

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA CIVIL-FAMILIA**

Magistrada Sustanciadora
FABIOLA RICO CONTRERAS

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente al auto proferido el 28 de septiembre pasado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Boyacá, Boyacá, dentro del proceso verbal de unión marital de hecho promovido por la señora Yeincy Gineth Castro Ruíz en contra del señor Hernán Darío Zapata Bustamante.

II. ANTECEDENTES

A propósito de la resolución adecuada del asunto, conviene en inicio recordar que a través de proveído datado 26 de julio del 2022, la Magistratura procedió con la confirmación del auto fechado 10 de junio de esa calenda, mediante el cual la instancia primaria rechazó la contestación de la demanda proporcionada por el señor Zapata Bustamante con ocasión de su extemporaneidad, debido a que la notificación personal del demandado se surtió en el mes de enero, mientras que la réplica se proporcionó el 6 de mayo del año en comento.

Retornado el expediente al Despacho primario, se profirió providencia el 22 de agosto de 2022 donde se dispuso obedecer lo resuelto por la Corporación, a más de fijar la fecha para la celebración de la audiencia inicial, siendo solicitada la reprogramación por el demandado a través de memorial allegado el 26 de agosto siguiente, en el que además anunció que con posterioridad radicaría solicitud de nulidad.

El día 2 de septiembre de 2022 el apoderado del señor Zapata Bustamante propuso “*INCIDENTE DE NULIDAD*” deprecando la invalidación de lo actuado con fundamento en las causales contenidas en los numerales 5 y 8 del artículo 133 del Estatuto Adjetivo Civil, aduciendo hechos análogos a los que otrora motivaron la interposición del recurso contra el auto del 10 de junio al que se aludió anteriormente.

Dicho requerimiento se rechazó de plano en decisión fechada 28 de septiembre siguiente, pues con soporte en lo dispuesto por los preceptos 135 y 136 C.G.P. el Despacho consideró que había operado el saneamiento en la medida que el convocado no alegó en tiempo las presuntas irregularidades en que pretendió

fundar su solicitud. Aunado a esto, el Juzgado adujo que el contorno fáctico invocado se contrajo a situaciones ya definidas por el *ad-quem*: “(...) *por lo que no es de resorte que el Despacho entre a resolver una actuación sobre la cual ya hubo pronunciamiento por el superior jerárquico*”.

Contra el auto referido, el demandado formuló los recursos de reposición y en subsidio apelación, *-remitidos también al correo electrónico de la contraparte-* indicando no compartir los razonamientos del fallador por cuanto el trámite de la nulidad es diferente al de la alzada resuelta el 26 de julio de 2022 y se impetró en oportunidad, una vez decidido lo atinente al rechazo de la réplica a la demanda, toda vez que *“antes de ese estadio procesal, no se había configurado la causal de nulidad”* lo que aconteció solo cuando la demandante dio a conocer la constancia de la notificación adelantada en el mes de enero de 2022, es decir que previo a ello la parte demandada no tuvo posibilidad de alegarla.

El día 22 de diciembre del 2022, el inconforme allegó al buzón electrónico del Juzgado una solicitud dirigida a que se le aplicara la doctrina jurisprudencial vertida en la decisión STC-16733 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en dicho año.

A través de proveído emitido el 1 de febrero pasado, se despachó negativamente la reposición aduciendo que tras proferirse la decisión el 10 de junio de 2022, el señor Hernán Darío no incoó la nulidad que en esta ocasión persigue, hallándose entonces precluida la fase procesal correspondiente sin ser admisible que a través de la invalidez instada se revivan términos adjetivos fenecidos. Adicional a esto, reiteró que el objetivo de la solicitud, que es lograr que se tenga por contestada la demanda, constituye un asunto ya zanjado tanto en primera, como en segunda instancia.

El recurso de apelación se concedió en el efecto devolutivo, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 321 numeral 5 del Código General del Proceso.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico

Atendiendo a los razonamientos proporcionados por la censura, acomete a esta Magistratura definir si devenía procedente abarcar el análisis de invalidación de lo actuado con ocasión de la presunta indebida notificación del demandado, que de paso le cercenó su posibilidad de deprecar medios de convicción en la oportunidad correspondiente; o si, como lo entendió el Juzgado primario, al tenor de los artículos 135 y 136 del Código General del Proceso, lo viable era el rechazo *in limine* de la solicitud al encontrarse la alegada irregularidad saneada.

3.2. Supuestos normativos

El Código General del Proceso regula en sus artículos 132 a 138 el régimen de las nulidades procesales, consagrando además del deber del operador judicial de realizar el respectivo control de legalidad en cada etapa del proceso y adopción de las actuaciones pertinentes a propósito de sanearlas o precaverlas *-precepto 132-*, las restringidas causales de su configuración, anotándose que las irregularidades se considerarán superadas si no son impugnadas en tiempo mediante los mecanismos ordinarios establecidos por dicho elenco normativo *-parágrafo del artículo 133-*.

En cuanto a la oportunidad para su alegación, el artículo 134 prevé que puede hacerse en cualquiera de las instancias, antes de ser emitida la respectiva sentencia o posteriormente si los hechos que la originan acaecen en ella, haciendo algunas salvedades respecto a determinadas causales.

Los requisitos para demandar la nulidad se contraen a la legitimación con que debe contar quien la formula, la manifestación de la hipótesis invocada con los supuestos que la fundamentan, amén del aporte o solicitud de pruebas que la acreditan, prohibiendo al sujeto procesal blandirla si fue este quien dio lugar a la situación que la originó, omitió enarbolarla como excepción previa, o si después de configurada no la alegó oportunamente o actuó en el proceso sin proponerla, eventos en que se da por depurada según el N° 1 del artículo 136 C.G.P. En caso que las mencionadas exigencias no estén reunidas, al abrigo de lo reseñado en el artículo 135 de la citada codificación, lo propio es su desestimación de plano.

En lo que atañe a la convalidación, por sabido se tiene que su razón de ser reposa sobre el carácter preclusivo que caracteriza a las distintas etapas del trámite, precepto que ha sido comentado de tiempo atrás por los Altos Tribunales, entre ellos la Corte Constitucional, como: *"(...) uno de los principios fundamentales del derecho procesal; en desarrollo de éste se establecen las diversas etapas que han de cumplirse en los diferentes procesos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos procesales que le son propios, transcurrida la cual no pueden adelantarse"*¹.

Respecto a las nulidades originadas, entre otras, en las causales de pretermisión de la oportunidad para solicitar pruebas *-Art. 133 No. 5 del C.G.P. otrora plasmado en el canon 140 No. 6 del C.P.C.-*, a más de la indebida notificación o enteramiento del proceso a la pasiva *-Art. 133 No. 8 del C.G.P. anterior artículo 140 No. 8 del C.P.C.-*, mediante pronunciamientos que pese a emitirse en vigencia de la anterior codificación adjetiva, al día de hoy preservan su valía por tratarse de supuestos normativos reproducidos en el actual Código General del Proceso, tiene decantado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria que su saneamiento se configura cuando el afectado ha actuado en el litigio sin proponerlas, ello por cuanto no es admisible en términos de lealtad procesal, que la parte se las guarde a efectos de invocarlas cuando, conforme a lo acontecido en el proceso, le resulte más conveniente.

¹ Auto 232 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

En ese sentido obra el fallo emitido el 31 de octubre del 2003 dentro del expediente 7933: “(...) sólo la parte afectada puede saber y conocer el perjuicio recibido, y de una u otra manera lo revelará con su actitud; más hácese patente que si su interés está dado en aducir la nulidad, es de suponer que lo hará tan pronto como la conozca, como que hacerlo después significa que, a la sazón, el acto procesal, si bien viciado, no le representó agravio alguno; **amén de que reservarse esa arma para esgrimirla sólo en caso de necesidad y según lo aconseje el vaivén de las circunstancias, es abiertamente desleal**”. En esa medida, “[n]o queda, pues, al arbitrio del afectado especular sobre la oportunidad que le sea más beneficiosa para alegar la nulidad, sino que, por el contrario, la lealtad que de él se exige en el proceso lo constriñe a aducirla en la primera ocasión que se le brinde o tan pronto se entere de ella, a riesgo de sanearla por no hacerlo. (...) Ahora bien, en tratándose de las nulidades previstas en los numerales 5º a 9º del artículo 140 citado, entre las cuales se halla la que ocurre ‘cuando no se práctica en legal forma la notificación al demandado o su representante (...), del auto que admite la demanda’ (numeral 8º), la cual invoca el censor (...), el artículo 143 ibídem determina que no la puede alegar, ‘quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla’; conducta omisiva que a su vez se reconoce como uno de los casos de saneamiento en el artículo 144 siguiente, numeral 3, para ‘cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente’.” (Negrillas fuera del texto).

El criterio aludido fue ratificado en Sentencia del 8 de septiembre del 2011 al interior del expediente radicado 2009-02241-00, donde se sostuvo: “**Subestimar la primera ocasión que se ofrece para discutir la nulidad, conlleva el sello de la refrendación convalidación**. Y viene bien puntualizar que igual se desdeña esa oportunidad cuando se actúa en el proceso sin alegarla, que cuando a sabiendas del proceso se abstiene la parte de concurrir al mismo. (...)” (Negrillas fuera del texto).

3.3. Supuestos fácticos

Visto el memorial contentivo del recurso de alzada, refulge que los argumentos en que el mandatario del quejoso centra su pedido se contraen a que la solicitud de nulidad se formuló oportunamente, ya que la causal se generó en el momento en que la apoderada de la señora Castro Ruiz dio a conocer que en el mes de enero del 2022 había enviado la notificación al correo del demandado, tiempo al cual ya se había replicado la demanda; sumado a que antes de que se rechazara la contestación al libelo genitor por su extemporaneidad, no contaba el demandado con el chance de alegar la invalidación. Al efecto indicó: “En el presente caso se configuró la causal de nulidad porque la constancia de notificación que presentó la parte demandante -y conocida por la parte demandada hasta ese momento- fue posterior a la contestación demanda que luego fue rechazada por extemporánea.”

A fin de determinar si los acontecimientos que rodearon el de marras abren paso al estudio de fondo de la solicitud nulitiva, resulta pertinente aludir como actuaciones jurídicamente relevantes obrantes en el *dossier*, las siguientes:

- Mediante auto del 22 de noviembre de 2021 se admitió la acción disponiendo la vinculación del convocado de acuerdo con las directrices del entonces vigente Decreto 806 de 2020 a su correo electrónico hdzapatab@gmail.com.

-El día 25 de marzo de 2022 se arrimó al buzón del Despacho memorial signado por el apoderado judicial del señor Zapata Bustamante, a través del cual deprecó que le fuese corrido el traslado de la demanda a fin de emitir la réplica respectiva, a lo que procedió la Secretaría compartiéndole el día 4 de abril siguiente las piezas procesales pertinentes e indicándole que se estaba surtiendo la notificación personal de conformidad al mandato conferido.

- Siendo 7 de abril del 2022, la representante de la señora Yeincy Gineth adosó oficio según el cual: *“me permito APORTAR notificación personal del demandado, la cual se surtió desde el mes de enero de 2022.”* al que adjuntó la constancia emitida por la empresa Servientrega, que daba cuenta de que el 21 de enero de 2022 se envió al correo del señor Hernán Darío la comunicación de la existencia de la demanda en su contra, acompañada de documentos tales como el escrito inaugural, su subsanación, el auto admisorio, etc. con *“Acuse de recibo”* el día 24 del mencionado mes y año.

- El día 6 de mayo del 2022 el apoderado del encartado radicó la contestación de la demanda con sus anexos y escrito de excepciones previas. No obstante, de cara a la información proporcionada por la demandante en torno a la notificación que anteriormente se había realizado, en auto del 10 de junio el Juzgado tuvo por no replicada la acción y fijó fecha para la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P.

- El mandatario de la pasiva mediante correo electrónico del 14 de junio de 2022, imploró la suspensión de los términos para interponer el recurso de apelación con ocasión de la enfermedad grave por la que cursaba. Sin embargo, el 16 de junio siguiente, dentro del plazo, se allanó a formular la alzada.

- Posteriormente, en correo fechado 21 de junio de 2022 el apoderado instó la reprogramación de la diligencia debido a que ya tenía prevista una audiencia penal para la fecha indicada en el auto del 10 de junio.

- El día 6 de julio de 2022, el Juzgado concedió en el efecto devolutivo el remedio vertical interpuesto por el encartado. Aquel fue resuelto por esta Magistratura en proveído del 26 de julio de 2022 en el sentido de confirmar la decisión en todas sus partes.

Evocado lo anterior, delantamente se anuncia que esta Sustanciadora comparte a plenitud las consideraciones vertidas por el Juzgado cognoscente en torno al saneamiento o convalidación de las situaciones que pudieron representar agravio al demandado, ya que aun conociéndolas se abstuvo de alegarlas oportunamente por vía de la nulidad e incluso actuó después de configuradas sin invocarlas. Se explica:

Lo primero a tener en cuenta es que de acuerdo con las actuaciones que vienen de relatarse, diferente a lo discurrido por el inconforme, se aprecia que la comunicación por parte de la demandante respecto a la vinculación del demandado en el mes de enero del 2022, se dio antes de que este proporcionara la réplica de la demanda y no después, siendo en razón de ello que el Despacho declaró la extemporaneidad de dicho acto; de lo que emana claro que la situación genitora de la presunta nulidad fue conocida por el señor Hernán Darío en el preciso momento en que se notificó por estados el auto del 10 de junio de 2022.

Consecuente a lo indicado, es dable sostener que la invalidez que ahora persigue el letrado representante de la censura, pudo haberla alegado en simultánea con la interposición del recurso de apelación contra el antedicho proveído e incluso antes de la formulación de la herramienta vertical, pero contrario a ello guardó absoluto mutismo frente al tópico, elevando solicitudes de diferente naturaleza que en nada se relacionaban con la situación específica; habiéndose entonces sustraído de intentar el remedio nulitivo oportunamente, como también actuado de forma posterior a su configuración sin invocarla, lo que dio lugar al saneamiento o convalidación de los posibles vicios conforme lo preceptuado por el numeral primero del artículo 136 del C.G.P. a cuyo tenor: *“La nulidad de considerará saneada (...) 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla. (...)”*.

Incluso si en gracia de discusión se sostuviera que las intervenciones del demandado ulteriores al auto del 10 de junio de 2022 emergen insuficientes para considerar saneadas las irregularidades en la actualidad enrostradas al trámite, se tiene que el señor Bustamante Zapata contaba con momentos más próximos para invocar las nulidades que solo 3 meses después de emitida la decisión imploró, sin que existan motivos razonables para sostener que únicamente estaba habilitado a ese propósito una vez se resolviera lo atinente al rechazo de la contestación en segunda instancia puesto que la Ley no lo restringía, máxime porque la apelación se concedió en el efecto devolutivo², que por sabido se tiene, no suspende el curso del proceso, ni las facultades del Juez para resolver sobre las solicitudes que sean incoadas por las partes y desarrollar las actuaciones procesales subsiguientes.

Puesto en otras palabras, verificado que el apoderado tuvo pleno conocimiento de que la contestación se había desestimado con ocasión de que la contraparte acreditó haber efectuado la notificación en el mes de enero del 2022, por lo que no había lugar a entenderlo vinculado con el traslado corrido por la Secretaría del Despacho el día 4 de abril de ese año, debió de inmediato proceder con la formulación de la nulidad, pero a esto no se allanó sino que se limitó a instar la suspensión de los términos para proponer la apelación y la reprogramación de la diligencia, sin que en el de marras fuera indispensable aguardar a la resolución del recurso previo a emprender las acciones del caso, dado el efecto en que aquél se otorgó.

² Artículo 323 No. 2 del C.G.P.

De otra parte, confrontados los escritos que contienen el requerimiento de la nulidad, a la par del recurso de apelación frente al auto del 10 de junio del 2022, no puede obviarse que el contorno fáctico en que se afincaron es idéntico, derivando en que el demandado aguardó la suerte de la alzada y en razón a que le fue desfavorable pretendió mediante la vía señalada por los artículos 133 a 138 de la Codificación Adjetiva procurarse una oportunidad adicional para controvertir los hechos y pretensiones del libelo genitor, lo que de suyo implica la dilación injustificada del normal desarrollo de la instancia, sin que ello de ninguna manera pueda ser avalado por este *ad-quem*.

Para concluir, ha de mencionarse que el precedente jurisprudencial invocado por el inconforme, distinto a lo perseguido por este, no encierra la posibilidad de que la parte ventile en cualquier momento de la *litis* las nulidades generadas por su supuesta indebida vinculación, pues es claro que a ese objeto el solicitante ha de observar las reglas que regulan la institución y a las que se hizo amplia referencia en el acápite jurídico de este proveído.

Así las cosas, se encuentran reunidos los supuestos previstos por el Código General del Proceso, decantados de tiempo atrás por la jurisprudencia patria, a efectos de predicar el saneamiento de las nulidades esbozadas, en la medida que el mandatario del señor Hernán Darío actuó en el asunto sin proponerlas y además omitió blandirlas en los momentos procesales que tenía a su disposición. De lo anterior emana con claridad, como bien lo entendió el Juzgado, que el requerimiento debía ser rechazado *in límine* en concordancia con lo preceptuado por el inciso final del canon 135 y el numeral primero del artículo 136 del C.G.P.

3.4. Conclusión

Conforme lo discurrido, se impone confirmar el proveído impugnado, habida cuenta que las posibles irregularidades quedaron saneadas con por las razones ya explicadas.

3.5. Costas

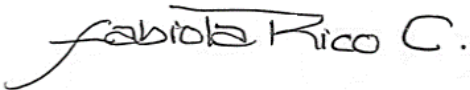
Sin condena en costas por no encontrarse causadas conforme lo señalado en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

IV. DECISIÓN

Por lo anterior, la Magistrada Sustanciadora del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales- Sala de Decisión Civil Familia, **CONFIRMA** el auto de fecha 28 de septiembre de 2022 por Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Boyacá, Boyacá, dentro del proceso verbal de unión marital de hecho promovido por la señora Yeincy Gineth Castro Ruíz en contra del señor Hernán Darío Zapata Bustamante.

DEVUELVA el expediente al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, reading "Fabiola Rico C.". The signature is fluid and cursive, with the first letter 'F' being particularly large and stylized.

FABIOLA RICO CONTRERAS
Magistrada