

Nº. INSTRUCCIÓN		16		12		5		7	
-----------------	--	----	--	----	--	---	--	---	--

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Bogotá D. C., dieciséis de diciembre de dos mil cinco

Ref. Exp. No. 080013103002-1994-12835-02

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de septiembre de 2000, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, decisión epílogo del proceso ordinario promovido por las sociedades Mandonnet & Vengoechea Ltda. y Carbo y Navarro Ltda. contra el Banco Central Hipotecario.

ANTECEDENTES

1. Las firmas demandantes pretendieron la nulidad de las hipotecas que constituyeron a favor de la demandada, mediante las escrituras públicas números 3.009 del 23 de diciembre de 1977 y 2685 del 4 de octubre de 1978 otorgadas en la Notaría Quinta de Barranquilla; en la misma forma solicitaron la invalidez de la inscripción de dichos gravámenes en los folios de matrícula correspondientes.

Con fundamento en la anterior declaración, solicitaron que se condenara al Banco Central Hipotecario a pagar "*daños y*



perjuicios" por la "utilización de dichos gravámenes a favor de la demandada y en contra de los demandantes".

2. El sustento fáctico de las pretensiones admite el siguiente resumen.

2.1. Mediante la Resolución No. 2709 de 31 de agosto de 1977, las sociedades Mandonnet & Vengoechea Ltda. y Carbo & Navarro Ltda. obtuvieron permiso de la Superintendencia Bancaria para anunciar y desarrollar un plan de vivienda integrado por 126 apartamentos, desarrollo urbanístico denominado *"Centro Residencial Las Delicias"*, ubicado entre las calles 69 D y 69 E con la carrera 41 de la ciudad de Barranquilla.

2.2. Por escritura pública No. 3009 de 23 de diciembre de 1977, las demandantes gravaron el mismo inmueble con hipoteca a favor del Banco Central Hipotecario, garantía que más adelante fuera recogida y ampliada mediante el instrumento público No. 2685 del 4 de octubre de 1978, ambos otorgados ante la Notaría Quinta de la ciudad de Barranquilla.

2.3. Las sociedades deudoras y el acreedor omitieron solicitar a la Superintendencia Bancaria, el permiso previo para constituir los gravámenes hipotecarios, requisito exigido por el artículo 8º de la Ley 66 de 1968, en concordancia con el artículo 5º del Decreto 2610 de 1979, normas que sancionan la ausencia de tal autorización con *"nulidad absoluta del gravamen o limitación constituido"*, según el demandante, por *"objeto ilícito"* al estar prohibido dicho contrato por la ley.

2.4. Valido de las garantías reales cuya nulidad se pretende, el Banco Central Hipotecario adelantó un proceso



ejecutivo con garantía real en contra de las sociedades aquí demandantes ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad de Barranquilla, allí solicitó la adjudicación de los bienes perseguidos.

3. El juzgado de primera instancia accedió a las pretensión de los demandantes, declaró la nulidad solicitada y dispuso las consiguientes cancelaciones; encontró responsable a la demandada por abusar de su derecho a litigar, por lo cual la condenó a pagar las sumas de \$597'948.000, como daño emergente y \$298'397.502,73, por concepto de "*frutos civiles*" (sic), más la corrección monetaria. Apelado el fallo, el Tribunal revocó la sentencia del *a quo* y en su lugar declaró probada la excepción de "*saneamiento de la nulidad*" por "*ratificación de las partes*" y absolvió a la demandada, mediante providencia contra la cual se interpuso el recurso de casación que ahora decide la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El *ad quem* revocó la sentencia de primer grado, pues concluyó que hubo "*saneamiento de la nulidad invocada por ratificación tácita de las partes*", deducción apoyada en los siguientes argumentos:

1. Según el Tribunal, el contrato de hipoteca cuya nulidad se pretendió en sí mismo "*no está prohibido por la ley*", pues aunque fuera necesaria la autorización previa de la Superintendencia Bancaria, "*el contrato sí se podía realizar sin problema alguno, una vez obtenido el mencionado permiso, por lo que se arriba a la conclusión que no nos encontramos frente a*



un contrato con objeto ilícito".

2. Tampoco halló causa ilícita en la constitución del gravamen hipotecario, porque el motivo para su realización, *"fue respaldar los contratos de mutuo celebrados entre demandantes y demandado con el fin de construir la Unidad Residencial Las Delicias, lo cual no constituye ningún tipo de ilicitud"*.

3. Ante la ausencia de objeto y causa ilícitas que impidieran la ratificación del negocio de hipoteca, emprendió el juzgador de segunda de instancia el estudio del saneamiento de la nulidad, en especial en la forma tácita consistente en que *"a pesar de haber presentado a través de apoderado judicial excepciones de mérito los aquí demandantes dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario que se siguió en su contra en el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, por parte del Banco demandado, en ningún momento atacaron los contratos de hipoteca, todo lo contrario, los aceptaron expresamente, ratificando que el dinero que recibieron era con el fin de construir la Unidad Residencial 'Las Delicias'", lo que se argumentó, según el ad quem, en atención a que "precisamente los bienes perseguidos dentro de dicho proceso, son apartamentos que hacen parte de dicha Unidad"*.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente formuló cinco cargos contra la sentencia del Tribunal; la Corte los estudiará en el orden propuesto, pero acumulará del segundo al quinto por resultar comunes las consideraciones necesarias para su despacho.



CARGO PRIMERO

Con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia que la sentencia es inconsonante por transgredir los límites fijados por las partes en los escritos que determinaron la materia litigiosa.

La incongruencia consistió, según el censor, en que el Tribunal decidió con fundamento en "supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por la parte demandada" (subrayado original) porque declaró probada una excepción pero con *"causa distinta a la invocada, es decir, con fundamento en hechos no alegados ni probados por la parte demandada"*, pues sustentó el saneamiento de la nulidad en la *"ratificación de las partes"*, circunstancia ajena al debate, por cuanto la excepción propuesta por el demandado fue *"convalidación de la nulidad"* fenómeno jurídico, dijo el impugnante, distinto al estudiado por el sentenciador de segunda instancia.

El recurrente planteó que la convalidación no puede considerarse como sinónimo de la ratificación, porque significa *"hacer válido lo que no lo era"*, en tanto que este último concepto significa, para el casacionista, la *"aprobación de un hecho ajeno"*, la *"insistencia en una manifestación"*, la *"reiteración de consentimiento"*. Igualmente afirmó que la convalidación suponía eliminar la causa que originó la nulidad absoluta demandada.

Remarcó la censura que el juez de segunda instancia guardó silencio respecto a la *"Quinta pretensión"*, que atañe al



abuso del derecho a litigar, cuyo hechos fundantes *"fueron probados, y por ende la sentencia del Tribunal, debería haberse dictado en consonancia con esta petición y con los hechos alegados y probados"*.

Expresó el censor que el Tribunal quebrantó el principio de congruencia del fallo, cuando tuvo cuenta los contratos de mutuo como causa de las garantías reales cuya nulidad absoluta se solicitó y determinar que aquella era lícita, lo que sirvió, en criterio del recurrente, para *"sanear la nulidad del contrato accesorio de hipoteca"*.

El casacionista sostuvo finalmente que la sentencia recurrida *"olvidó resolver"* la petición elevada por los demandantes acerca de la extinción de las facultades del apoderado del demandado, pues el poder fue conferido, según el inconforme, únicamente para *"contestar la demanda, proponer excepciones, promover incidentes, nulidades"*, lo cual impedía que el representante judicial de la demandada interpusiera el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, situación que *"generó el vicio motivo de la causal del casación indicada"*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuando se invoca la causal segunda de casación, se busca eliminar los desbordamientos u omisiones del juez, esto es, quitar de la sentencia toda decisión que exceda su competencia o adicionar lo que debió haber decidido de conformidad con los hechos y las pretensiones de la demanda, las excepciones propuestas por el demandado o aquellas que la ley autoriza u



ordena resolver de manera oficiosa.

La queja del casacionista, que además reitera a lo largo de las demás censuras, consiste en que Tribunal decidió la contienda con fundamento en una excepción diferente a la que fue propuesta por la demandada, con supuestos fácticos que no se vincularon al proceso, e igualmente que olvidó decidir sobre la pretensión de abuso del derecho a litigar.

Por lo que hace a decidir el proceso con fundamento en un medio de defensa diverso al precisamente invocado por la demandada, es claro que el yerro no tuvo lugar, porque el juez, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, tenía la facultad para declarar la excepción reconocida, a pesar del presunto silencio del demandado, pues como lo enseña la jurisprudencia de la Corte, las circunstancias enervantes de las pretensiones pueden ser declaradas por el juzgador, siempre y cuando *"no se trate de aquellas respecto de las cuales la ley prohíbe actuar inquisitivamente como la prescripción, la compensación o la nulidad relativa"* (sent. cas. civ. de 1 de febrero de 2000 exp. 5135). El Código de Procedimiento Civil consagró así el principio inquisitivo a propósito de los medios de defensa, del que tan solo excluyó las excepciones de nulidad relativa, prescripción, y compensación, porque tales casos hacen eco de las normas sustanciales previstas en los artículos 1743, 2513 y 1719¹ del Código Civil, que impiden al Juez declararlas, si el interesado no las alegó.

Tampoco tiene razón la censura cuando asevera que el saneamiento de la nulidad no estaba dentro los hechos sometidos a juicio, porque evidentemente la demandada formuló

¹ G.J. T. XLIII, Págs. 412 y 413. G.J. T. LXIV, Pág. 266.



la excepción de "convalidación de la nulidad" (folio 139, cdno. 1), en apoyo de la cual manifestó: "el negocio jurídico puede ser saneado o convalidado de acuerdo al (sic) Código Civil por prescripción o por la manifestación expresa o tácita de los que lo celebraron", y en seguida expresó: "en el caso que nos ocupa la aludida nulidad por falta de un requisito de ley, ha sido objeto de saneamiento por ratificación o confirmación voluntaria y expresa de los demandantes" (subraya la Corte); luego decir, como hace el recurrente, que la antedicha forma de saneamiento de la nulidad resultaba ajena al componente objetivo de la litis, es desconocer el contenido de la defensa, que contradice palmariamente los fundamentos del cargo formulado a la sentencia de segunda instancia.

Si el Tribunal decidió con fundamento en una excepción de fondo que podía declarar oficiosamente, y si además la parte demandada alegó en oportunidad esa defensa, es nítido que el juzgador de segunda instancia estaba habilitado para resolverla. Pero si lo que trata de plantear el recurrente es que hay distancia entre ratificación y convalidación, para de allí deducir que el Tribunal excedió el texto de la contestación de la demanda y vió de modo diferente su contenido, el reparo planteado no se trataría entonces de incongruencia, sino de aspectos *in iudicando*, por lo tanto ajenos a la causal segunda de casación.

Sobre las críticas al fundamento probatorio que tuvo el Tribunal para declarar la que llamó excepción de saneamiento, basta decir que tal inconformidad, tampoco acompasa con la causal invocada, pues encierra presuntos errores de juzgamiento que corresponden a la causal primera de casación.

En lo que atañe a que el Tribunal no resolvió la pretensión



"Quinta", juzga la Corte que la demanda presentada no contiene una solicitud autónoma de condena por el abuso del derecho a litigar, pues las sociedades demandantes pidieron, en primer lugar, la nulidad de los gravámenes hipotecarios, para después demandar que se condenara *"a la demandada al pago de todos los **DAÑOS Y PERJUICIOS, lo mismo que a las COSTAS del proceso que resultaren ocasionados con ocasión (sic) de la utilización de dichos gravámenes a favor de la demandada y en contra de las demandantes**".* (resaltados y mayúsculas originales -fl. 33 del cuaderno 1-); igualmente se observa que el hecho octavo del escrito genitor del proceso -único que alude a la pretensión comentada- describió que *"el Banco Central Hipotecario, ha hecho uso de las mencionadas garantías hipotecarias, promoviendo contra las sociedades MANDONNET & VENGOECHEA LTDA. y CARBO & NAVARRO LTDA., un proceso ejecutivo, como el que actualmente cursa ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, utilizando para ello, garantías hipotecarias que adolecen de NULIDAD ABSOLUTA"*; de donde puede concluirse que el presunto abuso del derecho a litigar tuvo como plataforma que el banco demandado promovió un proceso ejecutivo con garantía real, cuyos títulos hipotecarios estaban viciados de nulidad absoluta; en consecuencia, si el Tribunal encontró que dicha ineficacia carecía de fundamento, desechó implícitamente la pretensión indemnizatoria que de aquella dependía, por lo tanto, nada quedó pendiente de resolver en cuanto a las materias litigiosas sometidas al conocimiento del juzgador de segundo grado, entonces, no hubo la inconsonancia expresada en la censura, porque *"cosa distinta de no decidir un extremo de la litis es resolverlo desfavorablemente al peticionario. 'En el primer supuesto el fallo sería incongruente y, en consecuencia, atacable en casación con base en la causal segunda; en el segundo no,*



puesto que la sentencia desfavorable implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnada a través de la causal primera, si ella viola directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario, se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuere favorable a las pretensiones del demandante o a las excepciones del demandado, lo que a todas luces es inaceptable"² (Sent. Cas. Civ. 8 de junio de 2001, Exp. No. 5719).

En relación con el reclamo elevado por el recurrente sobre la nulidad generada ante la extinción de las facultades del apoderado de la sociedad demandada que le impedía a dicho profesional interponer el recurso de apelación, juzga la Corte que semejante reparo carece de asidero, no sólo porque se formuló a propósito del cargo por inconsonancia con lo cual el censor entremezcló causales de casación, sino porque omitió invocar el motivo de invalidez procesal alegada. Pero al margen de tales obstáculos, es de ver que las demandantes tampoco tienen legitimación para proponer el eventual vicio de nulidad que presentan, pues si la supuesta extinción del poder se predica del apoderado de la demandada, era esta parte la que podía plantear la citada irregularidad, a la luz de lo previsto por el inciso 3º del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil.

El cargo se malogra.

SEGUNDO CARGO

Acusó la sentencia por violación del artículo 8º de la Ley 66 de 1968, subrogado por los artículos 5º del Decreto 2610 de

² Cas. Civ. de 24 de junio de 1997, entre otras. G. J Tomo CCXLVI, Volumen II, 1417.



1979 y 3º del Decreto 78 de 1987, y de los artículos 6º, 1523, 1524, 1742, 1752, 1754 del Código Civil todos por *"interpretación errónea"*; por *"aplicación indebida"*, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936; y por falta de aplicación, los artículos 16, 1519, 1526, 1500, 1753 del Código Civil, 822, 898, 899 del Código de Comercio y 176, 177, 185, 187, 254, 258, 265 del Código de Procedimiento Civil.

Manifestó el recurrente, sin mayores explicaciones, que el Tribunal aceptó la nulidad del contrato de hipoteca, pero aplicó indebidamente el artículo 1742 del Código Civil, al determinar que la invalidez fue saneada por ratificación de las partes, pues entendió el *ad quem* que ella no viene de objeto o causa ilícitos.

Dijo el casacionista que la corporación sentenciadora incurrió en contradicción, porque a pesar de establecer que la hipoteca está sujeta a *"formalidades sin las cuales el contrato se encuentra afectado de nulidad, es el caso de las condiciones impuestas por la Ley 66 de 1968"*, declaró saneada la nulidad por ratificación de las partes. Afirmó el casacionista que *"el colegiado cae en la contradicción atrás indicada, por el afán de negar las pretensiones de la demanda, y favorecer a una entidad financiera, aunque como lo citó el señor Juez, con fecha 14 de septiembre de 1995, con ponencia del Señor Magistrado Dr. Salcedo Arrieta, y suscrita por dos de los magistrados firmantes de la sentencia atacada, Drs. José Manuel Luque Campo, y Lilian Pájaro de De Silvestri, hubiere accedido a decretar la nulidad de un gravamen hipotecario por haberse constituido sin la autorización del Superintendente Bancario, alegando en ese momento que dicha ley, sí era de contenido social; circunstancia que en la sentencia objeto del recurso, niega de plano (sic)"*.



A continuación, bajo el acápite de *"concepto de violación"*, el censor expresó que *"el Tribunal inaplica los artículos 16, 1526 del C.C. y restantes normas civiles atrás citadas, y las normas comerciales, tales como los artículos 822, 898 y 899 del C. de Comercio y de contera, obtiene una conclusión totalmente errada pues tergiversa la norma"*. Según el recurrente, el Tribunal afirmó que el contrato de hipoteca no estaba prohibido legalmente, de donde dedujo que era saneable y dirigió su estudio a la ratificación de las partes, con desmedro del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que invocó en el cargo como vulnerada.

El impugnante expresó que los artículos 8º de la Ley 66 de 1968, subrogado por el artículo 5º del Decreto 2610 de 1979, y 3º del Decreto 078 de 1987, constituyen normas de orden público económico, de donde surge que la protección social que establecen sus previsiones impedía que la nulidad que afectaba el acto de constitución de los gravámenes hipotecarios pudiera ser saneada.

El casacionista denunció que el Tribunal incurrió en error al hacer las siguientes afirmaciones: *"1. El contrato de hipoteca sobre el cual versa la demanda no está prohibido por la ley. 2. El permiso de la Superintendencia Bancaria, se puede suplir con la ejecución voluntaria del contrato y éste se torna válido. 3. No hay objeto ilícito en la celebración de un contrato prohibido por las leyes de interés social"*.

TERCER CARGO

Expresó la violación *"de una norma de derecho substancial por **error de hecho** manifiesto en la apreciación de la demanda,*



y de su contestación", denunció como vulnerados el artículo 8º de la Ley 66 de 1968, subrogado por los artículos 5º del Decreto 2610 de 1979 y 3º del Decreto 78 de 1987, y de los artículos 6º, 1523, 1524, 1742, 1752, 1754 del Código Civil, todos por *"interpretación errónea"*; por *"aplicación indebida"*, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936; y por *"falta de aplicación"*, los artículos 16, 1519, 1526, 1500, 1753 del Código Civil; 822, 898, 899 del Código de Comercio y 176, 177, 185, 187, 254, 258, 265 del Código de Procedimiento Civil.

Luego de transcribir buena parte de las consideraciones del Tribunal, el censor expresó que el error de hecho en la *"apreciación de la demanda"* consistió en que juzgador de segunda instancia *"interpretó la demanda, como un conflicto de intereses meramente privado"*, sin atender que la Ley 66 de 1968 era de *"imperativo cumplimiento"* por corresponder al ejercicio del control estatal sobre actividades en que está interesado el *"bienestar social de la comunidad"*, como son la construcción de vivienda, crédito para la adquisición de las mismas y el desarrollo de programas de urbanización, con los cuales los particulares *"reemplazan al Estado en el cumplimiento de una obligación social... dotar de vivienda a los miembros de la comunidad"*.

Reiteró el casacionista que el Tribunal *"declaró probada la excepción por ratificación de las partes"*, en lugar de la que realmente fue propuesta por la parte demandada, denominada *"Convalidación de la Nulidad"*, y transcribió parcialmente los razonamientos elevados en apoyo del primer cargo; dijo el censor que *"la existencia de los contratos de mutuo"* sobre los cuales *"no versaron las pretensiones de la demanda, ni las excepciones propuestas"*, no hacían parte del litigio porque los pedimentos dicen relación a la nulidad del contrato de hipoteca, sin embargo,



el Tribunal se refirió al contrato de mutuo que resulta *"ajeno al asunto"* y *"con un argumento tautológico, da [el Tribunal] por demostrada la validez del contrato tachado de absolutamente nulo, con las cláusulas del mismo contrato atacado"*. En fin, según el recurrente, *"la contención no se planteó en los términos en que lo analizó el Tribunal (validez o nó -sic- de los contratos de mutuo), no existiendo identidad entre lo resuelto y aquellas cuestiones que en la oportunidad debida plantearon los litigantes como objeto de la controversia"*.

CUARTO CARGO

Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., el impugnante acusó la sentencia de ser violatoria de una *"norma substancial"*, por **error de derecho** manifiesto en la apreciación de la prueba. El recurrente mencionó como disposiciones probatorias quebrantadas los artículos 174, 176, 177, 185, 187, 232, 254, 265 del Código de Procedimiento Civil.

Para la sustentación del cargo, el censor transcribió nuevamente los argumentos de las acusaciones anteriores, en particular manifestó que la demandada no refiere *"por ninguna parte"* los contratos de mutuo *"tomados como fundamento de la excepción que fue declarada probada por el colegiado de Barranquilla; tampoco la parte demandada pidió que se decretara y se allegara tal prueba al proceso, más aún, la parte demandada, ni siquiera propuso se tuviera en cuenta la excepción genérica"*, con lo cual, según el recurrente, cometió el Tribunal el yerro endilgado, especialmente porque *"decretó practicó y evaluó una prueba [contrato de mutuo], a favor de la parte demandada, para sorprender así a la parte demandante,*



que ni siquiera tuvo ocasión de controvertirla, por lo cual violó flagrantemente el artículo 174 del C. de P. C."

El juzgador de segundo grado, resaltó el casacionista, consideró las cláusulas primeras de las escrituras números 3009 y 2685 del 23 de diciembre de 1977 y 4 de octubre de 1978, respectivamente, en que consta el objeto para el cual se constituyeron las hipotecas cuya nulidad se demandó, mismas donde obra que los dineros materia del préstamo se dedicarían a que las deudoras terminaran *"la construcción que se relaciona en la cláusula TERCERA [Unidad Residencial Las Delicias]"*; la equivocación consiste, según el censor, en que el Tribunal *"fundamenta su decisión en una prueba [contrato de mutuo] que no fue regular y oportunamente allegada al proceso, quebrantando el artículo 174 del C. de P. C."*, además, continuó el recurrente, dio a la celebración de los contratos de mutuo el carácter de *"documentos solemnes"* que tienen la *"particular propiedad de sanear los efectos que aquejan a los contratos accesorios de hipoteca como si tal nulidad fuera una nulidad relativa y no absoluta como aparece en el texto de la ley"*.

El censor expuso que el Tribunal no podía concluir que estaba aceptado por las partes *"en primer lugar, que los aquí demandantes, recibieron del Banco demandado, las sumas de dinero"*, porque con ello le dio a *"estos supuestos testimonios, un valor prohibido por la ley"*, pues el testimonio *"así sea de las partes, no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la validez del acto contrato (sic)"*, con lo cual se produjo, en concepto del casacionista, la vulneración del artículo 265 del C. de P. C. por inaplicación.

Argumentó el censor que el Tribunal incurrió en error al



deducir la ratificación del negocio por ejecutar voluntariamente la obligación contratada, pues las copias del proceso ejecutivo allegadas al proceso demuestran que el cumplimiento fue forzado.

Por último, destacó el impugnante que el juzgador de segundo grado incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas porque *"apoyó su sentencia en que las que obran en el proceso, tenían la particularidad específica de suplir el cumplimiento de una obligación impuesta a los contratantes para que el negocio jurídico que celebraba fuera válido"*.

QUINTO CARGO

Bajo la égida de la causal primera del artículo 368 del C. de P. C., acusó la sentencia de ser violatoria de *"una norma substancial por error de hecho en la apreciación de la prueba"*, para lo cual denunció como transgredidas las disposiciones de los artículos 8º de la Ley 66 de 1968, subrogado por los artículos 5º del Decreto 2610 de 1979 y 3º del Decreto 78 de 1987; 6º, 1523, 1524, 1742, 1752, 1754 del Código Civil, todos por *"interpretación errónea"*; por *"aplicación indebida"*, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936; y por *"falta de aplicación"*, los artículos 16, 1519, 1526, 1500, 1753 del Código Civil; 822, 898, 899 del Código de Comercio y 176, 177, 185, 187, 254, 258, 265 del Código de Procedimiento Civil.

Expresó que el Tribunal supuso la prueba de que los contratos de hipoteca *"fueron ratificados por las partes en forma tácita"*, para lo cual, según el casacionista, el juzgador citó *"cláusulas del mismo contrato de hipoteca que precisamente está"*



tachado de adolecer de nulidad absoluta. Según el recurrente el juzgador de segunda instancia incurrió en tres equivocaciones que derivan en un error de "contenido tautológico". La primera, por suponer que "dentro del proceso se encuentra el mencionado permiso de la Superbancaria y por lo tanto, si él se encuentra, no se violó la norma imperativa y concluye que por lo tanto, obtenido el permiso, no nos encontramos frente a un contrato con objeto ilícito"; la segunda, por tergiversación al hacerle "decir a los contratos de mutuo, lo que estos no representan", al atribuirles "la virtud milagrosa de sanear la nulidad absoluta... y además supone un testimonio de las partes"; la tercera equivocación ocurrió, a ojos del impugnante, porque el Tribunal negó la existencia de la prueba del proceso ejecutivo en que la sociedad aquí demandante se defendió "proponiendo como excepciones entre otras, las de prescripción, alegando que entre la fecha de exigibilidad de los títulos ejecutivos y la notificación del mandamiento de pago transcurrieron más de tres años". Por otra parte, esbozó el censor que "la nulidad de carácter sustancial, sí se alegó dentro del proceso ejecutivo 'como incidente'", con lo cual emplazó al Tribunal por tomar ese hecho como fundante del saneamiento de la nulidad.

Insistió el recurrente que el sentenciador de segundo grado supuso la prueba sobre el "saneamiento de la nulidad por ratificación de las partes", lo cual reemplazó, según el recurrente, con "supuestos testimonios de las partes".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se acumulan los anteriores cargos para su estudio, porque todos ellos se enfilan a combatir la sentencia recurrida



sobre la base de que existían razones que vedaban el decreto del saneamiento por ratificación de la nulidad pretendida, verbigracia el orden público, la ausencia de apoyo probatorio para el mencionado medio de defensa, la errónea interpretación de la demanda, la contestación, así como la tergiversación sobre el contenido de los contratos de mutuo, yerros que según la censura fueron cometidos por el Tribunal, en camino de definir la contienda puesta a su consideración.

Sea lo primero recordar que este proceso tuvo como antecedente un juicio ejecutivo en el que las aquí demandantes, allá demandadas, nada dijeron de la nulidad que ahora esgrimen en proceso ordinario; acontece entonces que las sociedades demandantes no hicieron resistencia pretextando nulidad en el escenario natural previsto por el ordenamiento jurídico para hacerlo, pues tal reclamo debió plantearse en aquel proceso ejecutivo en el que se hizo efectivo el gravamen hipotecario. Para la Corte, como la nulidad no fue formulada en el momento y lugar que correspondía, precluyó la oportunidad para someter a la jurisdicción la anomalía alegada, es decir, la invalidez no podría prosperar ahora, si hubo silencio en la ocasión propicia para plantear que el defecto del acto impedía la ejecución, razón definitiva para que el Tribunal desestimara la pretensión de nulidad.

No cabe duda que el Tribunal sí consideró relevante el silencio que a propósito de la nulidad sustancial observó el demandado –hoy demandante– en el proceso ejecutivo. Así, tuvo en cuenta ese juzgador que *"a pesar de haber presentado a través de apoderado judicial excepciones de mérito los aquí demandantes dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario que se siguió en su contra en el Juzgado Primero Civil del Circuito*



de esta ciudad [Barranquilla], por parte del Banco demandado, en ningún momento atacaron los contratos de hipoteca, todo lo contrario, los aceptaron expresamente", entonces, el juez de segundo grado dejó sentado que el saneamiento de los negocios provino de la ratificación tácita de las partes, con lo cual reconoció que agotada la oportunidad concedida en el trámite ejecutivo, no era posible proponer la nulidad absoluta de las hipotecas, como se hizo tardíamente en el presente proceso ordinario.

Sobresale a manera de conclusión parcial, que las sociedades aquí demandantes persiguen dejar sin piso la ejecución adelantada en su contra, para lo cual pretenden la nulidad del título hipotecario, misma que omitieron implorar cuando tuvieron la ocasión en el trámite ejecutivo que protagonizaron en calidad de demandadas. Es de ver que las firmas Mandonnet & Vengoechea Ltda. y Carbo & Navarro Ltda. propusieron en el proceso ejecutivo, sin éxito, las excepciones de mérito que denominaron "*pago parcial*", "*pago*", "*prescripción y caducidad*" y "*las demás personales que pudiera oponer el demandado contra el actor*" (fls. 5 vto., 7, 10 y 12 respectivamente del cdno. 3), pero en ningún momento aludieron defensas vinculadas a la nulidad absoluta de los títulos hipotecarios, ni cuestionaron la validez de las garantías reales que dieron vida al proceso ejecutivo, de donde viene que la oportunidad de hacerlo feneció con la fase de oposición de aquel juicio. No cabe duda que quien dice haber pagado una obligación –así lo hicieron las sociedades demandantes en el proceso ejecutivo en que fueron demandadas-, con ello está observando una conducta que puede ser tomada como equivalente del cumplimiento, con mayor razón si omite cualquier alegación sobre la nulidad del gravamen.



Por lo demás, sólo una mínima parte de la censura se dirigió a confrontar el argumento del Tribunal relativo al silencio de los demandados en el proceso ejecutivo acerca de la invalidez de las hipotecas; dijo el casacionista que las sociedades ejecutadas sí formularon la nulidad absoluta, *"como incidente"*, pero no demostró en qué parte del expediente se encontraría la actuación pretermitida por el juez de segundo grado y que supuestamente daría cuenta del *"incidente"*; por el contrario, revisadas las copias provenientes del proceso ejecutivo con título hipotecario, desde las propias excepciones hasta el auto aprobatorio del remate, ningún vestigio se advierte de que los allá demandados, aquí demandantes, hicieran solicitud semejante, lo que determina la razonabilidad de la conclusión deducida por el Tribunal en el sentido de que las sociedades demandantes Mandonnet & Vengoechea Ltda. y Carbo y Navarro Ltda. no presentaron en el proceso ejecutivo la excepción de nulidad absoluta de las hipotecas, a pesar de haber tenido oportunidad para hacerlo; y como la invalidez de las garantías era asunto que el juez del proceso ejecutivo hipotecario podía resolver, tal circunstancia impide el buen suceso de las pretensiones aquí elevadas, como declaró tinosamente el Tribunal.

En eventos similares, en que los demandantes intentan debatir en proceso ordinario la validez del título con fundamentos omitidos en el proceso ejecutivo, la Corte concluyó el fracaso de la pretensión de nulidad, pues si ellos dejaron de proponer tal medio de defensa dentro del término previsto por el artículo 509 - numeral 2º del 554 del Código de Procedimiento Civil, para el proceso ejecutivo hipotecario-, *"deviene inexorablemente la preclusión contra el ejecutado, impidiéndole invocar después en*



un proceso ordinario hechos que se hubieran podido alegar como tales excepciones en el trámite de la ejecución; si así no fuera, el proceso ejecutivo como instrumento auxiliar para hacer efectivo el pago de las obligaciones perdería su razón de ser, amén de que quedaría al talante del ejecutado optar por acudir allí a oponerse al cobro judicial; o guardar silencio, cualquiera fuera el motivo que hubiera inspirado su omisión, y dejar para ir después a la vía ordinaria a exponer sus defensas, proceder éste que no solo atentaría contra la seguridad jurídica y la lealtad procesal, sino que le otorgaría a la ejecución coactiva judicial un carácter meramente provisional, lo que, ni por asomo, permite la ley" (Sent. Cas. Civ. de 10 de septiembre de 2001 Exp. No. 6771).

Es que, dada la naturaleza jurídica que tiene el proceso ejecutivo en nuestro medio, que permite una fase para que las partes intenten desvirtuar el mérito sustancial de los actos que son fuente de las obligaciones objeto de recaudo, resulta inaceptable que con posteridad a la etapa de contradicción del título ejecutivo, puedan los deudores plantear un tema propio de las excepciones, recurriendo al proceso ordinario, si es que tal defensa fue inédita en el procedimiento ejecutivo antecedente. En últimas, si las partes celebraron un negocio jurídico que una de ellas adujo como fundamento de la ejecución, las irregularidades y vicios del acto deben alegarse dentro del proceso ejecutivo; y el silencio de los ejecutados genera los efectos preclusivos que la jurisprudencia ha reconocido.

No está demás señalar que de conformidad con el artículo 512 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que resuelve las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo hace tránsito a cosa juzgada, imperativo del cual no puede escapar el demandado con sólo dejar de proponer la excepción o haciéndolo



de manera abstracta aludiendo a cualquier motivo enervante de la pretensión. El silencio del demandado sobre un medio de defensa que a su haber tenía contra el título ejecutivo, no puede quedar impune, ni deja abierta la jurisdicción para que dicha excepción sea discutida mediante proceso ordinario, pues darle tal valor al mutismo del ejecutado no sólo desconoce el alcance del artículo 512 del Código de Procedimiento Civil, sino que se erige en premio para la conducta omisa del demandado, la que podría afectar la lealtad procesal debida, a la par que colocaría en un ámbito bastante relativo la cosa juzgada. El tránsito de un negocio jurídico por el proceso de ejecución, en línea de principio, depura definitivamente la relación sustancial, porque nada justificaría que el deudor callara una excepción para luego poner en disputa el valor de la cosa juzgada y la seguridad jurídica que ella depara a las partes y a terceros.

Por lo tanto, si las partes pretendían alegar la nulidad absoluta del gravamen hipotecario, el lugar adecuado para expresar ese interés no es otro que el ámbito del proceso ejecutivo en el que se reclama el pago de las obligaciones que tienen fuente en el contrato presuntamente nulo.

2. Desde otra perspectiva, tampoco la razón acompaña al recurrente si se tiene en cuenta que no desbarró el Tribunal cuando concluyó que la nulidad absoluta fue saneada por la ratificación tácita de las partes al cumplir el negocio nulo, pues efectivamente aquella anormalidad contractual en este preciso caso era susceptible de saneamiento. Lo singular del caso consiste en que los deudores en el proceso ejecutivo no solo fueron compelidos a pagar la obligación principal, sino que fueron convocados a un proceso ejecutivo de naturaleza real. Esto implica necesariamente que la garantía y la constitución del



gravamen estaban en la médula del debate abierto con la ejecución hipotecaria. Si ello es así, cuando el deudor dijo haber pagado la obligación y guardó absoluto silencio sobre la ineficacia de la garantía consintió en que de perder la protesta hecha respecto de la obligación principal, quedaba el camino allanado para que la deuda se pagara realizando la garantía, lo cual se erige en aceptación inequívoca de que el fracaso de las excepciones conduciría inexorablemente a vender la prenda. Realizada la venta con el silencio del demandado y cuando la causal de nulidad absoluta había desaparecido del ordenamiento jurídico, por derogatoria del precepto que imponía la autorización, es nítido que hubo ratificación del acto.

En efecto, la falta de alegación de la aludida nulidad dentro del proceso ejecutivo adelantado en contra de las ahora demandantes, sumada al remate efectuado en aquel trámite llevado a cabo el 14 de noviembre de 1996 (fl. 442 cdno. 3), dejan ver que hubo ejecución voluntaria del contrato presuntamente nulo, máxime si se tiene en cuenta que cuando se realizó la subasta ya no subsistía la prohibición de ratificar el acto, pues la norma que determinaba la causal de nulidad absoluta había sido derogada por el artículo 6º del Decreto 0078 de 15 de enero de 1987.

Los cargos entonces no prosperan.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 19



de septiembre de 2000, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, decisión que puso fin al proceso ordinario promovido por las sociedades Mandonnet & Vengoechea Ltda. y Carbo & Navarro Ltda. contra el Banco Central Hipotecario.

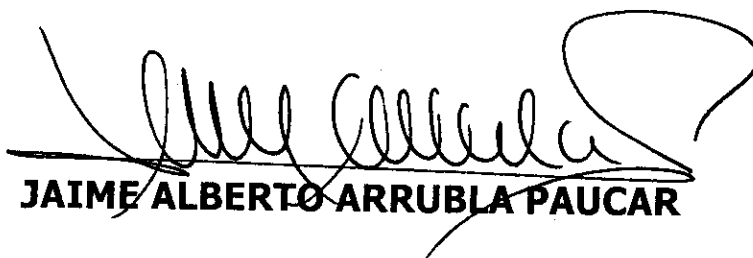
Condénase en costas del recurso a la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

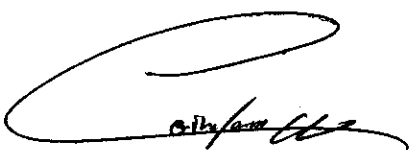


EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

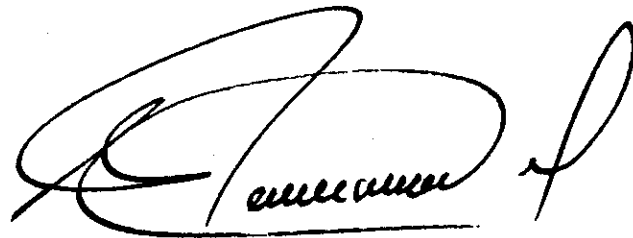
MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ
(En comisión de servicios)



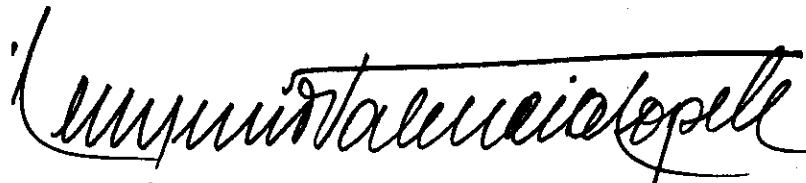
JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR



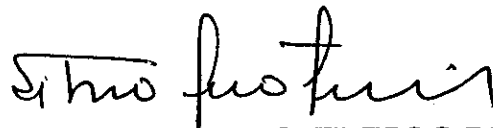
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA



CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE



SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO