

TEMA: NULIDAD - es una sanción que priva a los actos y a las etapas procesales de sus efectos normales desde su eficacia, en atención a la inobservancia de ciertas reglas fundamentales del postulado del debido proceso. / **DERECHO A PROBAR** - incluye la posibilidad de solicitar, que se decreten las pruebas y controvertirlas.

HECHOS: presentada la demanda con pretensión de división por venta, el juzgado decretó como prueba de la parte demandante un dictamen pericial, pese a que este no había sido aportado dentro de las oportunidades procesales, y decretó la contradicción del mismo, por lo que era necesario que el perito compareciera. El perito no pudo asistir a la audiencia reprogramada, debido a que estaba incapacitado. Al final de la audiencia, el señor juez indicó que no había más pruebas que evacuar y manifestó que oportunamente haría los demás pronunciamientos procesales a que hubiera lugar. Finalmente, se negó la división por venta considerando que, ante la no asistencia del perito a la audiencia, el despacho se encontraba en imposibilidad de emitir auto que decreta la división pretendida.

TESIS: (...) ha sostenido la doctrina procesal que la nulidad es una sanción que priva a los actos y a las etapas procesales de sus efectos normales desde su eficacia, en atención a la inobservancia de ciertas reglas fundamentales del postulado del debido proceso, como las referentes a las formas, la garantía de contradicción y las pautas propias del principio de Juez natural. (...) sólo constituyen causales de nulidad los asuntos previstos como tales en el ordenamiento procesal civil (...). (...) el A quo incurrió en serias falencias que afectan el debido proceso y su consecuente derecho a probar que incluye la posibilidad de solicitar, que se decreten y controvertir las pruebas; pues además de haber decretado como prueba de la parte demandante un dictamen pericial que no fue aportado en las oportunidades probatorias, confundió a las partes porque tanto al decretar las pruebas como al señalar la segunda fecha para su práctica, se refirió a “la práctica de la prueba testimonial e interrogatorio de parte”, sin hacer referencia a la prueba pericial decretada en favor de ambas partes, la cual se hacía necesaria no sólo por tratarse de prueba obligatoria por el tipo de proceso de que se trata, sino que además habiéndose hecho el tránsito de legislación y como una de las demandadas había solicitado la comparecencia del perito, pues se hacía necesario el agotamiento de la prueba y como ello no fue así, se incurrió en causal de nulidad. Téngase en cuenta que en la audiencia de 21 de marzo de 2023, el juez únicamente preguntó al inicio por el perito, empero al final, fue claro en manifestar que se había agotado “la prueba testimonial” y que por tanto se había agotado “el objeto de la diligencia”, expresiones que no son claras como para que las partes entendieran que no se iba a agotar la prueba pericial, más aún si posterior a esa fecha, el perito contaba con el término para justificar su inasistencia; empero sin actuación alguna de por medio que proviniera del juzgado, entre el 21 de marzo y el 12 de mayo de 2023, fue dictado en ésta última fecha, el auto que denegó la división por venta. (...) revela lo expuesto que, por la indebida dirección del proceso, circunstancia imputable al juez involucrado, se incurrió en causal de nulidad y es atribuible a él porque la parte afectada con ella (parte demandante), no tuvo otra oportunidad para alegar la deficiencia, ya que agotada la audiencia donde se evacuaron las pruebas, fue sorprendida con el auto que denegó la división por venta, justificando precisamente su decisión en lo que corresponde a una falta de diligencia de su parte. Lo dicho conlleva nada más y nada menos que al irrespeto de garantías como el debido proceso, el derecho a probar e incluso puede considerarse que se afecta también el acceso a la administración de justicia.

M.P. MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

FECHA: 12/03/2024

PROVIDENCIA: AUTO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



“Al servicio de la justicia y de la paz social”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN CIVIL**

Medellín, doce (12) de marzo de dos mil cuatro (2024)

PROCESO	DIVISORIO
DEMANDANTE	SERGIO RAMÓN PELÁEZ RESTREPO
DEMANDADOS	BEATRIZ PELÁEZ RESTREPO DE ARCHILA Y/O
INSTANCIA	SEGUNDA -APELACIÓN AUTO-
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 03 008 2015 01315 03
	INTERNO 2023 - 247
PROVIDENCIA	AUTO INTERLOCUTORIO N° 028
DECISIÓN	DECLARA NULIDAD

En el presente proceso divisorio por venta promovido por el señor Sergio Ramón Peláez Restrepo, ahora sus sucesores procesales Daniel Gonzalo y Natalia Peláez Arango, en contra de los señores Beatriz Peláez Restrepo de Archila, Gloria Lía Patricia, Clara Olga Cristina, Gilberto Antonio Peláez Restrepo y Cecilia del Socorro Peláez Restrepo, ésta última representada por sus herederos determinados María Patricia, Gilberto Elías y María Cecilia Juan Peláez, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, profirió auto de fecha 12 de mayo de 2023 (Archivo digital 24 C.01 Cuaderno Principal. Primera Instancia), mediante el cual denegó la división por venta en pública subasta del bien inmueble objeto del proceso, en vista que el dictamen pericial se torna imprescindible para determinar el avalúo total de éste a efectos de ofertarlo en pública subasta; y en el caso concreto, la parte demandante se encargó de llevar al proceso el avalúo comercial que elaboró el auxiliar Edwin Cardona Pareja el 24 de enero de 2019, empero debía hacer comparecer a dicho perito a la audiencia a fin de agotar la contradicción de la experticia porque el apoderado de la demandada Beatriz Peláez Restrepo de Archila expresó su inconformidad solicitando al despacho citar al perito y éste no compareció a la audiencia, ni se excusó dentro del término legal. Dicha providencia fue apelada por la apoderada judicial de la parte demandante

y el apoderado de algunos de los demandados, razón por la cual las presentes diligencias se encuentran en esta Corporación en sede de segunda instancia.

Con ocasión del estudio minucioso al trámite procesal, evidencia la suscrita una irregularidad en la actuación que resulta configurativa de nulidad, la cual habrá de declararse.

CONSIDERACIONES

1. LAS NULIDADES PROCESALES.

Ha sostenido la doctrina procesal que la nulidad es una sanción que priva a los actos y a las etapas procesales de sus efectos normales desde su eficacia, en atención a la inobservancia de ciertas reglas fundamentales del postulado del debido proceso, como las referentes a las formas, la garantía de contradicción y las pautas propias del principio de Juez natural.

El Código General del Proceso, en su capítulo II, título IV, de la Sección Segunda, regula lo atinente a las nulidades que pueden invalidar total o parcialmente el proceso, régimen que entre otros, se encuentra sometido al principio de taxatividad o especificidad, según el cual sólo constituyen causales de nulidad los asuntos previstos como tales en el ordenamiento procesal civil, lo que se concluye de que el legislador, luego de precisar en el inciso 1º del artículo 133 de la obra en cita, que el proceso es nulo en todo o en parte solamente en los 8 casos que allí se enlistan, termina diciendo en el único párrafo con que cuenta dicha norma, que *“las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este Código establece”*. Con todo, a dicha lista y, porque así lo dispuso la Corte Constitucional mediante sentencia C-491 de 1995, debe agregarse la causal de nulidad consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

2. DE LAS OPORTUNIDADES PARA SOLICITAR, DECRETAR O PRACTICAR PRUEBAS.

Dentro de la gama de causales de nulidad legalmente previstas, se encuentra la relativa a 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" (num. 5°, art. 133 del C.G.P. antes consagrada aunque no en los mismos términos, en el num. 6° del artículo 140 del C.P.C.); frente a esta causal, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, pero que resulta aplicable al presente, ha expuesto la doctrina nacional¹:

Una de las principales manifestaciones que tiene el derecho fundamental al debido proceso, y particularmente el derecho de defensa, es la posibilidad que tienen los justiciables para pedir el decreto y práctica de las pruebas que estimen necesarias para la demostración de sus argumentos, así como que los términos y oportunidades previstas para su práctica sean respetados. **Por ello, cuando en un proceso no se respetan las oportunidades para que se pidan pruebas, o para que las decretadas sean practicadas, se genera una vulneración de las garantías constitucionales de que gozan las partes y, por ende, se incurre en la causal de nulidad contemplada en el numeral 6 artículo 140 CPC.**

Se incurre en esta causal cuando, por ejemplo, citado y vinculado un litisconsorte necesario al proceso, no se le brinda la oportunidad para que solicite pruebas, prevista en el artículo 83 CPC; cuando pese a haberse decretado una prueba y no habiendo fenecido el período probatorio el juzgado decide no practicarla y seguir adelante con el proceso; o cuando, por ejemplo, sencillamente el juzgado decide dar por finalizada la fase probatoria, pese a que el término legalmente establecido no se ha cumplido, o no se han recaudado todas las probanzas decretadas, existiendo aún oportunidad para ello.

Obsérvese que en estos casos se cercena la posibilidad de pedir pruebas, o se desconoce la oportunidad para practicar las que ya están decretadas. Esta aclaración es importante hacerla porque a ciertas irregularidades que se presentan en el curso del proceso se les podría dar el alcance de nulidad, cuando ello no es así. Por ejemplo, la negativa a decretar una prueba no constituye la causal de invalidez que venimos comentando, sino un tema que debe ser combatido a través de los respectivos mecanismos de impugnación. Así, si una parte solicita el decreto de una prueba y el juzgado la niega, el interesado deberá impugnar dicha providencia para evidenciar y subsanar los eventuales yerros que se hayan cometido en aquella, pero ello no se estructuraría como causal de nulidad, porque la hipótesis que contempla esta causal **apunta a que en el proceso no exista oportunidad para solicitar la prueba o para practicarla**; por lo tanto en aquellos casos en los que se da la oportunidad para pedir su decreto, pero ésta es negada, no se estaría incurriendo en la mencionada causal de invalidez, sino, se reitera, en otra simple irregularidad subsanable a través de los correspondientes recursos, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 140 CPC.

Esta causal de nulidad, entonces, busca evitar que en un proceso se pasen por alto las oportunidades o términos para solicitar o practicar las pruebas, por lo que las eventuales

¹ SANABRIA SANTOS, Henry. *Nulidades en el Proceso Civil*. 2ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pag. 312.

discusiones que puedan presentarse acerca de la procedencia, pertinencia, conducencia o utilidad de determinado medio demostrativo no quedan comprendidas dentro de la causal, puesto que en esos eventos se supone que se le ha brindado a las partes las posibilidades para solicitar las pruebas.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dado una interesante interpretación a esta causal de nulidad que, a decir verdad, la ha vivificado y la ha convertido en una verdadera garantía para las partes en ciertos procesos. Así, en sentencia de 28 de junio de 2005, la Corte tuvo la oportunidad de resolver un recurso de casación con apoyo en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil contra una sentencia que en segunda instancia había negado la declaración de paternidad por considerar que los testimonios recaudados en el proceso no permitían deducir la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre para la época de la concepción. Adicionalmente el Tribunal consideró que al no haberse practicado la prueba de ADN prevista en el artículo 7° de la Ley 75 de 1968 por una extrema y evidente contumacia del demandado se generaba un indicio de paternidad, el cual no era por sí solo suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

Después de hacer algunas consideraciones sobre el derecho a la prueba en los procesos civiles y de familia, concretamente sobre la importancia de la prueba científica prevista en el artículo 7° de la Ley 75 de 1968, hoy modificado por el artículo 1° de la Ley 721 de 2001, la Corte señala que esta prueba es de vital importancia para este tipo de procesos y, por ende, no es discrecional del juez decretarla ni constituye una facultad del demandado colaborar con su práctica, sino que en aras de la búsqueda de la verdad, el respeto del derecho de acceso a la administración de justicia, del derecho al debido proceso, de la prevalencia de los derechos de los niños y de todas las garantías y valores inmersos en nuestra Constitución, el juez, como verdadero gerente del proceso está obligado no sólo a decretar dicha prueba, sino a velar porque la misma sea practicada, por lo que frente a la negligencia, contumacia o deslealtad del presunto padre, el juez no debe simplemente declarar fallida esta prueba y clausurar la etapa investigativa del proceso, sino que debe utilizar todos los mecanismos necesarios para que dicha prueba se practique.

En este sentido, la Corte recuerda cómo su jurisprudencia ha señalado que, al amparo de lo previsto en el numeral 5° del artículo 140 CPC, constituye causal de nulidad en este tipo de procesos no decretar esta prueba científica ya que es de carácter obligatorio, o decretarla, pero no señalar fecha y hora para su práctica. A estos eventos, se dice en la sentencia, debe agregarse, entonces, aquellos casos en los que se decreta la prueba, pero el demandado no colabora con su práctica no asistiendo o no prestando su concurso y el juez, sin hacer ningún esfuerzo, o sin hacer uso de sus mecanismos de dirección y corrección del proceso, decide declarar finalizada la fase probatoria del proceso. (Resaltado por fuera del texto doctrinario, es intencional)

Sumado a los anteriores eventos y a la luz de la jurisprudencia juiciosamente relatada en el trabajo doctrinario que se acaba de citar, se advierte que en un sentido general, esta causal de nulidad que refiere a *“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”*, constituye instrumento notablemente útil para sanear ostensibles afectaciones al debido proceso que no se enmarcan en los demás supuestos taxativamente enunciados en el catálogo procesal civil, pues esta causal se encuentra específicamente dirigida para proteger el derecho a la prueba, el derecho a probar.

3. CASO CONCRETO.

En el *sub lite*, acontece que presentada la demanda con pretensión de división por venta, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, ésta no se acompañó del dictamen pericial que determine el valor del bien, pues como claro ha quedado, en vigencia de dicha legislación no era un requisito de la demanda, pese a ello, en dos oportunidades posteriores y en momentos diferentes, ambos por fuera de las oportunidades para solicitar pruebas, el 11 de mayo de 2017 y 30 de septiembre de 2019 (cfr. fls 164 y siguientes y 313 y siguientes Archivo 02.C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia); la parte demandante allegó dictámenes contentivos del avalúo del bien inmueble objeto de la división. Al momento de decretarse las pruebas en auto de 29 de julio de 2022, que fue la oportunidad en que se indicó que para el proceso se haría el tránsito de legislación, es decir, se decretaron las pruebas con fundamento en el Código de Procedimiento Civil, pero en adelante el proceso continuaría su rito por el Código General del Proceso, el juzgado decretó como prueba de la parte demandante el dictamen pericial, refiriéndose en aquel momento al que fue presentado el 30 de septiembre de 2019, pues así se indicó en el auto que decretó las pruebas: *“DICTAMEN PERICIAL. Se tendrá en cuenta el allegado por la parte demandante obrante en el C01, pdf 02, fls. 314 a 345”*; y en la misma providencia, en el acápite de las pruebas de la parte demandada se indicó *“CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN: se cita a absolver interrogatorio al señor EDWIN CARDONA PAREJA, sobre el dictamen de avalúo comercial realizado a solicitud de la parte demandante.”* En el mismo auto que decretó las pruebas, el juzgado señaló que *“para llevar a cabo la práctica de la prueba testimonial e*

interrogatorio de parte, se fija audiencia para el día 19 de agosto de 2022 a las 9:00 a.m.” (Archivo 09.C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia)

Continuando con el trámite del proceso, llegada la fecha y hora fijadas, se instaló la audiencia presentándose los asistentes, dentro de los cuales estuvo el perito Edwin Cardona Pareja, sin embargo, ese 19 de agosto de 2022, no fue posible desarrollar la audiencia porque el señor Juez, como así lo indicó a viva voz en la diligencia, se percató que tenía pendiente la resolución de un recurso de reposición formulado por la codemandada Beatriz Peláez Restrepo de Archila y una alegación de nulidad presentada por la parte demandante. (Archivos 16 y 17 C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia).

El 25 de enero de 2023 fue fijada nuevamente fecha *“Para llevar a cabo la práctica de la prueba testimonial e interrogatorio de parte que vienen decretadas mediante auto de 29-07-2022”*, señalando para este efecto el día 21 de marzo de 2023 a las 9:00 a.m. (Archivo 20 C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia); en la fecha señalada al momento de la presentación de los asistentes, el señor Juez pregunta si el Perito Edwin Cardona Pareja se encuentra presente en la audiencia que es el perito del avalúo comercial, pregunta ante la cual hubo silencio (Cfr. minuto 16’45” Archivo 22 C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia); estando en curso la diligencia en la cual se agotaron interrogatorios de parte y prueba testimonial, intervino la apoderada judicial de la parte demandante señalando *“Señor Juez ahí me comuniqué con el señor Edwin Cardona y me dice que él está incapacitado y está haciendo unas terapias en una rodilla que es imposible atender hoy la cita”* (Cfr. minuto 26’09” Archivo 22 C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia). La audiencia continuó y finalizada la recepción de los testimonios, indicó el señor Juez *“Hemos concluido la práctica de la prueba testimonial, creo así dejamos agotado el objeto de la diligencia”* (Cfr. hora 2’02’31” Archivo 22 C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia) y luego de una intervención que pidió uno de los demandados, volvió a manifestar el señor Juez *“Agotado entonces el objeto de la prueba, no hay más pruebas que evacuar en esta audiencia. Se declara terminada la misma, oportunamente estaremos haciendo los demás pronunciamientos procesales a que haya lugar”* (Cfr. hora 2’03’46” Archivo 22 C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia).

En providencia de 12 de mayo de 2023 (Archivo 24 C.01.Cuaderno Principal. Primera Instancia) decide el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, negar la división por venta considerando en síntesis que ante la no asistencia del perito a la audiencia, el despacho se encontraba en imposibilidad de emitir auto que decreta la división pretendida, ante la inexistencia de la experticia que determine el valor del inmueble.

Así revisada la actuación surtida ante el *A quo* se concluye que éste incurrió en serias falencias que afectan el debido proceso y su consecuente derecho a probar que incluye la posibilidad de solicitar, que se decreten y controvertir las pruebas; pues además de haber decretado como prueba de la parte demandante un dictamen pericial que no fue aportado en las oportunidades probatorias, confundió a las partes porque tanto al decretar las pruebas como al señalar la segunda fecha para su práctica, se refirió a *“la práctica de la prueba testimonial e interrogatorio de parte”*, sin hacer referencia a la prueba pericial decretada en favor de ambas partes, la cual se hacía necesaria no sólo por tratarse de prueba obligatoria por el tipo de proceso de que se trata, sino que además habiéndose hecho el tránsito de legislación y como una de las demandadas había solicitado la comparecencia del perito, pues se hacía necesario el agotamiento de la prueba y como ello no fue así, se incurrió en causal de nulidad.

Téngase en cuenta que en la audiencia de 21 de marzo de 2023, el juez únicamente preguntó al inicio por el perito, empero al final, fue claro en manifestar que se había agotado *“la prueba testimonial”* y que por tanto se había agotado *“el objeto de la diligencia”*, expresiones que no son claras como para que las partes entendieran que no se iba a agotar la prueba pericial, más aún si posterior a esa fecha, el perito contaba con el término para justificar su inasistencia; empero sin actuación alguna de por medio que proviniera del juzgado, entre el 21 de marzo y el 12 de mayo de 2023, fue dictado en ésta última fecha, el auto que denegó la división por venta.

Puestas así las cosas, al juzgador de primer grado le correspondía adelantar las gestiones correspondientes para que la prueba ya decretada fuera practicada, pues estando en el escenario de decidir acerca de un proceso divisorio por venta, era una prueba obligatoria de acuerdo con la

ley; empero como así no actuó, revela lo expuesto que, por la indebida dirección del proceso, circunstancia imputable al juez involucrado, se incurrió en causal de nulidad y es atribuible a él porque la parte afectada con ella (parte demandante), no tuvo otra oportunidad para alegar la deficiencia, ya que agotada la audiencia donde se evacuaron las pruebas, fue sorprendida con el auto que denegó la división por venta, justificando precisamente su decisión en lo que corresponde a una falta de diligencia de su parte. Lo dicho conlleva nada más y nada menos que al irrespeto de garantías como el debido proceso, el derecho a probar e incluso puede considerarse que se afecta también el acceso a la administración de justicia.

Se impone entonces por lo que se ha venido expresando, la declaratoria de nulidad del auto que denegó la división por venta proferido el 12 de mayo de 2023 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín y la actuación posterior que dependa de éste, por cuanto el vicio o irregularidad que con la declaratoria de la misma se pretende corregir, puede ser subsanado aboliendo dicha providencia, pues queda el proceso en la etapa para que el juzgador adopte la conducta procesal que considere pertinente, de conformidad con lo dicho en líneas anteriores.

En consecuencia, se devolverá el expediente al Juzgado de origen a fin de que reanude la actuación, procediendo a continuar con el trámite del proceso, atendiendo los planteamientos que se han dejado expuestos en esta providencia.

Por lo expuesto, **la suscrita Magistrada Sustanciadora de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín,**

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD del auto que denegó la división por venta proferido el 12 de mayo de 2023 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín al interior de este proceso y la actuación posterior que dependa de éste.

SEGUNDO. ORDENAR la devolución del expediente al Juzgado de origen

a efectos de que se reanude el trámite del proceso, el cual en virtud de la presente declaratoria de nulidad ha quedado en la etapa probatoria, debiéndose agotar en audiencia las pruebas decretadas y pendientes por practicar, atendiendo a lo expuesto en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Magistrada

(Firma electrónica de conformidad con el artículo 105 C.G.P. en concordancia con la Ley 2213 de 2022)

Firmado Por:

Martha Cecilia Ospina Patiño

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Civil

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3aa6cd11fa6c0fa8f5274d6254c5a66efdf4cc480eab8a1bcf208c43b1874668**

Documento generado en 12/03/2024 03:10:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>