



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA
SALA CIVIL-FAMILIA**

Magistrado	Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira	Mayo treinta y uno de dos mil veintidós
Proceso	Divisorio
Demandante	Juan Sebastián Bedoya Rincón y otro
Demandado	Hernando de Jesús Vergara Hincapié
Radicado	66045318900120190015900
Asunto	Nulidad – Acreedor hipotecario
Auto	AC-0094-2022

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 31 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Risaralda), en este proceso divisorio que **Juan Sebastián y Luis Miguel Bedoya Rincón** adelantan frente a **Hernando de Jesús, Gustavo Ángel, Jaime Jesús, Héctor Fabio, Carlos Alberto, Mario de Jesús y Luz Aleyda Vergara Hincapié**.

ANTECEDENTES

En este proceso, mediante auto del 2 de julio de 2021, se ordenó la venta en pública subasta del inmueble de matrícula 292-5605, previo su secuestro.

Luego de eso, el 20 de enero de 2022, se resolvió un recurso de reposición y se reconoció a los demandados el derecho de compra, se fijó el precio y la proporción que cada uno debía consignar.

Enseguida, el 25 de febrero del presente año, el asesor judicial de la parte demandante solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, con fundamento en la causal

8 del artículo 133 del CGP, por cuanto, sobre el bien a dividir pesa una hipoteca a favor de María Inés García García, constituida desde antes de la promoción de la demanda, así que debió ser citada al proceso como litisconsorte necesario.

De esa solicitud se corrió traslado (lo que no ha debido ocurrir si a la postre se rechazó de plano), y se pronunció en contra la parte demandada, por cuanto la acreedora hipotecaria no ve comprometido su derecho con la división del bien.

El 31 de marzo pasado, se resolvió sobre la nulidad y fue rechazada "*de plano*" (aunque ya se había surtido traslado), con sustento en que los demandantes carecen de legitimación para proponerla, ya que el indebido emplazamiento o notificación solo puede alegarla quien se vea agraviado con la omisión; además, a la luz del artículo 2452 del C. Civil, la hipoteca otorga el derecho de persecución. Finalmente, llamó la atención sobre la temeridad con que la parte actora formula la nulidad, teniendo en cuenta que la persona a favor de quien se invoca la nulidad es la misma que con anterioridad representaba judicialmente a los demandantes, lo que indica que sabía de la existencia del proceso.

Contra lo resuelto se manifestaron los demandantes, con los recursos de reposición y, en subsidio, apelación, e insisten en que (i) lo pedido no constituye temeridad, sino que se trata de sanear el proceso, como lo intentó también la parte demandada al contestar el libelo, sin respuesta alguna por parte del juzgado; (ii) la falta de vinculación del acreedor hipotecario se erige en una irregularidad procesal que debe ser saneada; y (iii) ambas partes lo han solicitado.

El Juzgado, con auto del 10 de mayo de 2022, mantuvo lo resuelto. Dijo, primero, que en realidad no se consignaron motivos de disenso frente a lo resuelto, que fue la falta de legitimación, por lo que declaró desierto el recurso de reposición y concedió el de apelación.

Dentro del término previsto en el artículo 322 del CGP, los recurrentes señalaron que en el certificado de tradición del inmueble consta el gravamen sobre el mismo a favor de María Inés García García, constituido desde antes de la promoción de la demanda, Señala que es indiscutible que la legitimación para alegar la nulidad la tiene la persona afectada, pero el juzgado ha omitido ponerla en conocimiento de la acreedora para que pueda alegarla. Insiste en que el acreedor hipotecario debe ser citado, porque se vería afectado con el remate del bien.

Surtido en primera instancia el traslado de la alzada, los demandados insistieron en que ninguna inconsistencia existe en el proceso.

CONSIDERACIONES

1. Esta Sala unitaria es competente para resolver el recurso de apelación, de acuerdo con lo reglado por el artículo 35 del CGP.

Además, el mismo es procedente, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 321 del mismo estatuto, fue oportunamente presentado por quien propuso la nulidad y le fue desfavorable la resolución, y al final, mínimamente sustentado.

2. Corresponde a la Sala resolver si acertó la funcionaria de primer grado al rechazar de plano la nulidad propuesta por la demandante, o si, como esta sostiene, debe dársele trámite para resolver de fondo.

3. En punto a resolver la cuestión, salen a relucir varias cosas:

3.1. En primer lugar, es menester que el juez, una vez propuesta una causal de nulidad, establezca si ha de darle trámite con el consecuente traslado y el posterior trámite, o si, por alguna de las razones previstas en la ley, lo rechazará de plano. Y eso debe ser así, porque si ocurre lo segundo, es porque no se va a adelantar ningún trámite adicional, como aquí ocurrió, cuando se surtió el traslado a los demandados.

3.2. Al margen de ello, que no pasa de ser una irregularidad, sin trascendencia para lo que va a resolverse, de antemano se advierte que la providencia será confirmada.

En realidad, la propuesta de la parte demandante, como lo fue la de la parte demandada en su momento, según se insiste en la sustentación, pasa por alto una serie de cosas:

3.3. La primera, que, como bien señaló la funcionaria, las nulidades por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo pueden ser alegadas por quien se halle en esa situación, lo que, para el caso, no es posible predicar de quienes impetran la nulidad. Cuando más, la ha podido pedir la acreedora hipotecaria. Tan evidente es esto, que los mismos recurrentes así lo reconocen al sustentar la apelación, solo que ahora cambian su discurso en el sentido de que se trata de una nulidad saneable que, por tanto, debe ser puesta en conocimiento del afectado por parte del juez. Por supuesto que allí, las cosas ya toman un rumbo diferente, ajeno al debate que hasta ahora se ha planteado.

Esto sería suficiente para desechar la apelación.

3.3. En segundo lugar, y para despejar cualquier inquietud en uno u otro sentido, también acertó la funcionaria al mencionar las características de la hipoteca, entre ellas, el derecho de persecución que

le es propio, con independencia de quién sea el actual titular del dominio sobre el predio. Es por ello que, aunque hasta ahora no se ha dicho, el mismo artículo 411 del CGP prevé, en su inciso final, que *“Ni la división ni la venta afectarán los derechos de los acreedores con garantía real sobre los bienes objeto de aquellas”*, con lo que resulta claro que el acreedor hipotecario no se erige aquí en un litisconsorte necesario, como lo entiende el memorialista.

Y si no es un litisconsorte necesario, su vinculación al proceso resulta improcedente, si bien, advierte el artículo 406 ibidem que la demanda debe dirigirse contra los demás comuneros; ellos son los legítimos contradictores y solo ante la ausencia de alguno de quienes tengan esa calidad, podría darse la deprecada nulidad.

No ocurre aquí como en otros asuntos en los que el legislador ha dispuesto que se convoque al acreedor real, como en la pertenencia (art. 375-5 CGP), en la servidumbre (art. 376), en la expropiación (art. 399), para citar algunos.

3.4. Yendo más allá, como la actuación está apenas en trámite, es decir, no ha concluido con sentencia, la falta de integración de un litisconsorcio necesario, que se reitera, no se da en este evento con el acreedor hipotecario, es claro que, en los términos del artículo 61 del estatuto procesal, si no se integró el contradictorio al momento de admitirse la demanda, puede ocurrir así, de oficio o a solicitud de parte, en cualquier estado del proceso, mientras no se haya proferido el fallo de primera instancia. Es decir, que no se erigiría, estrictamente, en causal de nulidad en esa fase del proceso. Bastaría la simple solicitud para que se integre. Mas, se reitera, este no es el caso, dado que aquí es inexistente ese litisconsorcio forzoso con el acreedor hipotecario.

4. Como consecuencia de lo dicho, se confirmara el auto protestado y se condenará en costas a los demandantes a favor de los demandados, por así preverlo el artículo 365-1 del CGP. Ellas se liquidarán ante en el juzgado de primer grado, como manda el artículo 366 ibidem, efecto para el cual, en auto separado, se señalarán las agencias en derecho que a esta instancia correspondan.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el auto del 31 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (Risaralda), en este proceso divisorio que **Juan Sebastián y Luis Miguel Bedoya Rincón** adelantan frente a **Hernando de Jesús, Gustavo Ángel, Jaime Jesús, Héctor Fabio, Carlos Alberto, Mario de Jesús y Luz Aleyda Vergara Hincapié**.

Costas a cargo de los recurrentes y a favor de los demandados.

Notifíquese

El Magistrado,

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

Firmado Por:

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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:

878fed48f3de61278003dd882ab78e3e41efebb6ec3adbd114caca28
06e65193

Documento generado en 31/05/2022 12:03:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>