C.C., por lo cual el hecho de que el demandado no haya suscrito la obligación en nada riñe con el debido proceso si se tiene en cuenta que él es el actual propietario del bien dado en hipoteca, y que además esa situación no configura la causal alegada, la cual tiene presupuestos distintos a lo acontecido en este caso.

Finalizó acotando que la decisión de rechazar la nulidad interpuesta no se encuentra despojada de sustento dado que no se encuentra enlistada entre aquellas nulidades que la ley estipula, pues cualquier acto del que se demande su nulidad debe estar cobijado con el principio de taxatividad. En efecto resolvió no revocar el auto apelado concediendo la alzada.

Arribadas las presentes diligencias a esta instancia, se procede a resolver el recurso de apelación, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1.- La declaración de nulidades procesales, se rige de manera clara e inequívoca por el principio de la taxatividad, de tal suerte que el proceso es nulo, en todo o en parte, sólo en los casos consagrados en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, y en el caso específico consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, referente a los casos en que las pruebas son obtenidas con violación del debido proceso, que opera de pleno derecho.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, ha precisado:

"...las nulidades del régimen procesal civil no solo está gobernado por su principio de taxatividad y especificidad que indican que los motivos que a ella dan lugar se encuentran enlistados y determinados en la ley, como que su alcance, no obstante

*obedecer a la garantía del debido proceso, es de naturaleza restringida, pues las demás irregularidades procesales solamente pueden ser objeto de recursos, so pena de tenerse por subsanadas"*¹.

Por su parte la Corte Constitucional refiriéndose al tema de las nulidades procesales consagradas en la Ley procesal civil, ha establecido:

"No se opone a la norma del artículo 29 de la Constitución la circunstancia de que el legislador señale taxativamente las causales o motivos de nulidad (...). "Con fundamento en lo anterior, estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión "solamente" que emplea el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiendo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el artículo 29 de la Constitución..." "En consecuencia, además de dichas causales, es viable y puede invocarse la prevista en el artículo 29 de la Constitución, según la cual, "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso" que es aplicable en toda clase de procesos." (Sentencia, C-491 de 1995. M. P. Antonio Barrera Carbonell).

*2.- De acuerdo con el inciso 1º del artículo 135 del C.G.P., la parte que solicite un nulidad "deberá expresar su interés para proponerla, la causal invocada y los hechos en que se fundamenta...", precepto que armoniza con el inciso 4º, bajo cuyo tenor el juez debe rechazar de plano la nulidad **"que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo**, en hechos que pudieron alegarse en excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de nulidad, o que se proponga después de saneada" (negritas por fuera del texto original)*

En el caso objeto de estudio, el extremo recurrente fundamentó la solicitud de declaratoria de nulidad en la causal 2ª del art. 133 del C.G.P., específicamente en la que se configura "Cuando el juez pretermite íntegramente la respectiva instancia", supuesto que se predica cuando el Juez de instancia prescinda por completo de una instancia judicial.

Efectuados los anteriores señalamientos, delantamente advierte esta Sala de Decisión la improsperidad del recurso de apelación, ya que en contravía de los mandatos legales arriba referidos fue planteada dicha petición de invalidez procesal, esgrimiendo el pretermite íntegramente la instancia, pero a decir verdad, los supuestos hechos en que se fundamentó la solicitud no tienen ninguna aptitud para estructurar dicha causal, porque lo relacionado con el trámite que se le imprimió al recurso de reposición formulado por la parte demandada contra el mandamiento de pago no constituye un argumento idóneo en manera alguna para avizorar que en el presente caso se prescindió de todo el procedimiento que legalmente corresponde.

¹ Auto 16-06-99, Gaceta Judicial Tomo CCLVIII, Número 2497; M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta.

Para mejor decirlo, es palmario que lo relacionado con el manejo que se le dio al recurso de reposición contra el mandamiento de pago, nada tiene que ver con la causal de pretermittir íntegramente la instancia, así este no se haya resuelto, como erróneamente lo afirma el apelante, pues como bien se sabe, pretermittir íntegramente la respectiva instancia- se refiere, conforme a las expresiones, omitir o no adelantar el programa de actos sucesivos y conexos que forma el procedimiento de la única instancia, de la primera o de la segunda. No es omitir alguno de los actos procesales de la respectiva instancia. Ni siquiera prescindir del trámite de un recurso o incidente que según la ley debería haberse tramitado, puede causar esta nulidad; lo que pone de relieve que la omisión se refiere a toda una instancia, y no a parte de ella

Pero además, se advierte que se equivoca el apoderado del demandado al manifestar que no existió pronunciamiento del despacho frente al recurso de reposición formulado por la parte demandada contra el mandamiento de pago, pues de la revisión del expediente se advierte que el mismo se resolvió a través de auto de 12 de mayo de 2017 (Fl. 135 – 137), considerando que únicamente es viable atacar el mandamiento ejecutivo mediante este medio, cuando se alegue una excepción previa, se pretenda el beneficio de excusión o se discutan los requisitos formales del título, y comoquiera que los argumentos de los recurrentes nada tenían que ver con dichas circunstancias, rechazó por improcedente el recurso vertical, decisión que se encuentra ajustada a derecho de conformidad con el art. 442 del C.G.P.

En este orden de ideas, se observa que los hechos que sustentan la nulidad perseguida no se ajustan a los exigidos en dicha causal 2ª, por cuanto éstos no apuntan a señalar que efectivamente dentro del curso del proceso se pretermittió una instancia, sino que con claridad se infiere que la misma es invocada por el apelante con el ánimo que se definan sus inconformidades relativas a validez de los títulos valores que sirven de base al recaudo, en cuanto a que no fueron suscritos por los demandados y las tasas de interés cobradas por concepto de intereses moratorios, situaciones que por demás fueron alegadas dentro del término de traslado de la demanda mediante excepciones de mérito (Fl. 138 y ss C.1) y fueron resueltas en la sentencia de primera instancia, la que además fue apelada por la parte aquí recurrente y confirmada en segunda instancia, circunstancias que escapan no solo al reseñado objeto de la causal aquí estudiada, sino de todas aquellas establecidas en el art. 133 del C.G.P. y de aquella agregada por la propia Corte Constitucional por vía jurisprudencial del artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, es necesario señalar que los hechos aducidos como constitutivos de la nulidad invocada no se enmarcan dentro de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 29 de la Constitución, ni en ninguna

de las causales enunciadas en el art. 133 del C.G.P., por lo que, sin lugar a dudas, era del caso rechazar de plano la solicitud de nulidad propuesta por el recurrente.

3.- Conforme a lo expuesto, la Sala concluye que la decisión adoptada por el Juez de instancia es correcta, siendo ésta respetuosa de la preceptiva que gobierna el instituto de las nulidades, razón suficiente para confirmar la providencia objeto de la alzada.

En mérito de lo brevemente expuesto, esta Sala Civil de decisión unitaria administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE

PRIMERO. Confirmar el auto calendado 13 de marzo de 2020, proferido por el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. Condenar en costas al extremo recurrente, se señalan como agencias en derecho la suma de 1 S.M.M.L.V (\$908.526.00) a favor de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase.



CÉSAR EVARISTO LEON VERGARA
Magistrado.