

09 de noviembre de 2022

**SEÑORES**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CALI (REPARTO)**  
**CALI – VALLE DEL CAUCA**  
**E. S. D.**

**REFERENCIA:** ACCIÓN DE TUTELA  
**ACCIONANTE:** FREDDY ARMANDO OLIVEROS CARVAJAL  
**ACCIONADO:** **JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI**  
**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI**

FREDDY ARMANDO OLIVEROS CARVAJAL, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Cali, identificado con cédula de ciudadanía, número 10.386.952 de Guapi, Cauca, como aparece al pie de mi firma, obrando en nombre propio, me dirijo de manera atenta y respetuosa ante su despacho con el fin de interponer ACCIÓN DE TUTELA, contra **JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI** y **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI** con el objeto de que se proteja mis derechos fundamentales de defensa, debido proceso y acceso a la administración de justicia, consagrados en nuestra Constitución Política, en sus artículos 29 y 229.

### **I. HECHOS**

1. **Primero.** Cursa en el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, Proceso Ejecutivo Hipotecario, en mi contra, con radicado 2009-605, iniciado en el Juzgado 35 Civil Municipal de Cali, el 11 de mayo de 2009.
2. **Segundo.** Dentro de dicho proceso, se ejecutaba la garantía hipotecaria, un inmueble distinguido con los siguientes datos, CONDOMINIO LA PRADERA HACIENDA EL CASTILLO CONJUNTO 4 LOTE No. 35 en la Carretera Cali Jamundí. El inmueble fue rematado finalmente, después de surtir algunas etapas procesales, de lo cual me enteré, cuando un día fui al condominio, donde en su momento había en su mayoría lotes, y se me informó que el bien había sido rematado y que ya había otro dueño, impidiendo por tanto mi ingreso al condominio.
3. **Tercero.** La razón por la cual no supe del proceso, y no me pude defender, obedece a que Bancoomeva, no me notificó en la dirección que para el efecto había entregado al banco, calle 6A # 62A-11, Edificio Andalaya de la ciudad de Cali (dirección que la abogada del banco conocía), sino en el lote de terreno que había financiado la obligación por la que se produce la demanda.
4. **Cuarto.** Por considerar que se presentaba una violación flagrante a derechos tan sensibles como el debido proceso, el derecho a la defensa y a la vivienda digna, por conducto de una indebida notificación, presenté ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución

de Sentencias de Cali, memorial, alegando NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN, de acuerdo a las normas vigentes del Código de Procedimiento Civil, vigentes para el momento de los hechos. La causal de nulidad alegada fue la contemplada en el artículo 140, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil.

5. **Quinta.** Dentro del trámite incidental, se tuvo como pruebas, el expediente, donde reposa el pagaré y solicitud de crédito, ambos con la dirección de correspondencia, calle 6A # 62A-11, Edificio Andalaya de la ciudad de Cali. De igual manera, existe en el expediente de este incidente y en el proceso ejecutivo, material probatorio, que evidencia la notificación por aviso, que se hiciera en el lote CONDOMINIO LA PRADERA HACIENDA EL CASTILLO CONJUNTO 4 LOTE No. 35 en la Carretera Cali Jamundí, para la fecha 10 de octubre de 2009.

En la diligencia de secuestro del bien inmueble objeto de garantía, quedó probado que no existía construcción alguna en el mencionado lote.

6. **Sexto.** La ley (de habeas data) 1266 de 2008, en su artículo 12, exige que las fuentes de información (para este caso BANCOOMEVA) que reporten datos negativos de deudores, ante los operadores de bases de datos de información financiera (DATA CRÉDITO Y CIFIN) deben, de manera previa notificar al deudor, para que discuta o pague la obligación, pudiendo realizar el reporte, solamente pasados 20 días desde dicha notificación. Para la fecha de la demanda, según guía 212588384 de la empresa Mensajería Internacional, BANCOOMEVA entregó la notificación previa, exigida por la ley de habeas data, para efectos del reporte negativo, por la mora causada, en la calle 6A # 62A-11, Edificio Andalaya de la ciudad de Cali, el 28 de septiembre de 2009. Para la fecha 10 de octubre de 2009, sólo doce días después de la notificación de habeas data en el edificio Andalaya, BANCOOMEVA realiza la notificación del proceso ejecutivo por aviso, en la dirección errada del Condominio la Pradera. Usó dos direcciones diferentes, para efectos de notificar al mismo deudor por las mismas fechas.

7. **Séptimo.** El incidente de nulidad fue resuelto a través del Auto (I) 3264 del 30 de agosto de 2021, siendo la decisión del mismo, que se negaba el incidente de nulidad. Dentro de las consideraciones del despacho, advierte que, en los dos pagarés, y en igual número de cartas de instrucciones para diligenciarlos, existe como dirección la calle 6ª # 62ª-11, que al final es de la ciudad de Cali. De igual forma, advierte el Despacho, que tanto en la demanda como en las comunicaciones de notificación se inscribió la dirección del Lote 35 del Condominio la Pradera, Conjunto 4, Hacienda el Castillo.

Prosigue el despacho "Igualmente le asiste la razón al incidentalita, en el sentido de que si al momento de realizar la notificación, como efectivamente se observa en la diligencia de secuestro, -fl. 186-, el lote no presentaba construcción alguna, situación que debió tener en cuenta la parte demandante, sería difícil lograr la notificación personal del señor **Oliveros Carvajal**, máxime, se itera, al existir otra dirección para recibir notificaciones".

De otro lado, el Despacho considera que efectivamente el inmueble ya fue rematado a favor de un tercero, y que, desde ese evento hasta la fecha de su valoración judicial, han transcurrido más de 7 años y 10 meses aproximadamente, y trae colación la oportunidad en la que se deben presentar las nulidades del numeral 8 del artículo 133 del CGP, entre ellas la contemplada en el inciso 3 del artículo 134 del CGP que reza "ii) en el proceso ejecutivo con posterioridad a la orden de seguir adelante la ejecución, **mientras no haya terminado por pago total a los acreedores o por cualquier causa legal**" (resaltado es propio).

8. **Octavo.** Respecto de la oportunidad de alegar la nulidad en la diligencia de remate hasta antes de la adjudicación del bien, concluye el juzgador de primera instancia, que tal solicitud de nulidad no se realizó en dicho momento.

Finalmente, para el Juzgado, el hecho de no presentar la nulidad antes de la adjudicación, genera un saneamiento de la nulidad, al tenor del artículo 455 del CGP, y agrega que "...a pesar de los argumentos presentados..." decretar la nulidad, podría afectar al rematante. Es de esta manera que se niega la nulidad, basado desde luego en las consideraciones.

9. **Noveno.** En el tiempo oportuno, se apela la decisión contenida en el punto anterior. Dicho recurso sólo fue impetrado por la parte demandada, guardando silencio la parte demandante. Dentro de los argumentos considerados en el recurso por la parte pasiva, se expresó entre otras cosas, lo siguiente.

- El juez de primera instancia considera que efectivamente se notificó al demandado en un lugar diferente donde correspondía y Bancoomeva sabía dónde se podía encontrar el deudor, máxime que en la diligencia de secuestro se supo que aun en ese momento era un lote no habitado por nadie. Pese a ello concluye el Despacho que la nulidad se haya subsanada porque no se alegó la misma antes de la adjudicación del bien inmueble objeto de garantía.
- Pese a que el despacho consideró e incorporó de manera oficiosa una prueba importante, como es que para efectos de habeas data, por las mismas fechas de la notificación del mandamiento de pago, se notificó al deudor en la dirección correcta, y ello lo ha hecho valer Bancoomeva como válido, luego no se sabe la intención de la

notificación en el lote. Dicha prueba condujo al Juez a que efectivamente existía una indebida notificación.

- Al momento que el juez considera que ya hay terceros adquirentes de buena fe, como el adjudicatario del bien, por la vía del remate, privilegia al nuevo titular del bien, soslayando el derecho del demandado que no supo de la demanda sino después del remate, pero dejando indemne a la entidad demandante, que efectivamente cometió el error en la notificación, no se sabe por qué razón.
- Frente a las consideraciones del juez que concluyen que la notificación se hizo en forma indebida, al manifestar "Lo anterior evidencia que efectivamente al realizar la notificación al ejecutado, si bien el Juzgado de origen la remitió a la dirección indicada por el demandante en el acápite de notificaciones; no es menos cierto que, existía otra dirección para que este recibiera notificaciones, a la cual no se remitió comunicación alguna en virtud de que la notificación por aviso surtió sus efectos, al ser recibida por el guarda del condominio donde se encuentra ubicado el lote de terreno objeto de la garantía hipotecaria que aquí se ejecuta. Igualmente le asiste la razón al incidentalista, en el sentido de que si al momento de realizar la notificación, como efectivamente se observa en la diligencia de secuestro, -fl. 186-, el lote no presentaba construcción alguna, situación que debió tener en cuenta la parte demandante, sería difícil lograr la notificación personal del señor **Oliveros Carvajal**, máxime, se itera, al existir otra dirección para recibir notificaciones", es claro que no se tenía ningún reparo, por lo que la alzada, está dirigida al segundo componente de la decisión del Juez de primer grado, que concluye que la nulidad está subsanada por lo reglado en el artículo 455 del CGP.
- El juez desconoce que las nulidades, como es la que nos ocupa, por indebida notificación, pueden proponerse incluso después de haber seguido adelante con la ejecución, siempre y cuando el proceso no se haya terminado, como sucede en este caso.
- Finalmente, respecto del artículo 455 del CGP, ha considerado el despacho, que el demandado debió proponer la nulidad antes de la adjudicación, siendo que precisamente se trata, que no tuvo oportunidad de conocer tal situación, por la actuación equivocada del demandante. En su momento de expresó "Con respecto al inciso 1 del artículo 455 del CGP, se debe considerar primero que esta norma se encuentra contenida en el CAPÍTULO III de la citada norma, y su título es REMATE DE BIENES Y PAGO AL ACREEDOR, por lo cual es necesario considerar que el saneamiento de la nulidad del artículo 455 del CGP se refiere las que se presenten en ese trámite precisamente, pues las del proceso de manera

general, taxativamente se han dicho para cada caso en el artículo 133 del CGP. Luego, lo que ha alegado este extremo procesal no es la nulidad del **remate** sino de la notificación indebida del mandamiento de pago, luego no se puede con una norma que permite subsanar los vicios del remate, subsanar los vicios de la notificación, porque las normas fueron construidas por el legislador con propósitos similares, pero en momentos distintos del proceso. Cuando el artículo 455 del CGP ordena que las nulidades del remate no alegadas previo a la adjudicación se subsanan, entraría en contradicción aparente con el inciso del artículo 134 que ordena poder alegar las nulidades incluso después de la orden de seguir adelante con la ejecución, hasta tanto el proceso no se haya terminado, pero tal antinomia no existe, precisamente porque las romas del artículo 455 son sólo para el trámite del remate como explícitamente lo establece el CGP, luego la mezcla de estas normativas para temas distintos, conduce a un planteamiento en el auto de negación que no resulta lógico.

Al respecto, la doctrina ha dicho "Sin embargo, no debe perderse de vista que una cosa es la nulidad del remate y otra bien distinta la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. Ya que decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se lleva a cabo el remate, este también queda sin efecto, pero no al contrario, pues el remate únicamente puede anularse por las causales determinada en los artículos 524 a 528 (hoy 455 y ss. del CGP) del Código de Procedimiento Civil, causales que son procesales "...procesales unas, por lo tanto, de carácter extrínseco, e intrínseco las demás concernientes a la enajenación como relación contractual..."<sup>1</sup>

10. **Décimo.** De la apelación conoció el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali, quien a través de Auto 999 del 24 de junio de 2022, decide confirmar el auto atacado, No. 3264 del 30 de agosto de 2021.

Las consideraciones del Juez de Segundo Grado son las siguientes

- En la parte de esta nueva providencia, donde dice "LA PROVIDENCIA APELADA" el Juez de segunda instancia, interpreta o resume lo dicho por el Juez Civil Municipal, advirtiendo que efectivamente se notificó en un lugar diferente del indicado, y que ello constituye una omisión, pero que en todo caso, la nulidad

---

<sup>1</sup> LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROESO 7 Edición, Fernando Canosa Torrado, páginas 461 y 462, en la cual cita a "165 G. T. Tomo XXXVI, pág. 551"

estaría subsanada por la mora en el tiempo de interponer el incidente de nulidad, y que aplicando los artículos 452 y 455, no se puede declarar la nulidad (en realidad el Juez Municipal no habló del artículo 452).

- Anota el Despacho que el apelante ataca la decisión del Juez de Primer Grado, pero deja el fallador de lado, que, en todo caso, el ataque a la decisión es parcial, en la medida que se está de acuerdo con la consideración del Juez de primera instancia, en que, sí hubo indebida notificación, más no en que esta esté subsanada. Pese a ello, pareciera que el enfoque se diera sobre el tema de la subsanación, pero al final, revisa todo el caso.
- Ya en las consideraciones de la segunda instancia, reconoce el fallador de segunda instancia, que para el Juzgado Municipal hubo una indebida notificación, cuando anota "...que el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali decidió negar la nulidad presentada por el apoderado de la parte demandada, argumentando en síntesis que, **si bien se incurrió en una irregularidad al momento en que se efectuó la notificación personal del auto que libro mandamiento de pago, por dejarse delado la dirección contenida en los instrumentos crediticios que sirvieron de base en la ejecución...**" (no está resaltado el texto original).
- Ya en el trámite y análisis de la apelación, respecto de la procedibilidad de la misma el Juzgador de segunda instancia anota "De la solicitud se colige que se cumplen los presupuestos del artículo 135 ibídem, en el que se preceptúa que quien concurra a alegar una nulidad deberá contar con la legitimación para proponerla, expresar las causales invocadas y los hechos en que su fundamenta la presunta irregularidad. Aunado a ello, se verifica que es la primera vez que el polo demandado comparece al proceso, de ahí que no tuvo oportunidad anterior para alegarla".
- Plantea sus tesis el Juzgado, alrededor de que en principio es válido que las irregularidades del artículo 455 del CGP son propias del remate, pero que, en todo caso, las nulidades no serán oídas con posterioridad a la adjudicación, interpretación que podría contrariar normas que plantean la posibilidad de la nulidad más allá de la adjudicación, como el inciso 3 del artículo 134 del CGP que reza "ii) en el proceso ejecutivo con posterioridad a la orden de seguir adelante la ejecución, **mientras no haya terminado por pago total a los acreedores o por cualquier causa legal**" (resaltado es propio).
- El Juez en una de sus consideraciones más importantes, anota que basados en una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los años 2005 y 2014,

“...no es posible concluir que se incurrió en una indebida notificación al haberse recibido la comunicación de notificación y el aviso en la portería del lote ubicado en el Conjunto 4 de la Urbanización La Pradera, Hacienda el Castillo, pues si bien no era ocupado por el demandado, sí era periódicamente concurrido por el mismo, lo que se puede inferir del hecho que el personal de portería recibió los citatorios indicando que el demandado podía ser ubicado ahí, en armonía con las certificaciones emitidas por la empresa de correo postal”.

11. **Décimo Primero.** La apelación se instauró, sólo para que el Juez de Segundo Grado conociera de la subsanación, de la nulidad que ya había reconocido en sus consideraciones el Juez de Primera Instancia. Pese a ello, la Segunda Instancia termina contrariando al Juez Municipal, al presentar argumentos, mediante los cuales efectivamente indica que la notificación fue en debida forma. El tema de definir la indebida notificación no estaba para la decisión de la segunda instancia. Con ello desaparece la necesidad de apelación porque fue desde donde partió el recurso. Como la parte demandante no apeló, el juez debiera resolver lo solicitado por el apelante, no más.
12. **Décimo Segundo.** Respecto de las competencias del superior, el CGP en su artículo 328 establece lo siguiente. “ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.  
Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.  
En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.  
El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.  
En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación.  
Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia”.
13. **Décimo Tercero.** La parte demandante en el proceso ejecutivo, BANCCOMEVA, no apeló el fallo de primera instancia, sólo lo hizo el extremo procesal pasivo, y el único tema que planteó para la revisión del superior, era el hecho de la subsanación, puesto que estaba en firme la consideración, en la que indicaba el Juez de primer grado, que efectivamente había un defecto en la notificación del mandamiento de pago, al haberse realizado en un lugar donde efectivamente no podía el demandado responder la demanda en tiempo, a

pesar que la entidad contaba con la dirección correcta, que era la que había entregado el deudor para los efectos previstos.

14. **Décimo Cuarto.** El juez de segundo grado no sólo revisa la decisión del primer fallador, en lo que la parte apelante había anotado, sino que va más allá y decide sobre elementos cuyo debate estaba cerrado por estar ejecutoriado el auto mediante el cual se resuelve la apelación, en el que ninguna de las partes lo ha apelado, en lo que respecto a si existía o no una indebida notificación, lo que había sido convalidado y definido por el Juez de Primera instancia.
15. **Décimo Quinto.** Respecto de la subsanación, que era el punto a resolver en la apelación, el juez de segunda instancia usa como fundamento normativo para desatar la situación jurídica, el artículo 455 del CGP, llamado a atender aspectos o vicios que se den con ocasión del remate. Concluye que, no haber presentado o alegado la nulidad antes de la adjudicación, impide que la solicitud de nulidad sea oída, pues al entender del Juez la nulidad del mandamiento de pago afecta el reate.

## **II. DERECHOS VULNERADOS**

Debido proceso, Derecho a la Defensa, Derecho a la Vivienda Digna, Acceso a la Administración de Justicia y Debido Proceso.

## **III. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

Es claro que la tutela no es un recurso ordinario, sino de carácter excepcional, y así lo ha definido ampliamente las normas vigentes y la jurisprudencia constitucional. "La naturaleza subsidiaria de la tutela pretende evitar que se soslayen los cauces ordinarios para la resolución de las controversias jurídicas, se convierta en un instrumento supletorio cuando no se han utilizado oportunamente dichos medios, o sea una instancia adicional para reabrir debates concluidos".<sup>2</sup>

Se trata este caso, de la causal de nulidad contenida en el artículo 133 del CGP, numeral 8, esto es, que el mandamiento de pago se notificó en forma indebida. Para estos casos, se plantea que el incidente de nulidad sea interpuesto, en principio, de acuerdo al artículo 134 del CGP, antes de dictar sentencia o después de ella, si la causal de nulidad se dio en la sentencia. Dada la imposibilidad de comparecer al proceso al no saber de él, para los casos de indebida notificación, se presentan otras opciones, dado que, de lo contrario se animaría a que un demandante presente una dirección errada del demandado, y al no saber de la demanda, este último, pierda la oportunidad de defensa y el acreedor que hubiere actuado de mala fe, el derecho le convalidaría su actuación equivocada. Es por ello que, la norma (CGP) habilita, que además de esa oportunidad

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional C-132 de 2018 M.P Dr. Alberto Rojas Ríos



de intervenir con el incidente de nulidad, contenida en el primer inciso del artículo 134 del CGP, se pueda alegar también, según el inciso segundo del mismo artículo, "...en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades". Finalmente, el Código en su inciso tercero, permite que la nulidad se plantee, en cualquier etapa del proceso, si este no ha terminado "Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso **con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal**". (Resaltado es propio). En conclusión, estamos frente a una nulidad por indebida notificación, de las que trata el numeral 8 del artículo 134 del CGP, y la nulidad debe alegarse i) en cualquiera de las etapas antes de sentencia, o después de ella, si la nulidad se dio en esta, ii) cuando se trata de indebida notificación entre otras, se puede presentar en la diligencia de entrega, como excepción a la ejecución de la sentencia, o mediante recurso de revisión, sino se pudo alegar en las anteriores oportunidades, y iii) la nulidad por la causal indebida notificación, puede alegarse después de la orden de seguir adelante con la ejecución, **mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal**".

El artículo 355 del CGP al reglamentar la oportunidad del incidente de nulidad por las causales indicadas en la ley, faculta al interesado en PODER instaurar el incidente en diferentes momentos, sin que ellos puedan ser excluyentes, al ser facultativa dicha decisión, desde luego cumplimiento los requisitos para una u otra acción. Una primera opción de actuación puede ser antes de la sentencia, o después de ella, siendo determinante si la nulidad se ocasiona en la demanda. También puede ser otra opción, alegar la nulidad en la diligencia de entrega, en las excepciones de ejecución de la sentencia o mediante el recurso de revisión, que implica otro proceso. La tercera gama de oportunidad es que dichas causales, en la que se incluye al menos la de indebida notificación, se puede alegar dentro del proceso ejecutivo, esto es opuesto a la opción del proceso de revisión, toda vez que la alegación de la nulidad se debe dar con los recursos y opciones propias del proceso ejecutivo, como lo es el incidente de nulidad. La norma establece que este incidente se puede alegar con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, y para ello es necesario que el proceso no se haya terminado.

La nulidad se presentó después de la orden de seguir adelante con la ejecución, y no habiendo terminado el proceso, por lo que la actuación se acomoda al inciso 3 del artículo 134 del CGP, por lo que se concluye que se ha actuado en la vía ordinaria, usando los recursos establecido en el ritual procesal para el efecto, y además, ante la decisión de negar el incidente de nulidad por parte del juez de primer grado, en tiempo oportuno se presentó la apelación, que finalmente ha sido fallada de manera negativa a mis intereses, esto es confirmado lo decidido por el juez municipal de ejecución.

Las causales de negación de la nulidad, o mejor dicha la negativa a acceder a fallar positivamente el incidente de nulidad, en el primer juzgador, indican que i) si hubo indebida notificación, pero que ii) se haya subsanada, y entre las razones de negativa por parte de del fallador de segunda instancia, este advierte i) que contrario a lo dicho por el Juez municipal de ejecución, no hay una indebida notificación, pero ii) en todo caso ha considerado que esta se halla subsanada.

Hasta ese momento se ha agotada la vía ordinaria dentro del proceso ejecutivo que se adelanta en mi contra, y se avizoran como opciones viables la tutela por vía de hecho que es claramente una vía excepcional, la cual en todo caso debe ser residual, y la otra opción viable es el recurso de revisión contemplado en el artículo 354 y siguientes del CGP, que, en todo caso ha sido enunciado por una instancia anterior, como opción válida. Así, el artículo 355 del CGP en concordancia con el 133 del mismo código, que su numeral 7, habilita la posibilidad de usar este recurso para alegar la nulidad.

Este recurso, es un vehículo válido para demandar la nulidad relacionada con la causal (numeral) 8 del artículo 133 del CGP, indebida notificación, pero hay la opción de alegar la nulidad en cualquier instancia del proceso, hasta tanto este no haya terminado, al tenor del inciso 3 del artículo 134 del CGP.

La nulidad, se ha alegado en las instancias posibles y previstas en el CGP, sin dejar de considerar la causal de nulidad que se ha alegado, la cual tiene la gravísima consecuencia, que imposibilita al ejecutado a actuar en ciertos momentos claves, que en todo caso, afortunadamente el buen diseño de nuestras normas procedimentales, prevee, sopena de obligar a quien ha sido afectado por la indebida notificación, a hacerse parte en una etapa procesal temprana u oportuna, en que materialmente le era imposible actuar, por desconocer el proceso, por una causal, que sin duda corresponde a una conducta desplegada por el ejecutante, no se sabe de manera desprevenida o deliberada.

En este caso, la tutela no está encaminada a la nulidad como tal, sino a remover los defectos que tienen las decisiones tomadas por los jueces de primera y segunda instancia, más no a declarar la nulidad, pues el vehículo por el cual se ha optado para ello, es el incidente de nulidad, el cual se ha tramitado y ha producido las respetables decisiones de los jueces correspondientes, siendo este, el de la tutela, el escenario para buscar la defensa de derechos fundamentales, a nuestro modo de ver, y con todo respeto, que se han vulnerado en las decisiones que ahora se pretende sean objeto de revisión desde la perspectiva constitucional. NO se puede perder de vista, que, lo que existe como decisión ejecutoriada, en firme, es la decisión de segunda instancia, que niega la nulidad por estar subsanada, pero que alega a su vez que no hubo nulidad, a pesar que lo solicitado en la apelación fue, sólo revisar los aspectos del saneamiento, de la indebida notificación, que sí había observado y considerado el juzgado de primera instancia.

Finalmente, a instancias del caso que nos ocupa, no están dadas las condiciones de tiempo para alegar o hacer uso del Recurso Extraordinario de Revisión, pues por razones y consecuencias de la indebida notificación, no se pueden cumplir los requisitos de ley para tal efecto.

#### **IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y DE JURISPRUDENCIA**

Constitución Política, artículos 29, 51 y 86

Código General del Proceso artículos 133, 134, 135, 136, 328, 354, 355, 356, 452 y 455.

##### **I. DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO**

Esta causal específica de procedibilidad para la acción de tutela contra providencia judicial se funda en el desconocimiento de las formas propia de cada juicio por parte de la autoridad que tiene la competencia funcional para adelantar el proceso o actuación. Ahora bien, dicho defecto debe de producir una amenaza y/o vulneración de tal magnitud, que afecte de forma directa los derechos fundamentales.

1. **Corte Constitucional Sentencia SU 061/18:** *“El error procedimental se causa por un error en la aplicación de las normas que fijan el trámite a seguir para la resolución de una controversia judicial. Sin embargo, no se trata de cualquier defecto respecto de las formas propias de cada juicio, sino uno que tenga la entidad suficiente para negar la materialización de los derechos fundamentales”.*
2. **Corte Constitucional Sentencia T 008/19:** Se reiteran las condiciones que se deben de verificar para establecer que se trata, efectivamente, de un defecto procedimental absoluto: *“(i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela, (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales, (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico y (iv) que, como consecuencia de lo anterior, se presente una vulneración a los derechos fundamentales.*
3. **Corte Constitucional Sentencia T 272/18:** [\(Trata una discusión sobre la aplicabilidad del Art 328 del C.G.P. – Ampara actuaciones oficiosas en fallo de segunda instancia\).](#) [Recopilación de lo establecido en Sentencias T-120 de 2014, T-214 de 2012, T-017 de 2007, T-996 de 2003, T-638 y T-781 de 2011, T-264 de 2009, T- 778 de 2009 y T-388 de 2015](#)

“Los artículos 29 y 228 del texto Constitucional, consagran las bases de aplicación del defecto en estudio, en tanto contemplan los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial sobre las actuaciones formales. Este Tribunal en su jurisprudencia ha determinado que yacen dos tipos de defecto procedimental: i) el absoluto, que se presenta cuando el operador judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, y ii) por exceso ritual manifiesto, el cual tiene lugar cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

La estructuración del defecto procedimental absoluto se manifiesta cuando el juez correspondiente omite los presupuestos procesales aplicables al asunto objeto de estudio y, por el contrario, renuncia de forma abierta a los supuestos legales, lo que lo conduce a tomar una decisión infundada que deriva

en la violación de derechos fundamentales. Puntualmente, esta Corte ha señalado que:

“(…) [E]l defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Pero para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción de tutela será necesario, adicionalmente (…) entre otros que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no aparece una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso”.

Según los referentes jurisprudenciales sobre la materia, el funcionario judicial también puede configurar dicho defecto cuando: “(i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia[18]; (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes o (iii) pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales”.

Ahora bien, al momento de enfocarse en el caso concreto, la Corte Constitucional establece que el Art. 328 deja abierta la posibilidad a que, en el fallo de segunda instancia,  puedan ser tomadas decisiones de forma oficiosa, así el apelante no haya hecho mención a ellas:

“En esta misma dirección y haciendo referencia puntual al juez de segunda instancia, el artículo 328 del mismo estatuto, señala que “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley (…)” (Destaca la Sala).

(…)

Igualmente, entiende la Sala que, si bien el juez de segunda instancia es competente para decidir solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, conforme al artículo 328 del Código General del Proceso, también lo es que la misma disposición consagra que debe pronunciarse sobre las decisiones que debe adoptar de oficio. Asimismo, el artículo 282 del mismo código establece que el juez debe reconocer de manera oficiosa en la sentencia los hechos probados que constituyen una excepción sin limitar la regla al juez de primera instancia”.

Finalmente, el magistrado Carlos Bernal Pulido, en su salvamento de voto, apartándose de la posición tomada, estableció que el presente caso no se trata de un defecto procedimental absoluto, como fue establecido y tratado por el accionante y la Corte Constitucional, sino que se trata de un defecto sustantivo:

Por otro lado, incluso de considerarse que se habían superado los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cierto es que los hechos no se enmarcan dentro de un defecto procedimental absoluto, pues lo que se estaba analizando era el posible desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 282 y 328 del Código General del Proceso, de manera que, en gracia de discusión, lo que existiría sería un defecto sustantivo.

4. Consejo de Estado. Acción de tutela 11001-03-15-000-2021-00222-01(AC), actuando como Juez de tutela estableció:

Primeramente, se encargó de resolver el siguiente problema jurídico: ¿La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la expedición de la providencia de 23 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de apelación formulado por la parte demandada en contra de la decisión adoptada el 26 de febrero de 2020 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, incurrió en la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte accionante?

Procede a establecer al defecto procedimental absoluto de la siguiente manera: *La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto procedimental de una sentencia judicial surge cuando el funcionario judicial encargado de adoptar determinada decisión, actúa contrario a los postulados procesales aplicables al caso concreto, desconociendo de manera evidente los presupuestos legales establecidos, lo cual deriva en una decisión arbitraria que desconoce derechos fundamentales. Así, estaría viciado todo proceso en el que se omitan las etapas señaladas en la ley para el trámite y desarrollo del mismo y se afecten las garantías de los sujetos procesales. Por ejemplo cuando se omite la solicitud y práctica de pruebas o la comunicación con la que se da inicio al pleito, actos que permiten la participación de los sujetos en ejercicio de su derecho de defensa. Uno de los escenarios en que el juez puede incurrir en un defecto procedimental es en el desarrollo de la defensa técnica.*

Los criterios que se deben tener en cuenta para establecer si existió un defecto procedimental son: (i) que en el transcurso del proceso no haya sido posible corregir la irregularidad procesal; (ii) que el desconocimiento procesal afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga repercusiones en la decisión de fondo;

*(iii) se requiere que el error producido no sea imputable al afectado, y (iv) se omite cumplir los principios mínimos del debido proceso señalados en la Constitución, principalmente, en los artículos 29 y 228.*

De hecho, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en cualquier actuación prevalece el derecho sustancial frente a las formas, pero también se ha afirmado que el procedimiento es una garantía de la homogeneidad de las actuaciones en el marco de un proceso, bajo supuestos fácticos similares con el fin de impedir la arbitrariedad y que se adopten decisiones subjetivas que desconozcan los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Finalmente, fallo en el siguiente sentido: “En ese orden de ideas, encuentra esta Sala de Subsección que el recurso de apelación se centró en debatir la fecha a partir de la cual debía contabilizarse el término de caducidad para la radicación de la demanda de reparación directa, no obstante, la autoridad judicial accionada fundamentó su estudio en el medio de control sobre el cual debía estudiarse el caso concreto, situación que no fue objeto de reproche por parte de la entidad demandada. Al respecto, el Código General del Proceso, en su artículo 328, dispone: «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella» (negrillas de la Sala).

De lo anterior, emerge con claridad para la Sala, que la Sección Tercera excedió el marco de sus competencias, las cuales, como quedó visto, se delimitan en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, máxime cuando se trata de apelante único, lo que se traduce en un defecto procedimental.

Sumado a ello, cambiar en la resolución del recurso de apelación el medio de control sobre el cual se venía desarrollando el análisis del caso, sin que esta situación hubiese sido objeto de reproche, desconoce del derecho a la doble instancia de la parte demandante.

En ese orden de ideas, es necesario resaltar que es el Tribunal, al realizar el saneamiento del proceso, es el que debe determinar cuál es el medio de control aplicable al caso objeto de estudio, decisión que puede ser objeto de recurso por las partes.

Por lo anterior, se confirmará el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la propiedad privada y al acceso a la administración de justicia de la parte accionante, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

## II. DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO

Se produce esencialmente por la vulneración del principio de legalidad que funge como eje axial del debido proceso, es decir cuando el fallador desconoce las normas en que debe fundar la decisión o las aplica de forma irrazonable o contraevidente.

El desconocimiento del precedente se traduce en el desconocimiento mismo del derecho aplicable produciendo un defecto sustantivo.

1. **Corte Constitucional Sentencia SU 159/02.:** *“ la jurisprudencia constitucional ha previsto que el defecto material o sustantivo, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la constitución y la ley lo reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, (i) porque ha sido derogada (ii) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la misma corte Constitucional (v) porque a pesar de estar vigente y ser constitucional no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó”*

Es decir, cuando el funcionario judicial profiere su decisión con base en normas inexistentes, inconstitucionales, claramente inaplicables al caso concreto o existe una ostensible y evidente contradicción entre los fundamentos o razones de la decisión.

2. **Sentencia T 581 de 2011 Corte Constitucional:** *“si bien el juez goza de autonomía para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, para determinar su forma de aplicación y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no se puede equiparar autonomía con arbitrariedad, pues la libertad del juez se encuentra circunscrita al respeto de la constitución las leyes y en general del ordenamiento jurídico”.*
3. **Sentencia T 008 de 2020 Corte Constitucional:** *(i) la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable porque: “... a pesar de que la norma está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplico, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador. (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra prima facie (a primera vista), dentro del margen de interpretación razonable o “ la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial (...) (vi) la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso.”*

REGLAS DE CONFIGURACIÓN.	SUB-REGLAS DE APLICACIÓN.
<p>Basar la decisión en normas existentes pero claramente inaplicables al caso concreto.</p>	<p>No se adecuan a la situación fáctica para la cual fueron aplicadas.  Darle a la norma efectos distintos a los que le dio el legislador.  Aplicar normas que se encuentran suspendidas.</p>
<p>Omisión en la aplicación normativa.</p>	<p>(a) Cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada.  (b) Cuando el funcionario realiza una aplicación indebida de la preceptiva concerniente.</p>
<p>Desconocimiento o aplicación errónea del precedente utilizado en el caso concreto.</p>	<p>No se toman en cuenta sentencias que han definido el alcance de la norma aplicable, cuando esta fue proferida con efecto erga omnes.  De aparta del precedente sin carga de reconocimiento ni de argumentación.  Fundar la decisión en reglas precedentes que ya no hacen parte de la sombra decisional actual y aplicable al caso concreto.  Cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución.</p>

El defecto material o sustantivo se produce por el desconocimiento, aplicación errónea, indebida interpretación u omisión de las normas y reglas precedente en que debía fundarse la decisión para resolver el caso concreto. La dogmática utilizada por la Corte Constitucional en su doctrina, permite conciliar los principios de libertad e independencia judicial respecto de la interpretación y aplicación del derecho, con los principios de legalidad, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial.

4. **Sentencia T 056 de 2005 Corte Constitucional:** *“El defecto sustantivo se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable. El defecto fáctico, cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión. El defecto orgánico se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Por último, el defecto procedimental aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.”*
  
5. **Sentencia T-1044 de 2006 Corte Constitucional.** *“Acerca del defecto sustantivo la Corte ha precisado que comporta “cierta carencia de juridicidad de las providencias judiciales” y que tiene ocurrencia cuando la respectiva autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables al caso, ya sea que ese desconocimiento tenga su fuente en la absoluta inadvertencia del funcionario judicial, en la aplicación indebida que éste haga de la preceptiva concerniente, en el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes o en el “error grave” en el cual incurra al interpretar las disposiciones que gobiernan el asunto llevado al conocimiento del juez”*

“(…) La Sala considera relevante poner de manifiesto la anterior circunstancia, pues en el caso que ahora se revisa, el defecto sustantivo alegado por los demandantes versa, al menos en parte, sobre el alcance del artículo 330 del anterior Código de Procedimiento Civil que se refería a la notificación por conducta concluyente y, en caso de que a los actores se les conceda la razón en sus planteamientos, la indebida interpretación que los jueces del proceso ejecutivo le habrían dado a este artículo repercutiría en el procedimiento surtido y, posiblemente, generaría un defecto procedimental, pues no se habrían atendido las ritualidades previstas en la ley procesal (…)”

“(…) Las exigencias que rodean la configuración de un defecto sustantivo fundado en una interpretación indebida tienen explicación en el propósito de evitar una invasión del ámbito competencial de los jueces ordinarios, so pretexto de corregir cualquier interpretación de las disposiciones legales o infralegales aplicables al asunto decidido por el juez ordinario. En este sentido la jurisprudencia constitucional ha sido clara al exigir el error grave en la interpretación y al prevenir al juez de tutela acerca de que su tarea no consiste en imponer su propia interpretación o su propia valoración de los hechos o de las pruebas”

## **V. PROBLEMA JURÍDICO**

El debate que suscita este trámite constitucional, conduce a presentar el siguiente interrogante, a nivel de problema jurídico que aspiramos sean resueltos a través de esta acción judicial.

- ¿Puede un juez de segunda instancia, resolver aspectos de la decisión del juez de primer grado, que no ha sido apelada por ninguna de las partes, habiendo un único apelante, sin que ello vulnere derechos fundamentales, como el debido proceso y la cosa juzgada constitucional?



- ¿Puede un juez de segundo grado hacer uso de normas que no sean aplicables al hecho en concreto, sin que ello conduzca a una violación del debido proceso?
- ¿Puede un juez, sin violar derechos fundamentales, exigir al incidentalista, requisitos más allá de los que demanda la ley, o exigirle actuar cuando le es materialmente imposible?

## VI. ARGUMENTACIÓN

Conocidos los hechos y circunstancias del caso, las normas vigentes y la jurisprudencia que sobre nulidades y debido proceso han establecido las autoridades competentes, expongo los argumentos por las cuales se consideran violados los derechos al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a la vivienda digna y acceso a la Administración de Justicia.

- **Uso de normas que no aplican al caso por parte del Juez de primera instancia.**

Es evidente que el Juzgado de primera instancia ha indicado en el auto que resuelve el incidente de nulidad que i) efectivamente existe una indebida notificación, cuando dice "Igualmente le asiste la razón al incidentalista, en el sentido de que si al momento de realizar la notificación, como efectivamente se observa en la diligencia de secuestro, -fl. 186-, el lote no presentaba construcción alguna, situación que debió tener en cuenta la parte demandante, sería difícil lograr la notificación personal del señor **Oliveros Carvajal**, máxime, se itera, al existir otra dirección para recibir notificaciones", ii) sin embargo, plantea que la nulidad está saneada, dado que se ha presentado con posterioridad a la adjudicación del bien inmueble, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 455 del CGP, además se podría afectar terceros, como es el rematante.

El reparo de orden constitucional respecto de la actuación de la primera instancia es que i) se usa una norma, como lo es el artículo 455 del CGP, que está diseñada para buscar que las partes y el juez del caso, frente a un remate, adviertan los vicios e irregularidades que este presenta, antes de la adjudicación, advirtiendo que el silencio en las previas de la adjudicación, conducen a no ser oídas posteriormente, lo que impone la tarea de plantear las irregularidades de manera oportuna y no guardarlas para luego.

Pero el uso de esta norma para subsanar una nulidad sucedida en el mandamiento de pago, constituye una vía de hecho, ya que las nulidades del artículo 133 del CGP, tiene sus propias reglas para ser subsanadas en el artículo 136 del CGP. Si el derecho plantea las normas desde la mirada de la decisión de primera instancia, ello incentivaría a un acreedor a notificar de manera deliberada en un sitio diferente, y evitar la defensa del ejecutado, que, al no saber del remate, y no poder presentar una nulidad antes de la adjudicación, perdería su derecho a la defensa. Pero el diseño del CGP prevee esta situación, a tal punto que plantea que las nulidades relacionadas con indebida notificación, entre otras, se pueda presentar, **"...incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal"**.<sup>3</sup>(Resaltado es propio). La interpretación del auto que resuelve el incidente de nulidad, plantearía una aparente antinomia entre las dos normas artículos 134 y 455 del CGP-

Además, el artículo 455 del CGP que invoca el despacho de primera instancia para soportar su decisión, está incorporado en el Capítulo III del Código, REMATE DE BIENES Y PAGO AL ACREEDOR, por lo que las reglas de subsanación ahí indicadas, aplican preponderantemente para esa etapa del proceso y no para las anteriores, como la notificación del mandamiento de pago.

Ahora, el remate no es que tenga una nulidad o irregularidad que lo invalide, derivada de su propio proceso, no es ello lo que está en juego, sino que la nulidad del mandamiento de pago, puede tener una consecuencias o efectos sobre el remate, pero no por una irregularidad intrínseca, que se ha presentado en el proceso de subasta del bien objeto de garantía. Cosa diferente es que, como consecuencia de la indebida notificación, algunas etapas deban retrotraerse a un momento anterior, para dar las garantías de defensa al demandado, lo cual no necesariamente implica que el proceso de remate tenga un defecto en sí mismo que lo invalide, es más acertado concluir que, como consecuencias de

---

<sup>3</sup> Artículo 134 CGP, inciso tercero.

actuaciones anteriores, se afecte no sólo el remate sino todas las etapas posteriores a aquella que genera la nulidad. No toda invalidez del remate implica o se deriva de una irregularidad del mismo, pueden otras etapas afectarlo. Dicho de otra manera, las irregularidades propias del proceso de remate lo afectan de manera directa, pero las irregularidades o nulidades de otras etapas afectan todo el proceso.

En la apelación se indicó. Al respecto, la doctrina ha dicho "Sin embargo, no debe perderse de vista que una cosa es la nulidad del remate y otra bien distinta la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. Ya que decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se lleva a cabo el remate, este también queda sin efecto, pero no al contrario, pues el remate únicamente puede anularse por las causales determinadas en los artículos 524 a 528 (hoy 455 y ss. del CGP) del Código de Procedimiento Civil, causales que son procesales "...procesales unas, por lo tanto, de carácter extrínseco, e intrínseco las demás concernientes a la enajenación como relación contractual..."<sup>4</sup>

**Esta actuación de usar una norma no aplicable al caso en concreto, constituye una vía de hecho, que está llamado a ser revisado por el juez constitucional.**

- [Actuación si competencia, uso de normas que no aplican para el hecho en concreto y contradicción en la decisión del juzgador de segunda instancia.](#)

El Juzgador de segundo grado, resuelve el recurso de alzada, de la siguiente forma, i) revisa toda la actuación de la primera instancia, y por ello ii) concluye que no hay indebida notificación, sin embargo, iii) decide que ha sido subsanada la nulidad por las mismas razones expuestas por la primera instancia.

La decisión del Juez de primer grado fue notificada a las partes y sólo el extremo pasivo se pronunció al respecto, no hubo recurso alguno, de acuerdo a lo consignado en el expediente, por la parte demandante. En la apelación se indicó estar de acuerdo con el Auto que resolvió el incidente de nulidad, sólo en lo relacionado con la existencia de una

---

<sup>4</sup> LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROESO 7 Edición, Fernando Canosa Torrado, páginas 461 y 462, en la cual cita a "165 G. T. Tomo XXXVI, pág. 551"

indebida notificación del mandamiento de pago, más no con la subsanación considerada por el despacho; por ello esto se dijo en la apelación "Frente a esta conclusión del despacho este extremo procesal no tiene ningún reparo, y sobre ello no va la apelación, pero si respecto de la decisión de que la nulidad alegada se haya subsanada por ministerio de la ley, precisamente lo contenido en el numeral 1 del artículo 455 del CGP". Se desprende de lo anterior, que el Juez de segundo grado, sólo podía revisar la parte que le había solicitado quien apeló el auto, sin posibilidad de ir más allá.

Los incisos 1 y 4 respectivamente, del artículo 328 del CGP respecto de las competencias del superior, dentro del recurso de apelación ordenan lo siguiente

"El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella".

Los argumentos expuestos y que expresaban el desacuerdo del apelante con el primer fallo, están relacionados con la forma en que el despacho determina que está subsanada la nulidad, y expresamente se indica que la apelación se dirige a ese aspecto. Así las cosas, el Juez de segunda instancia, no estaba llamado a revisar la indebida notificación como tal, pues esta ya se encontraba en firme y la providencia que lo contenía, estaba ejecutoriada. Al concluir que no existe una indebida notificación, remueve la decisión ya tomada y ejecutoriada por la primera instancia. **Esta es una actuación por fuera del marco de las competencias del segundo Juzgador.**

Ahora, de cara al inciso 4 del artículo 328 del CGP, si bien es cierto que el incidente se resuelve negando la nulidad, en todo caso, este segundo fallo es más desfavorable que el primero, pues en el primero había una indebida notificación que se subsanó, según dicha instancia, pero en el segundo fallo, ya no hay una indebida notificación, la que a su vez se haya subsanada. Podría no tener aplicación práctica esta consideración, porque en ambos casos la solicitud de nulidad se resuelve negativamente, pero en cada caso son distintas las consideraciones del despacho, saltando a la luz que ha sido más gravoso el fallo de segunda instancia.

**Esta es una actuación que va en contravía de la ley, la cual se debe someter las decisiones de los jueces constitucionales, pues violentan el debido proceso, en todo caso.**

Frente a que está subsanada la indebida notificación, los argumentos son los mismo que se han presentado para el Juez de Primera instancia, en letras anteriores de esta argumentación.

Finalmente, existe una contradicción en la providencia que resuelve la segunda instancia, que manifiesta que no hubo indebida notificación, cuando expresa "...no es posible concluir que se incurrió en una indebida notificación al haberse recibido la comunicación de notificación y el aviso en la portería del lote ubicado en el Conjunto 4 de la Urbanización La Pradera, Hacienda el Castillo, pues si bien no era ocupado por el demandado, sí era periódicamente concurrido por el mismo, lo que se puede inferir del hecho que el personal de portería recibió los citatorios indicando que el demandado podía ser ubicado ahí, en armonía con las certificaciones emitas por la empresa de correo postal". Pese a ello, expresa el Juez de Segundo Grado, que se haya subsanada la "indebida notificación". Si no existe indebida notificación, no hay motivo a que, la misma que no existe, se encuentre subsana. **Implica lo anterior una contradicción manifiesta del auto que decide el recurso de apelación, respecto del incidente de nulidad.**

Finalmente, exigir al incidentalista, por parte del juez, un comportamiento diferente, más allá del que exige la ley, como es que la nulidad por indebida notificación deba ser alegada antes de saber del proceso, constituye una arbitrariedad y una extralimitación, pues los requisitos exigidos por el Juez, más allá de la ley.

Negar la nulidad por no asistir a una etapa de la cual no se conocía, es pedir un imposible al deudor, cuando el generador de dicha circunstancia fue el demandante, que debió dar la dirección correcta, como efectivamente sí lo hizo para temas de habeas data.

**Esta actuación i) sin competencia, ii) uso de normas no aplicables al caso en concreto, iii) la contradicción de la decisión de segunda**

**instancia y iv) las exigencias más allá del marco legal, constituyen una vía de hecho, que está llamado a ser revisado por el juez constitucional.**

## **VII. PETICIÓN**

Con fundamento en los hechos relacionados, solicitó de manera respetuosa señor Juez:

- 1.** Tutelar los derechos fundamentales a la vivienda, acceso a la administración de justicia, derecho a la defensa y debido proceso.
- 2.** En consecuencia, ordenar que en un término no mayor a 48 horas las entidades accionadas, **JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI** y **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI**, o a quien correspondan, que tomen una decisión en derecho, respecto del caso, con observancia y apego a las normas vigentes; o la decisión que se considere pertinente para salvaguardar mis derechos.

## **VIII. ANEXOS Y PRUEBAS:**

- 1.** El expediente del proceso ejecutivo con radicación 2009-605 Coomeva (hoy Bancoomeva) Vs Freddy A Oliveros.
- 2.** Incidente de nulidad, auto que lo resuelve, apelación y segunda instancia, que hacen parte del mismo proceso.
- 3.** Copia de la cédula.

## **IX. COMPETENCIA**

Es usted, señor Juez competente, para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos, por tener jurisdicción en el domicilio de la entidad Accionada y de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1382 de 2000.

## **X. JURAMENTO**

Bajo la gravedad de juramento me permito manifestarle que por los mismos hechos y Derechos no he presentado acción de tutela ante ningún otro despacho judicial.

## **XI. NOTIFICACIONES**

Para la presente acción las notificaciones se podrán surtir en las siguientes direcciones:

**La parte accionada recibirá notificaciones**

**JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI**  
Calle 8 # 1-116. Cali. [j01ejecmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j01ejecmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI**  
Calle 8 # 1-116. Cali. [j02ejecccali@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j02ejecccali@cendoj.ramajudicial.gov.co)

La parte accionante recibirá notificaciones en el e-mail: [olicarf@hotmail.com](mailto:olicarf@hotmail.com) celular  
3188885122

Cordialmente.



---

**FREDDY ARMANDO OLIVEROS CARVAJAL**  
C.C. 10.386.952 de Guapi, Cauca