APELACIÓN DE AUTOS/ El auto que no declara la nulidad es inapelable/ Procede la apelación de la providencia que resuelve sobre medidas cautelares decretadas, solo cuando estas resultan modificadas

“En lo referente a la nulidad, de acuerdo con lo expuesto solo es apelable la decisión que declare algún vicio en el asunto, bien de manera total o parcial, y aunque la parte resolutiva del auto no lo dijese en forma expresa, lo cierto es que la irregularidad planteada fue descartada en la motivación, esto es, fue contraria a su declaratoria y en ese orden de ideas, la inapelabilidad del auto desde esa arista, salta a la vista.

“Ahora, respecto a la modificación de la medida (…) se advierte que, la cautela en modo alguno fue mutada, puesto que lo buscado con ese ordenamiento es esclarecer por cuenta de qué autoridad queda el bien, para realizar la subasta y hacer la posterior distribución de los dineros, conforme la prelación de los créditos, ya que sigue el embargo pero concurrente con el de la DIAN. Se itera sigue siendo embargo y en modo alguno se alteró la medida.”

Citas: Corte Constitucional, sentencias C-664 de 2006 y C-248 de 2013; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, providencia del 29 de febrero de 2008, M.P: Edgardo Villamil Portilla. Doctrina: DEPARTAMENTO DEL DERECHO PROCESAL Universidad Externado de Colombia. “¿Es apelable el auto que deniega la solicitud de nulidad del proceso?” Boletín en línea número 44, 2011. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “Reformas al código de procedimiento civil”, Dupré Editores, Bogotá D.C., 2010, LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “Procedimiento civil, parte general” tomo I, 11ª edición, Dupré editores, Bogotá D.C., 2012. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. “Apuntes sobre la ley de descongestión”, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2010. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. “El proceso civil colombiano, parte general”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1999. SANABRIA SANTOS, Henry. “Nulidades en el proceso civil”, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá D.C., 2011. SANGUINO MARADIAGA, Alirio. “Tribunal Superior de Medellín jurisprudencia salas civil y familia”, primer semestre 2014, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Decide recurso de queja

Tipo de proceso : Ejecutivo con pretensión personal

Ejecutante : Luis Alfonso Escobar Yunis - Subrogatario

Ejecutado : Alberto Castaño Abadía

Procedencia : Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía

Radicación : 2013-00078-01

Temas : Principio de taxatividad

Mg. sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., veintitrés (23) de febrero dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La procedencia del recurso de apelación interpuesto en el trámite procesal de la referencia, previas las consideraciones jurídicas que enseguida se formulan.

1. LA SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES RELEVANTES

Mediante providencia del 02-12-2015 (Folio 24 y 25, este cuaderno), el Juzgado negó la alzada formulada contra el auto de fecha 11-11-2015 que se resolvió una reposición que además proponía una nulidad (Folios 12 a 15, este cuaderno). Se fundó la improcedencia en la falta de consagración legal de tal recurso, para ese tipo de decisiones.

Con auto del 13-01-2016 no se repuso la decisión de negar la apelación y se ordenó la expedición de copias para surtir el de queja (Folio 48, este cuaderno).

1. LA SÍNTESIS DEL RECURSO

Solicitó conceder la apelación porque considera que la decisión resolvió sobre una nulidad propuesta en el escrito de reposición, a pesar de que la parte resolutiva no lo diga expresamente, y en ese entendido es una providencia recurrible en los términos del artículo 351-5º del CPC, máxime que estima, que por omitir la resolución expresa del vicio incoado se incurre en una nueva nulidad de las consagradas en el artículo 140-3º del mismo ordenamiento.

También reclama la apelación en los términos del artículo 351-7º del CPC, porque señala que el proveído recurrido decidió modificar la medida cautelar que pesa sobre un inmueble, sin que mediara solicitud del ente fiscal que tiene interés en ella (Folio 51 a 53, ídem).

1. DE LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional

A voces del artículo 26, 1º-b) del CPC, esta Sala Unitaria tiene adscrita la tarea de decidir el recurso de queja postulado. Se resalta que la decisión no es de Sala, habida consideración de la modificación del artículo 4º de la Ley 1395.

Es inaplicable el CGP, acorde con lo dispuesto en el artículo 625-5º de esa normativa y dada la fecha de interposición del recurso (10-12-2015).

* 1. El trámite del recurso y los presupuestos de viabilidad

Conforme la constancia de expedición y entrega de las copias auténticas (Folios 49 y 60, ídem), se advierte que se pretermitieron los términos, para pagar las expensas y el traslado para retirar las piezas procesales (Artículo 378-5º y 6º, CPC), no obstante, estima esta Sala Unitaria, que la finalidad de ambos plazos se cumplió, dado que fueron expedidas y la interposición de la alzada, se surtió en tiempo, acorde con el artículo 378 del CPC.

De otra parte, se considera que en el *sub lite* concurren los presupuestos de viabilidad, pues hay legitimación, oportunidad, procedencia y sustentación, por ende cabe examinar el fondo del asunto, que no es más que determinar la procedencia de la alzada frente al auto que negó una nulidad procesal.

* 1. El problema jurídico para resolver

¿Debe concederse la apelación propuesta por la parte ejecutada, contra el proveído fechado el día 11-11-2015 mediante el cual el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, Risaralda, denegó la concesión de la apelación contra el auto que resolvió sobre una nulidad, y una medida cautelar, según los argumentos de la sustentación de este recurso?

* 1. La resolución del problema jurídico
		1. El régimen de apelaciones de nuestro sistema procesal civil

Las nulidades, excepciones previas, las medidas cautelares, los incidentes y el recurso de apelación, en nuestro derecho procesal, se gobiernan por el principio de la taxatividad o especificidad[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2). En el mismo sentido se ha pronunciado el maestro López Blanco[[3]](#footnote-3) y oportunas resultan las palabras del profesor Rojas Gómez, quien comenta sobre el tema:

… En materia civil el legislador ha seleccionado los que, en su sentir, tienen mayor importancia por la cuestión sobre la que versan (se refiere a los autos), para indicar que sólo contra ellos es de recibo el recurso de apelación. De modo que por el mero hecho de tratarse de un auto proferido, en primera instancia no puede asegurarse que sea susceptible de apelación, pues antes es preciso averiguar si fue incluido en el catálogo legal de autos apelables. De no existir norma que lo señale como susceptible de apelación, la conclusión necesaria es que no admite impugnación por ese medio. (…)”.[[4]](#footnote-4) El paréntesis y la sublínea son de esta Sala.

En este sentido también ha doctrinado la Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5), Sala de Casación Civil, diciendo: “*En materia de providencias sometidas a la doble instancia, las reglas legales propias del proceso correccional han establecido la taxatividad en el recurso de apelación. De este modo, el legislador se ha reservado para sí definir en cada caso concreto, cuáles son las decisiones que pueden ser sometidas al escrutinio de la segunda instancia.*”.

Ya en el plano constitucional esclarecido está que dicha regulación en modo alguno riñe con los postulados axiomáticos de la Carta Política de 1991, que dispone la apelación insoslayable para las sentencias (Artículo 31), pero en el mismo tenor literal, enseguida admite excepciones; así entonces, las decisiones diferentes a un fallo, con mayor razón permiten su inapelabilidad. Este criterio ha sido prohijado, en línea de pensamiento pacífica, en muchas ocasiones, por la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6), que en reciente sentencia apuntó:

5.2.1.6. Frente a la definición de los recursos, se ha dicho que “*puede instituir recursos diferentes al de apelación para la impugnación de las decisiones judiciales o establecer, por razones de economía procesal, las circunstancias y condiciones en las que proceden y la oportunidad procesal para incoarlos y decidirlos, e incluso definir cuándo no procede ningún recurso*”[[7]](#footnote-7). De tal suerte, “*si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal distinción, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Más todavía, puede, con la misma limitación, suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el sólo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política*”[[8]](#footnote-8).

5.2.1.7. En suma, el legislador cuenta con un amplio poder de definición de las reglas que concretan el concepto de debido proceso en cada proceso, que someten a todos y que además pueden acotar o disponer límites a los derechos de las partes, dentro de las exigencias de la Constitución, como resultado de la valoración legítima que debe efectuar el Congreso de la República. Las sublíneas son de esta Sala.

* + 1. Las apelaciones frente a las nulidades

Frente al trámite de las nulidades procesales, el inciso 5º del artículo 142 del CPC, plantea dos formas diferentes de resolverlas, de un lado da la posibilidad que se surta la actuación bajo las reglas de un incidente y en otras ocasiones, solo se resuelve; específicamente refiere la norma que, si el juez considera necesario practicar pruebas que hayan sido solicitadas o decretar de oficio, tomará la primera opción y de lo contrario resolverá de plano. Tal diferenciación resulta de radical importancia, máxime si se tiene en cuenta las diferentes posiciones que doctrinaria o jurisprudencialmente se tienen, al momento de definir la apelabilidad del auto que resuelva sobre ellas.

Lo anterior, porque para algunos bajo la primera hipótesis, es decir, tramitado el incidente, se abre el paso a la alzada en cualquiera de sus estadios, es decir que se rechace, niegue o declare (Artículo 138-2 y parte inicial del numeral 5, artículo 351, ambos del CPC), en tanto que para otros no es tan clara esa apelación, máxime si opta por la segunda opción, en donde es indiscutible que solo es apelable, cuando se ha declarado nulidad total o parcial (Segunda parte del numeral 5, artículo 351, ídem).

Como punto de referencia de ambas tesis puede observarse, lo acotado por el Departamento del Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia: “(…) *considera que cuando la negativa de la nulidad se adopta al término de un incidente, en tal evento la providencia sí es apelable porque así lo dispone el artículo 138 del C.P.C; empero, como no todas las peticiones de nulidad se tramitan y resuelven por vía incidental, aquellas que sean decididas negando la declaratoria de nulidad, al margen de un incidente, no son susceptibles de ser impugnadas en apelación”[[9]](#footnote-9).* Subrayas fuera de texto.

En este boletín, además se traen a colación las divergentes posiciones que frente al tema ha tomado el Consejo de Estado[[10]](#footnote-10) y referencia que para el momento (octubre 2011), dada la controversia que había sobre la citada apelabilidad y como estaba en proyecto el CGP, ya se hablaba de retomar la apelación general frente a las nulidades procesales, en el sentido que tenía antes de la Ley 1395; lo que efectivamente ocurrió, ya que el artículo 321, prescribe: *“6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva”.* Valga decir que talregla ya entró en vigencia en este distrito judicial, por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, pero tal como se acotó en el acápite de competencia, en este caso es inaplicable, dada la fecha de interposición del recurso.

También así lo menciona el profesor Sanabria Santos[[11]](#footnote-11): *“(…) Obsérvese, entonces, que si la nulidad no se resuelve a través de un incidente, sólo (Sic) el auto que decrete la nulidad tendrá el carácter de apelable, mientras que si la nulidad se decide incidentalmente será procedente el recurso de apelación cualquiera sea la decisión (…)”.*

Ahora, se discrepa de este parecer porque según la Ley 153 de 1887 (Sobre hermenéutica jurídica), si bien las nulidades en veces se tramitan como incidentes, reglas especiales, incluyendo su apelabilidad, debe descartarse la alzada para el caso, dado que prima la norma especial sobre la general conforme el artículo 3º de la citada ley (Tesis compartida por el Tribunal Superior de Medellín[[12]](#footnote-12)), pero además, conforme al artículo 2º, la norma posterior (Artículo 351, CPC) prima sobre la anterior (Artículos 137 y 138, CPC), entonces, por vía de este razonamiento, se infiere también su improcedencia.

En conclusión, se tiene un panorama donde hay dos diferentes planteamientos sobre la apelación del auto que decide sobre nulidades procesales, pero es claro que la providencia recurrida, resolvió sobre una nulidad, sin que mediara un incidente, por lo tanto, el estudio sobre su procedencia se hará con esa premisa.

Ahora, obsérvese que los autos que son objeto de recurso de apelación, se encuentran expresamente enlistados, en el artículo 351 del CPC, que en el numeral quinto, señala: “*(…) el que declare la nulidad total o parcial del proceso (…)”* y aun cuando la misma norma cita en el numeral octavo que también son apelables *“Los demás expresamente señalados por este código”*; lo cierto es que frente al proveído que rechace de plano o deniegue una nulidad, es inexistente la normativa que contemple la alzada.

Considera esta Sala unitaria, necesario precisar que, antes de la reforma introducida por la Ley 1395 en nuestro Estatuto Procesal Adjetivo, la providencia que en tal sentido resolvía sobre la nulidad era recurrible en apelación, pero fue claramente excluida y así lo puntualiza el profesor López Blanco: *“En el numeral 5º precisa como apelable únicamente el auto que “que niegue el trámite de un incidente autorizado por la ley o lo resuelva, el que declare la nulidad total o parcial del proceso (…), reforma que en lo que toca con las nulidades deja sin efecto el numeral 8º que se refería como apelable al auto que “decida sobre nulidades procesales”, lo que abría el camino del recurso tanto al que declaraba como al que lo negaba, mientras que ahora únicamente se puede apelar el auto que “declare la nulidad total o parcial”[[13]](#footnote-13).* Sublínea fuera de texto.

Bajo la misma línea argumentativa y para relievar más la improcedencia de la impugnación, las palabras del profesor Rojas Gómez[[14]](#footnote-14): “*El que despache desfavorablemente una solicitud de nulidad procesal. En la versión antigua era apelable el auto que resolvía sobre la nulidad cualquiera que fuera el sentido de la decisión; en la nueva versión sólo admite apelación el auto que declare la nulidad.*”. Subrayas fuera de texto.

* + 1. La medida cautelar y la prelación de embargos

De acuerdo a la forma en que se pretende esta impugnación, resulta pertinente recordar que:”*(…) la medida cautelar en el proceso civil busca precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, (…) mientras se inicia un proceso o se adelanta. (…)”*, así lo entiende el doctrinante patrio López Blanco[[15]](#footnote-15). Sabido es que de las más importantes clases de medida, están el embargo, el secuestro y el registro de la demanda.

La apelación de las decisiones atinentes a las medidas cautelares en principio se circunscribían exclusivamente a los proveídos que decretan o negaban su levantamiento (Artículo 351 del CPC, modificado por el Decreto 2282 de 1989), luego, con la Ley 1395, el espectro de la apelabilidad se amplió a todo proveído que resuelva sobre una medida, es decir, tanto el que la decrete, la niegue o la modifique.

También útil acorde con la pretendida impugnación, es preciso hacer claridad que el artículo 542 del CPC, hace referencia a prelación de embargos, que en palabras del Alto Tribunal Constitucional[[16]](#footnote-16) es “(…) *una figura de carácter procesal que “atiende la finalidad propia de las medidas cautelares: garantizar el cumplimiento de la obligación debida y evitar la insolvencia del deudor”[[17]](#footnote-17), tal finalidad guarda relación con los principios de eficacia y celeridad de la administración de justicia, con el derecho de acceso a la administración de justicia y así mismo contribuye a la igualdad procesal[[18]](#footnote-18)”* . En ese sentido toda decisión del juez que sea aplicación del mencionado artículo en forma alguna modifica una cautela decretada en el proceso.

* 1. El caso concreto examinado

Para el recurrente, hay procedencia en el recurso interpuesto, porque la decisión impugnada resolvía una nulidad procesal y aunque no se llevó a la parte resolutiva, acorde con el ordinal 5º del artículo 315 del Régimen Procesal Civil, es pasible de alzada. Además funda esa procedencia en que la providencia modificó una medida cautelar (Artículo 315-7º, CPC). Acorde con las premisas jurídicas anotadas, fácil se aprecia que ninguno de los dos planteamientos del recurrente, encuadra en las reglas procesales, conforme pasará a explicarse.

En lo referente a la nulidad, de acuerdo con lo expuesto solo es apelable la decisión que declare algún vicio en el asunto, bien de manera total o parcial, y aunque la parte resolutiva del auto no lo dijese en forma expresa, lo cierto es que la irregularidad planteada fue descartada en la motivación, esto es, fue contraria a su declaratoria y en ese orden de ideas, la inapelabilidad del auto desde esa arista, salta a la vista.

Ahora, respecto a la modificación de la medida, sin que sea necesaria una profunda exegesis del numeral cuarto de la decisión, se advierte que, la cautela en modo alguno fue mutada, puesto que lo buscado con ese ordenamiento es esclarecer por cuenta de qué autoridad queda el bien, para realizar la subasta y hacer la posterior distribución de los dineros, conforme la prelación de los créditos, ya que sigue el embargo pero concurrente con el de la DIAN. Se itera sigue siendo embargo y en modo alguno se alteró la medida.

Así las cosas, la conclusión que refulge es que en atención al principio de taxatividad, propio de la apelación, restrictivo de las interpretaciones extensivas y analógicas, la impugnación propuesta no está prevista en nuestro sistema. En refuerzo a lo razonado oportunas se muestran las palabras del procesalista López Blanco[[19]](#footnote-19), quien recuerda con beneplácito el giro normativo en la regulación del recurso de apelación, en estos términos:

A partir de la reforma introducida en este campo por el decreto 2289 de 1989, quedó erradicada de manera definitiva la tendencia de los jueces a permitir el recurso de apelación respecto de providencias que no lo tienen previsto, sobre la base de que son parecidas o con efectos similares a otras donde si está permitido, por cuanto el criterio de taxatividad impide este tipo de interpretación, porque precisamente se implantó con el específico fin de eliminar arduas polémicas en torno a si admite o no la apelación y por eso, en materia de procedencia del recurso de apelación no cabe la posibilidad de interpretación extensiva. Únicamente, insisto, los autos expresa y taxativamente previsto por la ley son apelables. Vanos serán los esfuerzos por buscar providencias que por parecidas también deben ser apelables.

1. LAS CONCLUSIONES

Acorde con lo disertado, se declarará que estuvo bien denegado el recurso de apelación contra el auto que resolvió sobre una nulidad sin concretar la decisión en la parte resolutiva y que resolvió sobre una medida cautelar.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria,

R e s u e l v E,

1. DECLARAR bien denegada la apelación interpuesta contra la providencia fechada el día 11-11-2015, expedida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía- Risaralda.
2. ORDENAR la devolución inmediata del expediente, al Despacho mencionado.
3. ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

Dgh / Dgd / 2016

1. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá DC, p.260. [↑](#footnote-ref-1)
2. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. El proceso civil, parte general, 1990, Bogotá DC, Diké, p.341. [↑](#footnote-ref-2)
3. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil, parte general, tomo I, 11ª edición, Bogotá DC, Dupré editores, 2012, p.784. [↑](#footnote-ref-3)
4. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Ob. cit., p.260. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia del 29-02-2008, MP: Edgardo Villamil Portilla. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-248 de 2013. [↑](#footnote-ref-6)
7. Tal como lo ha reconocido esta Corporación en la sentencia C-005 de 1996,fallo en el que la Corte declaró la exequibilidad de varias normas de que establecían la improcedencia de recursos contra ciertas providencias judiciales. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia C-005 de 1996, providencia en la que la Corte declaró la exequibilidad de varias normas que establecían la improcedencia de recursos contra ciertas providencias judiciales. Así mismo, cuando en sentencia C-316 de 2002 se dijo que “*la eliminación de una estructura procedimental no quebranta per se los derechos sustanciales que con ella se vinculan*”, pues al ser las normas y las instituciones procesales entidades que sirven de instrumentos para garantizar la realización del derecho, esto es, “*no fines en sí mismas, sino vías a través de las cuales se realiza la justicia, su desaparición no afecta automáticamente ningún derecho sustancial*”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Universidad Externado de Colombia, Departamento del Derecho Procesal, ¿Es apelable el auto que deniega la solicitud de nulidad del proceso? [Boletín en línea], número 44, octubre de 2011. [Visitado el 2015-02-18]. Disponible en internet: http://portal.uexternado.edu.co/index.html [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Providencia del 30-08-2007, CP: Rafael E. Ostau Larofnt, expediente 11001-03-24-000-2006-00211-00. Auto del 03-06-2010, CP: María Claudia Rojas Lasso. Sala Contencioso Administrativa, sección Cuarta del Consejo de Estado, fecha 11 de diciembre de 2007, CP: Ligia López Galvis. [↑](#footnote-ref-10)
11. SANABRIA SANTOS, Henry. Nulidades en el proceso civil, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá DC, 2011, p.412. [↑](#footnote-ref-11)
12. SANGUINO MARADIAGA, Alirio. Tribunal Superior de Medellín jurisprudencia salas civil y familia, primer semestre 2014, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. [↑](#footnote-ref-12)
13. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Reformas al código de procedimiento civil, 2010, Dupré Editores, p.63. [↑](#footnote-ref-13)
14. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Apuntes sobre la ley de descongestión, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2010, p.46. [↑](#footnote-ref-14)
15. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil, parte general, tomo I, 11ª edición, Bogotá DC, Dupré editores, 2012, p.1090 [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-664 de 2006. [↑](#footnote-ref-16)
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-557 de 2002. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sobre el sustrato constitucional de las medidas cautelares pueden consultarse las sentencias C-054 de 1997, C-255 de 1998, C-925 de 1999, C-379 de 2004 entre otras. [↑](#footnote-ref-18)
19. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil, parte general, tomo I, 11ª edición, Bogotá DC, Dupré editores, 2012, p.785. [↑](#footnote-ref-19)