



República de Colombia
**Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar**
Sala Unitaria Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado ponente

REFERENCIA: CIVIL - EJECUTIVO HIPOTECARIO – APELACIÓN
AUTO
RADICACIÓN: 20001-31-03-005-**2015-00331-01**
DEMANDANTE: BBVA COLOMBIA S.A.
DEMANDADOS: JOSÉ LUIS Y JOSÉ ALBERTO MENDOZA MENDOZA
DECISIÓN: CONFIRMA AUTO APELADO

Valledupar, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Procede el suscrito Magistrado Sustanciador en Sala Unitaria a decidir el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de JOSÉ LUIS MENDOZA MENDOZA contra el auto proferido el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar - Cesar, mediante el cual negó la nulidad planteada por la parte ejecutada.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

El Banco BBVA Colombia S.A. por medio de apoderada judicial, promovió proceso ejecutivo hipotecario en contra de JOSÉ LUIS y JOSÉ ALBERTO MENDOZA MENDOZA, para que se librara mandamiento de pago a su favor por la suma de \$189.000.000 por concepto de capital contenido en el Pagaré No. 486-9600106271 y \$22.185.397.50 de intereses de plazo sobre el capital, más los intereses moratorios liquidados a partir de la presentación de la demanda a la tasa máxima legal permitida, más las costas procesales.

Así mismo, que en caso de que la parte ejecutada se abstuviera de pagar la obligación conforme al mandamiento de pago librado. En caso de no proponer excepciones, o si las propuestas le fueren decididas de forma desfavorable, se ordene en la sentencia la venta en pública subasta del bien

inmueble descrito en la demanda dado en prenda de garantía. Como petición subsidiaria, solicitó que se adjudique el bien para el pago del crédito y las costas por el precio que sirvió de base para la licitación.

Repartido el conocimiento del asunto al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar, mediante auto de 10 de noviembre de 2015, impartió la orden de pago solicitada por la vía ejecutiva hipotecaria, teniendo como título ejecutivo la hipoteca que consta en la Escritura Pública No. 0090 del 22 de enero de 2013 de la Notaría Tercera del Círculo de Valledupar, relacionada con el pagaré No. 486-9600106271. A su vez, decretó medidas cautelares.

Efectuadas las gestiones de notificación de los ejecutados, y ante el silencio de estos, mediante sentencia del 12 de octubre de 2016, se ordenó seguir adelante la ejecución. Decretó el remate de los bienes gravados en este proceso y de los que posteriormente se embarguen, previo secuestro y avalúo de los mismos. También previno a la ejecutante a presentar la liquidación del crédito y a la par se condenó en costas a la parte ejecutada.

Presentada la liquidación del crédito, el Juzgado la aprobó mediante auto del 3 de abril de 2017 y el 7 de junio de 2019, la cesión del crédito a favor de Sistemcobro S.A.S.

Posteriormente, el apoderado judicial de José Luis Mendoza Mendoza solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de pago, por violación directa al artículo 29 de la Constitución Nacional. Para ello, argumentó que su mandante nunca suscribió el pagaré No. 486-9600106271 de 6 de febrero de 2013, lo que significa que no debió ser demandado en este asunto, como quiera que no celebró negocio jurídico con la entidad bancaria. Además, que, el contrato de hipoteca por él firmado no tiene relación sustancial directa con el título base de recaudo, pues a pesar de tratarse de una hipoteca abierta, los acuerdos suscritos y que fueron respaldados por dicha garantía, fueron pagados en su totalidad.

Explica que, *“la escritura de constitución de hipoteca por ser una garantía accesoria sigue la suerte de lo principal, al no existir título firmado por*

mi mandante, la hipoteca no se encuentra garantizando ninguna obligación, por lo cual no hay exigibilidad alguna”.

Igualmente, señala que la acción que debió iniciarse contra José Alberto Mendoza Mendoza fue la ejecutiva singular, y no la ejecutiva hipotecaria, dado que, si bien ambos suscribieron conjuntamente una hipoteca abierta a favor del ejecutante, el pagaré obrante en el proceso fue suscrito exclusivamente por aquel, de manera personal como línea de crédito comercial o de consumo, para la inversión agrícola.

Con base en lo anterior, considera que se generó un defecto procedimental absoluto ante la inexistencia de la firma en el título ejecutivo, por lo que solicita se revoque la orden de seguir adelante con la ejecución y el mandamiento de pago, en consecuencia, se levanten las medidas cautelares decretadas contra su propiedad y se retrotraiga toda la actuación procesal.

De otro lado, la misma parte solicitó la nulidad de lo actuado con fundamento en los artículos 133 numeral 8° del C.G.P. y 29 de la Constitución Nacional, por violación al debido proceso. Cimenta su incidente, en qué solo José Luis fue quien firmó el pagare al banco y, por tanto, el juzgado no puede decretar el embargo de la totalidad del inmueble dado en garantía para respaldar la deuda, sino la parte que le corresponde a quien lo suscribió.

II. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

Mediante auto adiado el 25 de febrero de 2020, el *A-quo* denegó la solicitud. Al respecto indicó que la nulidad por indebida notificación no se configura, toda vez que los ejecutados se les notificó en debida forma el mandamiento de pago proferido en su contra mediante aviso, de acuerdo con las normas procesales que regula la materia.

De ese modo, adujo que los ejecutados tuvieron conocimiento de la demanda amén de que se les respetó los términos procesales para que se hicieran parte de la misma y, que, cosa distinta es que estos no se hayan interesado en ejercer su derecho de defensa y contradicción de manera oportuna, a efectos de defender sus intereses.

Concluye que en el proceso se han cumplido y precluido a cabalidad todas las etapas correspondientes que dentro del mismo debían efectuarse, por lo que no se ha transgredido ningún rito procesal que conduzca a dejarlo sin efectos, al haberse conculcado el debido proceso o desconocido el derecho de defensa y contradicción de las partes.

Frente a la nulidad constitucional del artículo 29 de la Constitución Nacional, expuso que esta se refiere solo a la prueba irregularmente obtenida y, que en ese entendido, los argumentos de los memorialistas *“no realizan ninguna exposición de elementos probatorios obtenidos de manera irregular por el despacho, por lo que tal afirmación tampoco puede cumplir con el fin que se ha propuesto esto es el de lograr nulitar todas las actuaciones desarrolladas en el asunto en comento y en vista de que no se debate en ninguno de sus apartes la consecución de pruebas en el sub lite tal pretensión tampoco saldrá avante”*.

Añade que, si lo que se pretende es aprovechar la nulidad para alegar hechos constitutivos de excepciones de mérito como es la falta de exigibilidad del título, por no existir título firmado por el señor José Luis Mendoza, eso es inadmisibles, *“por no encontrarse tal hecho enlistado como nulidad procesal”*, aunado a que no es de recibo lo alegado por el recurrente referente a que no hay obligación vigente porque la hipoteca no respalda ningún crédito, pues ampara todas las deudas contraídas por los demandados y cuya garantía es por la totalidad del valor comercial del inmueble gravado, obligándose así, *“a responder con sus bienes propios la obligación de José Alberto Mendoza, por tratarse de una obligación real- hipotecaria y no de una acción personal”*.

En esos términos, la juzgadora de instancia consideró que no se ha vulnerado el derecho de defensa y contradicción de la parte ejecutada en lo referente al tema de la notificación, ni frente a la consecución de los elementos probatorios arrimados al plenario, por lo que negó la declaración de la nulidad incoada e impuso condena en costas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de José Luis Mendoza Mendoza interpuso recurso de apelación, con el cual reitera lo dicho en el incidente de nulidad. Adicionó que, *“la juez de instancia no logra tocar, el punto u objeto central de la controversia o problema jurídico propuesto, ya que este no se trató de una nulidad procesal en el sentido estricto, lo que se solicitó fue que en ejercicio del control de legalidad (art 132 CGP) se declarara la ilegalidad de la actuación, y como consecuencia la nulidad procesal de lo actuado, ya que al ser una actuación antijurídica era violatoria del artículo 29 de la Constitución Política.”*

Por tanto, solicita que se revoque en su totalidad el auto recurrido y, en su lugar, se sirva proferir providencia que decrete la ilegalidad, y consecuentemente la nulidad de todo lo actuado en los términos solicitados.

A continuación, la jueza mediante providencia del 20 de octubre de 2020 concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

Para resolver lo pertinente, el Magistrado Sustanciador, expone las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 321 del Código General del Proceso, el auto que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva es susceptible de apelación. En tal virtud, se debe dilucidar si es acertada la decisión de la jueza de primera instancia de negar la nulidad de rango constitucional incoada por el apoderado judicial de José Luis Mendoza Mendoza, con fundamento en el artículo 29 superior.

i). De la Nulidades.

Las nulidades procesales tienen la naturaleza de ser mecanismos de saneamiento de las irregularidades en que se pueda incurrir en el curso de un proceso, y con ellas se busca realizar un control de validez a las actuaciones procesales, por lo que éstas aseguran a las partes el derecho fundamental al debido proceso. Por su gravedad, el legislador les ha atribuido la consecuencia

de invalidar las actuaciones procesales viciadas cuando quiera que estén incursas en una de esas causales de nulidad.

Tales motivos son taxativos y se verifican enlistados en el artículo 133 del Código General del Proceso, el cual contempla también que la nulidad de pleno derecho por violación al debido proceso, incorporada en el artículo 14 *ibidem*, refiere: “*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.*” Esto, en concordancia con el inciso final del artículo 29 de la Constitución Nacional, que consagra como causal de nulidad específica, la referente a la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Luego entonces, se advierte que no cualquier irregularidad tiene la connotación de generar nulidad, sino las enlistadas en el artículo 133 del Código General del Proceso y excepcionalmente por el constituyente, la del artículo 14 de la misma codificación en concordancia con el artículo 29 superior, en lo atinente a la prueba obtenida con violación del debido proceso, lo que encuentra desarrollo normativo del artículo 164 del Estatuto Procesal, del cual se resalta que, ese motivo no conlleva a la nulidad del proceso sino de la prueba ilícitamente obtenida.

Sobre la materia, la H. Corte Constitucional en sentencia T 125 – 2010 expuso que:

“La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: En primer lugar, de la naturaleza taxativa de las nulidades se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo lugar, el juez sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa vigente y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso. Es por ello que en reiteradas oportunidades tanto esta Corte, como el Consejo de Estado^[29] han revocado autos que declaran nulidades con fundamento en causales no previstas expresamente por el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 29 de la Constitución”. -Subrayado propio-

ii). Del Caso Concreto.

En el presente asunto, el apoderado judicial del ejecutado José Luis Mendoza Mendoza solicita la nulidad de toda la actuación surtida en primera instancia a partir del auto que libra mandamiento de pago, con fundamento

en el artículo 29 de la Constitución Nacional, al señalar que, el pagaré que conforma el título ejecutivo base de recaudo no fue firmado por su mandante, sino exclusivamente por José Alberto Mendoza Mendoza, por lo que no debió ser demandado en el presente proceso. Además, las deudas que se encuentran respaldadas con la hipoteca abierta que recae sobre el bien inmueble objeto de la litis, fueron pagadas en su totalidad a la entidad bancaria aquí ejecutante.

A propósito de lo previsto en el inciso final del artículo 29 Superior invocado por el recurrente en la nulidad, de entrada, señala esta Corporación que la misma hace referencia exclusiva a la prueba que se obtiene con transgresión del debido proceso y que la convierte en una prueba ilícita.

Frente al concepto de prueba ilícita¹, se precisa que ha sido concebida por la doctrina como aquella que se obtiene con violación a los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables. En nuestro sistema jurídico, el remedio procesal que se materializaba con relación a una prueba ilícita consistía en la inadmisibilidad y la ineficacia o irrelevancia de la prueba; sin embargo, con la promulgación del artículo 29 de la Constitución Nacional, la manera de concebirse la ilicitud de la prueba cambió radicalmente, como quiera que se dio paso a la regla de exclusión.

Bajo esa línea hermenéutica, la H. Corte Constitucional en providencias de vieja data ha indicado que el efecto que se sigue de la declaración de nulidad de una prueba obtenida con desconocimiento del debido proceso constitucional es precisamente la nulidad de la prueba. Al respecto, en sentencia C-372 de 1997, puntualizó:

“De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría

¹ Léase también como “ilicitud de la prueba” o “ilicitud probatoria”

sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de estas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal” (resaltado fuera del original).

Al amparo de lo expuesto, se concluye que la descripción jurídica que plantea el inciso último del artículo 29 de nuestra Carta Política, en nada se adecúa a los hechos expuestos en el incidente de nulidad incoado por el extremo apelante, habida cuenta que el mismo se edifica insistentemente en la falta de legitimación en la causa por pasiva para responder por la obligación perseguida, en tanto, el pagaré adosado a la demanda no fue suscrito por José Luis Mendoza Mendoza y, por lo mismo, no debió librarse mandamiento de pago en su contra.

Desde luego, bien puede observarse que los cimientos fácticos que se detallan en el escrito de nulidad no se ajustan al supuesto jurídico que acarrea el precepto señalado, principalmente porque la actuación procesal cuya invalidez se endilga no corresponde a una de índole probatorio, como tampoco corresponde a ninguna de las descritas taxativamente en el artículo 133 de la legislación procesal.

Recuérdese que las nulidades procesales tienen una connotación taxativa que conlleva a que el juzgador solo pueda dejar sin efectos las actuaciones surtidas en el proceso, en virtud de las causales expresamente señaladas en la ley, sea evidente y se configure en el marco del mismo.

Por ello, cualquier otra anomalía o hecho que se manifieste como fundamento para invalidar un acto procesal, debe ser alegado en las etapas correspondientes a través de los mecanismos que el legislador ha diseñado para esos menesteres, más no servir de base para solicitar la nulidad de lo actuado, dado que no cualquier yerro da lugar a su declaratoria.

Puestas de esa manera las cosas y sin necesidad de ahondar en más consideraciones, se confirma el auto proferido el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar - Cesar, mediante el cual negó la nulidad propuesta por el apoderado judicial del ejecutado José Luis Mendoza Mendoza.

Al no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, se condena en costas de esta instancia a la parte recurrente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA UNITARIA CIVIL-FAMILIA- LABORAL,

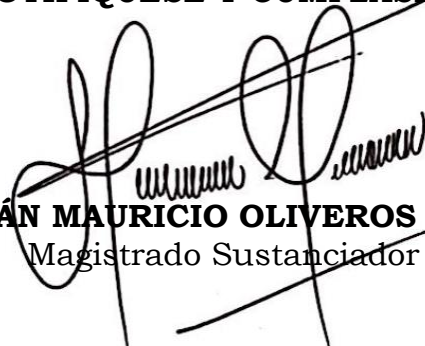
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar - Cesar, mediante el cual negó el incidente de nulidad incoado por el apoderado judicial del ejecutado José Luis Mendoza Mendoza, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: CONDENAR en costas por esta instancia a la parte recurrente, inclúyase como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV. Líquidense concentradamente en el Juzgado de origen.

TERCERO: Devuélvase la actuación al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado Sustanciador