El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: AUTO – 2ª Instancia - 26 de enero de 2017

Radicación Nro. : 66001-31-03-001-2013-00215-01

Recurrente: SOCIEDAD AICA S.A.

Proceso: Ejecutivo – Confirma nulidad declarada por el *a quo*

Magistrado Sustanciador: CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: NULIDAD DEL PROCESO - TRAMITE DE LA DEMANDA POR PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE / MEDIDAS CAUTELARES CONTINÚAN VIGENTES.** “[F]ue acertada la decisión de la funcionaria de primera sede al mantener vigentes las cautelas decretadas, porque el proceso no terminó por revocatoria del mandamiento ejecutivo ni por otra causa; simplemente se declaró la nulidad de lo actuado pero se dispuso que el proceso continuaría como una ejecución sin garantía real y por ende, las medidas cautelares deben permanecer vigentes para garantizar el pago del saldo insoluto a cargo de la sociedad demandada y a favor del demandante.”.

**Citación jurisprudencial:** CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-925 de 1999.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA UNITARIA CIVIL- FAMILIA**

# Magistrada: Claudia María Arcila Ríos

# Pereira, enero veintiséis (26) de dos mil diecisiete (2017)

Expediente 66001-31-03-001-2013-00215-01

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Sociedad AICA SA, Arquitectos, Ingenieros Constructores y Asesores, frente al auto proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, el 27 de septiembre del año anterior, en el proceso ejecutivo que en su contra instauró el señor Henry Jaramillo Hernández.

**ANTECEDENTES**

1. Mediante la providencia impugnada se decretó la nulidad de todo lo actuado en el proceso, con excepción de las medidas cautelares decretadas y se dispuso que el proceso continuaría como una ejecución sin garantía real para el pago del saldo insoluto de la obligación, en los términos de los artículos 468-5 y 625-4 del Código General del Proceso.

Consideró la funcionaria de primera sede que se configuró la causal de nulidad que consagra el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que enlista como tal la de dar al proceso un trámite diferente al que corresponde. Explicó que la actuación de que se trata surgió a consecuencia de otro ejecutivo con título hipotecario que se tramitó entre las mismas partes, en el que se profirió sentencia ordenando seguir adelante la ejecución; el bien dado en garantía, se le adjudicó al demandante por el valor del crédito y quedó un saldo insoluto a su favor de $620.729.950; el citado señor solicitó el desglose de los documentos que sirvieron como recaudo ejecutivo y presentó la demanda que ahora se revisa, con fundamento en la cual se libró mandamiento de pago, se dio traslado de las excepciones de mérito, se abrió a pruebas el proceso y se pretendía llegar hasta una sentencia de fondo, cuando lo correcto era continuar con el trámite de un proceso ejecutivo sin garantía real, sin librar nuevo mandamiento de pago, tal como lo indica el numeral 7º del artículo 557 de la obra ya citada.

2. La apoderada de la sociedad demandada interpuso recurso de apelación frente a la decisión de mantener vigentes las medidas cautelares y porque no condenó en costas a la parte “causante de la nulidad”. Alegó que dentro del proceso anulado se decretaron aquellas medidas en forma excesiva, las que durante más de un año “dejaron totalmente parada” la sociedad demandada, al punto de ir a la quiebra; el juzgado hizo oídos sordos a las solicitudes elevadas para que se atemperaran esas cautelas que le impedían ejercer su práctica social, a pesar de que ha hecho abonos a la obligación y entregado inmuebles mediante escritura pública; las medidas están viciadas porque fueron decretadas y practicadas en un proceso nulo y deben ser levantadas con la condena en perjuicios a cargo de la actora, de conformidad con el numeral 10, inciso 3º del artículo 597 del Código General del Proceso, en concordancia con el 687 del Código de Procedimiento Civil.

**CONSIDERACIONES**

1. Para definir la cuestión, se tendrán en cuenta las normas del Código de Procedimiento Civil, vigentes para cuando se adoptó el auto recurrido, de acuerdo con el numeral 4º, inciso 2º del artículo 625 del Código General del Proceso que empezó a regir el 1º de enero de este año, pues para esa fecha el término para proponer excepciones había fenecido y por ende, no se había producido el tránsito de legislación.

En esta sede, de manera errónea, se ordenó, con fundamento en esa misma regla, tramitar el recurso de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil. Esa decisión, aunque desconoce el numeral 5º del artículo 625 del Código General del Proceso, pues ese medio de impugnación se interpuso en vigencia de ese último estatuto y por ende, con sujeción a él ha debido tramitarse, no genera nulidad.

Por tanto, a pesar de la irregularidad producida, se adoptará la decisión que corresponda.

2. Compete a esta Sala decidir si la nulidad de lo actuado en el curso de la primera instancia debe cobijar lo relacionado con las medidas cautelares que ordenó mantener vigentes el juzgado, y solo de responderse afirmativamente ese interrogante, se analizará si ha debido condenarse en costas y perjuicios a la parte demandante.

3. El artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, que enlista las causales para levantar el embargo y secuestro, no incluye como tal la declaratoria de nulidad del proceso por trámite inadecuado, que fue lo que acaeció en este caso, en el que además se ordenó continuarlo como una ejecución sin garantía real, en razón a que se deban las circunstancias previstas por el numeral 7 del artículo 557 del código citado, que dice en lo pertinente: *“Cuando a pesar del remate o la adjudicación del bien la obligación no se extinga, el acreedor podrá perseguir otros bienes del ejecutado… En este evento, el proceso continuará como un ejecutivo sin garantía real, sin necesidad de proferir un nuevo mandamiento ejecutivo ni sentencia…”*

De otro lado, el artículo 2488 del Código Civil, *“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros…”*, de manera que levantarlas, en el caso bajo estudio, en el que la ejecución debe continuar para que la parte demandante obtenga la satisfacción de su acreencia, desconocería tal precepto.

En efecto, las medidas cautelares tienen como finalidad evitar los efectos nocivos del tiempo para quien acude a la rama judicial en busca de que se le defina la controversia que pone en conocimiento del juez y concretamente asegurar la ejecución de la sentencia que llegue a dictarse. Con ellas se trata entonces de garantizar la efectividad de los derechos que en la sentencia lleguen a ser reconocidos, como garantía del acceso a la justicia, porque quien con legitimidad lo reclama no solo debe obtener sentencia favorable, sino contar con las medidas que autoriza el legislador para hacerlo efectivo.

Y para zanjar cualquier duda, el nuevo Código General del Proceso, frente a los efectos de la nulidad declarada, consagra en el inciso 2º del artículo 138 lo siguiente: *“La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas….”* (subrayado fuera del texto original).

4. De esa manera las cosas, se considera acertada la decisión de la funcionaria de primera sede, que se abstuvo de afectar las medidas previas con la nulidad decretada. Ellas deben mantenerse vigentes para garantizar el pago del saldo insoluto a cargo de la sociedad demandada y a favor del demandante en razón a que la ejecución iniciada con fundamento en una garantía real, ha de continuar sin ella por autorización expresa del legislador.

5. De manera pues que la circunstancia de que se haya decretado la nulidad del proceso porque se le estaba dando un trámite diferente al que le correspondía, no justificaba levantar las medidas cautelares, como lo propone la impugnante.

6. De acuerdo con lo anterior, se avalará la decisión de la jueza de primera sede, sin que haya lugar a imponer condena en costas porque no aparecen causadas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Unitaria Civil - Familia,

**R E S U E L V E :**

**CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, el 27 de septiembre del año anterior, en la acción ejecutiva que instauró el señor Henry Jaramillo Hernández contra la Sociedad AICA SA, Arquitectos, Ingenieros Constructores y Asesores Sociedad Anónima.

Sin costas.

Notifíquese,

La Magistrada,

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICA POR ESTADO DEL DÍA

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O