

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA MESA, CUNDINAMARCA
CÓDIGO 253863103001
CALLE 8 # 19-88 OFICINA 206 EDIFICIO JÁBACO
CELULAR: 3133884210, Teléfono 3532666 Ext.51340
jccmesa@cendoj.ramajudicial.gov.co**

La Mesa, Cundinamarca, abril 28 de 2023

**CLASE DE PROCESO: DIVISION AD VALOREM
RADICACIÓN: 253863103001-2022-00018-00
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO OVALLE SANCHEZ
DEMANDADO: GLADYS JANETH ROMERO CORREDOR**

1.- ASUNTO

Se encuentra el presente asunto al Despacho para resolver sobre el recurso de reposición presentado contra el auto calendarado el 12 de julio de 2022, mediante el cual se admitió la demanda de la referencia.

2.- Del recurso de reposición

Adujo el apoderado de la demandada que el auto atacado habrá de ser objeto de reposición y consecuentemente habrá de rechazarse la demanda, puesto que dentro de este asunto deben declararse probadas las excepciones previas de indebida representación del demandante, e ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales. La primera fundada en que el mandato otorgado al apoderado de la activa no reúne los requisitos dispuestos en el artículo 5 de la Ley 2213 de 2022, ni del artículo 74 del C.G.P.; y la segunda, encaminada a señalar que dentro del presente asunto no puede decretarse la división del predio objeto de la litis, en tanto sobre aquel existe una afectación a vivienda familiar, que a la fecha beneficia a una menor de edad.

3.- Del traslado al recurso de reposición

La parte demandante se opone a la prosperidad del recurso, alegando que al momento de radicar la demanda no le era aplicable la Ley 2213 de 2022. Ahora, frente a la excepción previa de ineptitud de la demanda, señaló que según lo establece el artículo 7 de la ley 258 de 1996, la afectación a vivienda familiar le es oponible a los terceros interesados, mas no al aquí comunero. En todo caso, solicitó que al momento de dictarse sentencia se conceda la licencia previa para levantar el gravamen que recae sobre el predio objeto de la división.

4.- CONSIDERACIONES

Como un primer punto es menester recordar que el recurso de reposición fue concebido por el legislador con el objeto de que el funcionario que hubiere proferido una decisión la revoque o la reforme, según lo establece el artículo 318 del Código General del Proceso, caso contrario, es decir en el evento de hallar acorde la decisión a los fundamentos de hecho y de derecho que deban tenerse en cuenta, mantenga su determinación.

De otro lado, señala el artículo 409 del C.G.P. que en los procesos divisorios *“los motivos que configuren excepciones previas se deberán alegar por medio del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.”*, así es clara la procedencia del recurso de reposición para alegar las excepciones previas que hoy son objeto de análisis en este asunto.

Ahora, las excepciones previas son instrumentos procesales previstos por el legislador para que el demandado, poniéndolos de presente en la primera actuación que despliegue, permita que el proceso se desarrolle dentro del cauce que le corresponde. Así, esas herramientas fueron diseñadas para ser utilizadas para evitar fallos inhibitorios o nulidades procesales.

Al respecto ha explicado el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Civil – Familia, que:

“las excepciones previas son medidas de saneamiento que se adoptan al inicio de los procesos en los que se permite proponerlas, cuando la demanda adolece de un vicio y su finalidad, como lo expresa el propio impugnante es mejorarlo con el fin de evitar futuras nulidades o sentencias inhibitorias. Además, guardan relación con el derecho procesal y no sustancial como ocurre con las excepciones de fondo, que se deciden en la sentencia y se dirigen a enervar las pretensiones formuladas, razón por la cual, cuando se declara probada alguna excepción previa, no se está dando prelación a las formas sobre lo sustancial, sino mejorando el procedimiento.”¹

4.1. Concretamente sobre la excepción previa de **“Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado”**, puede señalarse que ésta consagra dos hipótesis en las que puede presentarse: en primer lugar, cuando una persona, pese a no poder actuar por sí misma, concurre al proceso de manera directa, tal como devendría en el caso de los incapaces y, en segundo lugar, cuando es representada en el proceso por una persona que carece completa y absolutamente de poder para actuar en su nombre, presupuesto instituido como una garantía esencial del derecho de defensa que le asiste a todos los ciudadanos convocados a ser parte de un proceso judicial. Sobre el particular ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia que:

“Tocante con este motivo de nulidad procesal, esta Corporación tiene sentado: “En relación con la indebida representación, que es el supuesto invocado por los recurrentes para fundar la referida causal, es irrefragable el menoscabo de la garantía en cuyo resguardo está establecida, pues quien no ha tenido una representación legítima no ha estado a derecho en el proceso al cual fue vinculado como parte.

Tal irregularidad, cuando de personas naturales se trata, tiene ocurrencia en aquellos eventos en que un sujeto legalmente incapaz actúa en el proceso por sí mismo, y no por conducto de su representante legal, o cuando obra en su nombre un representante ilegítimo. En tratándose de apoderados judiciales, deviene de la gestión a nombre de otra persona, careciendo por completo de atribución para el efecto”

Ahora, el Código General del Proceso dispone respecto de los requisitos para el otorgamiento de los poderes que:

“ARTÍCULO 74. PODERES. Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

(...)

Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital

(...)”

Con posterioridad a la expedición de dicha normatividad y vista la emergencia sanitaria que afrontó el país con ocasión del virus COVID 19, se expidió el Decreto 806 de 2020 que dispuso en su artículo 5 que:

¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Civil – Familia. Providencia del veintiséis (26) de junio de dos mil doce (2012) Expediente No. 66001-31-03-005-2011-00032-01

“Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados. Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.”

De la norma transcrita se desprende que la disposición del CGP no fue suspendida, por el contrario, complementó las condiciones para conferir poderes especiales al implementar el uso de las TIC's, habilitando la posibilidad de ser conferido mediante mensaje de datos prescindiendo, en ese caso, de la firma digital o manuscrita junto a su presentación personal.

Ahora bien, no existiendo duda alguna de que la actual normatividad permite conferir poderes especiales a través de firma autenticada, o a través de mensaje de datos, debe hacerse claridad sobre lo que es considerado como un mensaje de datos. Al respecto, la Ley 527 de 1999 define en su artículo 2 literal “a” que se entenderá por mensaje de datos:

“La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”

A su turno, el artículo 7° ibídem, señaló que:

“Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.” (subrayado por el despacho)

En tal orden de ideas, es dable concluir que no cualquier documento digitalizado puede considerarse como un mensaje de datos, pues para ello el documento en mención debió haber sido generado, enviado, recibido, almacenado o comunicado por medios electrónicos, ópticos o similares que impliquen el intercambio electrónico de datos a través de alguna plataforma digital, tal como ocurriría con los correos electrónicos o cualquier otro mensaje remitido a través de un aplicativo web, conclusión que se refuerza si se considera que la presunción de autenticidad de que trata el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, el artículo 103 del C.G.P. y el artículo 5° del Decreto 806 de 2020, hoy Ley 2213 de 2022, exige que el mensaje de datos haya sido generado a través de un método que permita identificar al iniciador del mensaje y que permita concluir que el contenido del mismo cuenta con su aprobación. Además, en el caso de las personas jurídicas se exige que el mensaje de datos haya sido generado a través del correo electrónico inscrito ante la Cámara de Comercio correspondiente.

Así, si bien es dable concluir que un poder especial puede ser conferido a través de su presentación personal o a través de un mensaje de datos, esta última opción exige una formalidad imprescindible y es que, tratándose el poder de un acto dispositivo que exige la identificación plena del poderdante, el mensaje a través del cual sea remitido el mismo, debe permitir la identificación plena del iniciador del mensaje, es decir del poderdante.

En esta perspectiva, es entonces claro que habrá de declararse probada la

excepción previa de indebida representación de la demandante, en tanto el documento denominado como “poder” y aportado junto a la demanda no contiene presentación personal por parte del demandante y, aun cuando el mismo fue aportado de forma escaneada, ello no implica que éste constituya un mensaje de datos tal y como se explicó en párrafos anteriores.

Y es que si bien es cierto, al presente asunto no le era viable exigir desde su admisión las normas contempladas en la Ley 2213 de 2022, pues aquella fue radicada el 7 de febrero de 2022, tampoco puede pretender el apoderado del demandante que el poder para iniciar esta acción no hubiese de cumplir las mínimas formalidades para su presentación, esto era, su presentación personal ante notario o autoridad competente, o su presentación a través de mensaje de datos, según lo establecido desde el decreto 806 de 2020 (ley vigente para el momento de la radicación del libelo genitor).

Ahora bien, sobre la excepción previa establecida por el legislador en el numeral 5º del artículo 100 del estatuto procesal general, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil- ha sostenido,

“La demanda es un acto jurídico reglado, a la que el ordenamiento impone toda una serie de requisitos de forma y de fondo. Nuestro estatuto procesal civil establece una lista de exigencias que debe reunir el escrito introductorio del proceso, y que van desde la designación del juez, hasta algunos anexos que deben acompañarse con él. Estos requisitos buscan crear estándares que faciliten el trabajo del juez, la defensa del demandado, y un planteamiento técnico del proceso. [...]

Cosa bien distinta es que a la demanda sea carente de algunos requerimientos de forma que no tengan incidencia en la determinación de las pretensiones. En estos casos, a pesar del vicio, es posible definir con claridad y precisión el objeto del proceso, y el juez está obligado a proferir un fallo de fondo al respecto.”²

En ese orden, resulta claro que, si el defecto que se enrostra a una demanda para calificarla de no cumplir con los requisitos formales puede superarse racional y lógicamente, el mismo no tiene la magnitud o gravedad para que tal calificativo sea admisible y pueda, en consecuencia, trascender encajando en el presupuesto procesal a que alude la citada Corporación.

No obstante lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia también ha explicado que *“el defecto que debe presentar una demanda para que se le pueda calificar de inepta o en indebida forma, tiene que ser verdaderamente grave, trascendente y no cualquier informalidad superable lógicamente, pues bien se sabe que una demanda cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe los capítulos petitorios del libelo”³*

4.2. Ahora bien, para resolver la excepción previa planteada por la parte demandada y relacionada con el **gravamen que recae sobre el predio** base de esta acción, ha de traerse a colación el artículo 4º de la Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar, que dispone:

“ARTÍCULO 4o. LEVANTAMIENTO DE LA AFECTACIÓN. Ambos cónyuges podrán levantar en cualquier momento, de común acuerdo y mediante escritura pública sometida a registro, la afectación a vivienda familiar.

En todo caso podrá levantarse la afectación, a solicitud de uno de los cónyuges, en virtud de providencia judicial en los siguientes eventos:

1. Cuando exista otra vivienda efectivamente habitada por la familia o se pruebe siquiera sumariamente que la habrá; circunstancias éstas que serán calificadas por el juez.

2. Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble o el juez de ejecuciones fiscales declare la existencia de una obligación tributaria o contribución

² Bogotá, D. C., dos (02) de febrero de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: William Namén Vargas. Ref.: 47001-22-13-000-2010-00203-01.

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia del 18 de marzo de 2002 Exp. 6649 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

de carácter público.

3. Cuando judicialmente se suspenda o prive de la patria potestad a uno de los cónyuges.

4. Cuando judicialmente se declare la ausencia de cualquiera de los cónyuges.

5. Cuando judicialmente se declare la incapacidad civil de uno de los cónyuges.

6. Cuando se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley.

7. Por cualquier justo motivo apreciado por el juez de familia para levantar la afectación, a solicitud de un cónyuge, del Ministerio Público o de un tercero perjudicado o defraudado con la afectación.

PARÁGRAFO 1o. En los eventos contemplados en el numeral segundo de este artículo, la entidad pública expropiante o acreedora del impuesto o contribución, podrá solicitar el levantamiento de la afectación.

PARÁGRAFO 2o. La afectación a vivienda familiar se extinguirá de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial, por muerte real o presunta de uno o ambos cónyuges, salvo que por una justa causa los herederos menores que estén habitando el inmueble soliciten al juez que la afectación se mantenga por el tiempo que esta fuera necesaria. De la solicitud conocerá el Juez de Familia o el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, en defecto de aquel, mediante proceso verbal sumario.

La anterior medida no podrá extenderse más allá de la fecha en que los menores cumplan la mayoría de edad o se emancipen, caso en el cual, el levantamiento de la afectación opera de pleno derecho, o cuando por invalidez o enfermedad grave, valorada por el Juez, al menor le sea imposible valerse por sí mismo.”

De acuerdo con las normas citadas, el levantamiento de la afectación a vivienda familiar, procede por el acuerdo de los cónyuges o compañeros permanentes; por decisión judicial, en los casos que enlista la última norma transcrita y de pleno derecho por la muerte real o presunta de uno o ambos cónyuges.

Ahora, sobre la finalidad de dicha prerrogativa, explicó la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-317 del 5 de mayo de 2010, que “(...) El patrimonio de familia y la afectación a vivienda familiar han sido dos figuras dispuestas por la legislación civil para proteger a la familia y a los hijos menores de edad en su vivienda familiar. Las dos medidas de salvaguarda recaen sobre el mismo objeto: el bien inmueble destinado a la vivienda familiar, y tienen hoy en día, como se verá, la misma finalidad: proteger el inmueble contra los terceros acreedores que pretendan saldar el crédito con la vivienda familiar del deudor y oponerse al cónyuge o compañero permanente que quiera disponer autónomamente del bien destinado a vivienda. Del mismo modo, las dos entidades tienen como objetivo garantizar el derecho a la vivienda digna, para el mejor desenvolvimiento de la familia aún en situaciones de quiebra o crisis financiera (...)” (subrayado por el Despacho).

Finalmente, en similar situación fáctica a la que aquí nos ocupa, señaló la H. Corte Suprema de Justicia que:

“De otra parte, para disponer en venta del bien inmueble que se encuentra sujeto a patrimonio de familia, es necesario que con antelación se proceda a su cancelación, tal como lo dispone el artículo 23 del mencionado canon⁴, agotando el trámite que corresponda y atendiendo las tres hipótesis a saber: **i)** entre cónyuges con pleno consentimiento, solo se requiere la intervención solemne a través de un notario⁵, **ii)** cuando estén involucrados menores de edad, será ante un juez de familia, mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria y **iii)** y, de igual forma, es viable solicitar licencia previa en asuntos divisorios como el criticado, conforme lo dispone el artículo 408 del Código

⁴ ARTÍCULO 23. El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien en su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o la cancelación se subordinan, en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio o con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado ad hoc.

⁵ Código General del Proceso; ARTÍCULO 617. TRÁMITES NOTARIALES. Sin perjuicio de las competencias establecidas en este Código y en otras leyes, los notarios podrán conocer y tramitar, a prevención, de los siguientes asuntos:

10. De la cancelación y sustitución voluntaria del patrimonio de familia inembargable.

General del Proceso⁶.

(...)

“Se observa, en el caso sub júdice, que el juez querellado en auto proferido el 16 de mayo de 2019, decretó la división a través de la venta pública del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria N° 384-114338; no obstante, de acuerdo con la escritura N° 1986 del 14 de julio de 2011 y su respectivo certificado de tradición, se evidencia la vigencia del patrimonio de familia inscrito en favor del núcleo conformado por Claudia Patricia Buriticá Moncada, su hija menor Natalia Velásquez Buriticá y Jhon Mario Rico Rodríguez.

Por virtud de los derechos fundamentales anclados en la regla 42 de la Carta, garantes de la familia y sus integrantes, esencialmente los de los menores, con protección reforzada con abrigo en la regla 44 ibídem, se requería que el funcionario, previo a ordenar el remate del predio, exigiera al demandante la cancelación judicial del patrimonio de familia -no deprecada en el libelo allí presentado-, por cuanto se encuentran de por medio los derechos de una menor de edad y su actual núcleo familiar.”⁷

Conforme a lo hasta aquí esbozado, es dable señalar que el medio de defensa invocado por la parte accionada prosperará, por cuanto era requisito esencial para dar trámite a esta demanda, que la parte actora acreditara haber iniciado el proceso judicial pertinente para obtener el levantamiento de la afectación de vivienda familiar que recae sobre el bien objeto de la división, pues, existiendo aquella limitación al dominio, le resulta inviable al propietario aquí demandante, pretender obtener la división *ad valorem* del predio, en perjuicio de los derechos de la menor de edad protegida y beneficiada con la afectación a vivienda familiar constituida.

Ahora, la parte demandante solicitó dentro del escrito mediante el cual recorrió el traslado a las excepciones que al momento de dictar sentencia se conceda la licencia previa de que trata el artículo 408 del C.G.P. Sin embargo, dicho pronunciamiento resulta improcedente por dos razones.

La primera, en tanto dicha solicitud fue presentada de forma extemporánea, pues, según lo dispone la norma antedicha, la misma debe ser presentada y resuelta antes de correrse el traslado de la demanda, además de que no fue acompañada de los argumentos de necesidad y conveniencia para acceder a aquel pronunciamiento.

La segunda, por cuanto este juzgado carecería de competencia por el factor objetivo por la naturaleza del asunto, para pronunciarse sobre la viabilidad de levantar la afectación a vivienda familiar que pesa sobre el inmueble objeto de las pretensiones de esta litis, pues la Ley 258 de 1996 determina en su artículo 10°, la competencia de los jueces de familia para conocer de la cancelación de la afectación a vivienda familiar y, en concordancia con ese precepto, el numeral 8° del artículo 577 *ibídem*⁸ señala los asuntos que se sujetarán a la jurisdicción voluntaria.

4. Conforme a lo esbozado, visto que el defecto endilgado por el extremo demandado afecta presupuestos procesales de la acción, como quiera que la demanda divisoria requería previamente acto voluntario o decisión judicial que levantara el gravamen sobre el inmueble, por lo que se torna necesario dar por

⁶ ARTÍCULO 408. LICENCIA PREVIA. En la demanda podrá pedirse que el juez conceda licencia cuando ella sea necesaria de conformidad con la ley sustancial, para lo cual se acompañará prueba siquiera sumaria de su necesidad o conveniencia. El juez deberá pronunciarse sobre la solicitud antes de correr traslado de la demanda.

⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia del 6 de mayo de 2020 Exp. 76111-22-13-002-2020-00017-01 M.P. Luis Armando

⁸ ARTÍCULO 577. ASUNTOS SUJETOS A SU TRÁMITE. Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

8. La autorización para levantar patrimonio de familia inembargable.

terminado el presente litigio.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN PREVIA de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales e indebida representación de la demandante formulada por la demandada.

SEGUNDO: DECRETAR, LA TERMINACIÓN del proceso.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de la excepcionante. Por Secretaría, líquidense las mismas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000,00 M/Cte.

NOTIFÍQUESE,

**ANGÉLICA MARÍA SABIO LOZANO
JUEZA**

Firmado Por:
Angelica Maria Sabio Lozano
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 001
La Mesa - Cundinamarca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c4b415b8bdb57fa51fd2c7e059308ca206166769736c14e1871a3a75de7f53**

Documento generado en 28/04/2023 02:03:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>