



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA UNITARIA CIVIL- FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

AC-0072-2021

Asunto : Apelación de auto interlocutorio
Tipo de proceso : Verbal – Pertenencia
Demandante : Rosaura Restrepo Lalinde
Demandados : Kelly Valeria Restrepo Colorado y otros
Procedencia : Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira, Rda.
Radicación : 66001-31-03-004-**2019-00101-01**
Temas : Nulidad – Legitimación – Afectación
Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

ONCE (11) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación propuesta por el vocero judicial de las demandadas, contra la providencia fechada el 03-03-2021 (*Expediente recibido de reparto el 06-04-2021*), según la argumentación siguiente.

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Negó la nulidad procesal porque es imposible que a las demandadas se les haya vulnerado el derecho de defensa, debido a que actuaron en el asunto por intermedio de apoderado y fueron notificadas por conducta concluyente. Consideró innecesario decretar pruebas y, agregó, que accedió al emplazamiento debido a que la parte demandante afirmó desconocer el lugar de notificación (Cuaderno 1ª instancia, documento No.04).

3. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Solicita la revocatoria del auto, para que se declare la nulidad. Arguye que la *a quo* pretirió decretar y practicar las pruebas pertinentes para establecer que: **(i)** La demandante conocía el “WhatsApp” de las demandadas y pudo intentar su notificación por este medio (Art.103, CGP, y D,.806/2020); y, **(ii)** Actuó de “*mala fe*” al solicitar su emplazamiento, “*si (Sic) pensar que las demandadas al observar el certificado de tradición se darían cuenta de la irregularidad y concurrirían al proceso (...)*”.

Por último, afirma (¿?) que: **(i)** Con la nulidad nunca se alegó la vulneración del derecho de defensa y contradicción; **(ii)** La irregularidad por indebida notificación es insubsanable, porque la sola manifestación de la juzgadora es insuficiente para concluir la falta de trasgresión de esos derechos; y, **(iii)** El error procesal se atribuye a la demandante porque formuló la demanda, sin informar que la parte pasiva se podía notificar en su “WhatsApp” (Cuaderno 1ª instancia, documento No.07).

4. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR

4.1. LA COMPETENCIA FUNCIONAL. La tiene esta Sala por el factor funcional, al ser la superiora jerárquica del Despacho emisor del auto recurrido (Arts.31-1º y 35, CGP).

4.2. LOS REQUISITOS DE VIABILIDAD GENERAL DEL RECURSO. Se les llama también de trámite¹, o condiciones para recurrir², al decir de la doctrina procesalista nacional³⁻⁴. Habilitan estudiar de fondo de la cuestión reprochada.

¹ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en la segunda instancia. Memorias del XXIX Congreso de derecho Procesal, 2018, ICDP, p.307 ss.

² ESCOBAR V. Édgar G. Los recursos en el Código General del Proceso. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2015, p.37.

³ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.781.

⁴ PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276.

Se hacen consistir en una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión. Anota el maestro López B.: “*En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo*”⁵. Y explica el profesor Rojas G. en su obra: “(...) “(...) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició”⁶.

Son concurrentes y necesarios, ausente uno se malogra el estudio de la impugnación. La misma CSJ enseña: “(...) al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (C. de P.C., art.358), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación, y en el evento de hallarlos ajustados a la ley, admitirá el recurso, y en caso contrario lo declarará inadmisibile (...)”⁷.

Y en decisión más próxima (2017)⁸ recordó: “(...) Por supuesto que, era facultad del superior realizar el análisis preliminar para la «admisión» de la alzada, y conforme a la regla cuarta del canon 325 del C.G.P. (...)”. Comentarios que son aplicables para el CGP, puesto que en este aspecto se conservó el esquema.

Esos presupuestos son: **(i)** legitimación, **(ii)** oportunidad, **(iii)** procedencia, y, **(iv)** cargas procesales (Sustentación, expedición de copias, etc.), la falta de los tres (3) primeros implican la inadmisibilidad del recurso y el cuarto provoca deserción, así predica la doctrina⁹⁻¹⁰.

Se cumplen en este caso, pues la providencia reprochada agravia los intereses de las demandadas, al negar la invalidación pedida; el recurso fue oportuno,

⁵ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.781.

⁶ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁷ CSJ. Sala Civil. Sentencia del 17-09-1992; MP: Ospina B.

⁸ CSJ. STC12737-2017.

⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.776.

¹⁰ ROJAS G., Miguel E. Código General del Proceso comentado, ESAJU, 2017, Bogotá DC, p.511.

según el artículo 322-1º, CGP (Cuaderno 1ª instancia, documentos No.08); es procedente (Art.321-6º, ídem); y está cumplida la carga de la sustentación, a tono con el artículo 322-3º, íd. (Cuaderno 1ª instancia, documento No.07).

4.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar, modificar o confirmar el auto dictado por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira, R., que denegó la nulidad solicitada, según la apelación interpuesta?

4.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

4.4.1. Los límites al decidir en la alzada

Están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹¹, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹². Discrepa, el profesor Bejarano G.¹³, al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.¹⁴, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, en todo caso minoritarias.

Ha entendido, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra¹⁵, que opera la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohibió

¹¹ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449.

¹² FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹³ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

¹⁴ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

¹⁵ TS, Civil-Familia. Sentencias del (i) 16-02-2021, MP: Grisales H., No.2013-00138-01; (ii) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01; y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

lo argüido por la CSJ en 2017¹⁶, eso sí como criterio auxiliar; y en decisión posterior y más reciente, la misma Corporación¹⁷ (2019), ya en sede de casación reiteró la referida tesis de la apelación restrictiva.

4.4.2. El régimen de las nulidades procesales

El ordenamiento legal, vigente en nuestro país, consagra como regla que la institución de las nulidades de tipo procedimental está estatuida con el propósito de salvaguardar el derecho constitucional del “debido proceso” y su derivado natural, el derecho de defensa (Artículo 29, CP).

Es preciso advertir que este instrumento, reglamentado por los artículos 133 y ss, CGP, tuvo cambios sustanciales mínimos respecto al CPC (Artículos 140 y 141), desapareció la causal del artículo 141-1^o y se erigieron otras especiales (Artículos 14, 36, 38, 107, 164 y 121, CGP). Por tal motivo, la jurisprudencia y doctrina con arreglo al CPC, aplican para el nuevo estatuto, en su mayoría.

El régimen de esta figura, está informado por el principio de la taxatividad o especificidad, que puede consultarse en la doctrina, pacífica, de los profesores Canosa T.¹⁸, López B.¹⁹, Azula C.²⁰ y Rojas G.²¹ y Sanabria S.²². Otros principios de igual entidad que permean esta herramienta son el de preclusión, protección, convalidación, trascendencia y legitimación para invocarla, así reconoce la CSJ (2018)²³.

Las sentencias C-491 de 1995 y C-217 de 1996 de la Corte Constitucional, agregaron otra causal, en los siguientes términos: “Además de dichas causales

¹⁶ CSJ. STC-9587-2017.

¹⁷ CSJ. SC-2351-2019.

¹⁸ CANOSA T., Fernando. Las nulidades en el derecho procesal civil, 3^a edición, Ediciones Doctrina y ley, 1998, p.26.

¹⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, tomo I, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2016, p.909 ss.

²⁰ AZULA C., Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo II, 4^a edición, editorial Temis, Bogotá D.C., 1994, p.303.

²¹ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2020, 7^a edición, Bogotá, p.651.

²² INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Henry Sanabria S., Impresor Panamericana Formas e Impresos SAS, 2014, p.258.

²³ CSJ. Civil. SC280-2018, SC8210-2016, entre otras.

legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el artículo 29 de la Constitución, según el cual es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, (...)”, pero hoy están reconocidas en el CGP (Artículos 14, 164 y 168) y, revalidadas con la C-537 de 2016, que declaró exequible, entre otros, al mentado artículo 133, y que es distinta de la prevista en su numeral 5º.

4.4.3. Los presupuestos de las nulidades procesales

Consisten en la concurrencia de: **(i) Legitimación**, **(ii) Falta de saneamiento** y, **(iii) Oportunidad para proponerlas** (Arts.134, 135 y 136 del CGP); verificado su cumplimiento, se abre paso el análisis de la respectiva causal.

4.5. LA DECISIÓN DEL CASO CONCRETO

Se modificará el auto censurado para en su lugar rechazar de plano la irregularidad invocada, como quiera que en el plenario no se perfeccionó el emplazamiento cuestionado antes de que la parte pasiva interviniera en el asunto, por ende, imposible era concluir que se consumó un supuesto agravio procesal que legitime su alegación (Interés) (Art.135, inciso final, CGP).

La causal 8ª del artículo 133, CGP, establece que la nulidad procesal acaece “(...) Cuando **no se practica en legal forma la notificación** del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el **emplazamiento** de las demás personas aunque sean indeterminadas (...)” (Resaltado a propósito). *Indispensable que el acto procesal de la notificación o del emplazamiento se consume para que la parte afectada cuestione su legalidad.* Si no ha ocurrido, ningún daño al derecho de defensa y contradicción puede pregonarse.

El legislador circunscribió el alegato de esta figura a la parte que se considere afectada por alguna anomalía en el procedimiento, así se establece en el artículo 135, CGP: “La parte que alegue una nulidad deberá tener **legitimación** para proponerla (...)” (Resaltado extratextual); en su inciso 3º, con mayor precisión señala: “(...) **solo podrá ser alegada por la persona afectada** (...)” (Línea y negrilla fuera del original); y en su inciso final, reza: “El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad (...) que se proponga (...) por quien carezca de legitimación (...)”. En síntesis, sin agravio no hay interés para cuestionar actuación alguna.

Revisado el decurso procesal, se tiene que el 21-05-2019 se admitió la demanda y se ordenó emplazar a las demandadas; el 10-07-2019, el apoderado de la actora solicitó indicar el periódico para hacer la publicación respectiva; el 13-09-2019 (Antes de que se perfeccionara el emplazamiento), el mandatario de las demandadas presentó memorial poder, retiró el traslado y formuló la “nulidad” (Cuaderno primera instancia, carpeta “Primera Instancia”, documento No.01 “Cuaderno Principal Parte uno”, folios 174-175, 193, 195-201); y, el 04-10-2019, la *a quo*, dispuso tenerlas notificadas por conducta concluyente, de todas las decisiones dictadas hasta el 13-09-2019 (Cuaderno primera instancia, carpeta “Primera Instancia”, documento No.02 “Cuaderno Principal Parte dos”, folios 103-104).

Sin ambages, se verifica que las recurrentes formularon la irregularidad procesal con base en una situación inexistente, es decir, sin publicación del emplazamiento, para luego designar curador *ad-litem* y posesionarlo (Art.108, CGP). Entonces, *como la nulidad puede alegarla la parte afectada*, y en el asunto *no se surtió el emplazamiento “ilegal” invocado*, palmario es que las demandadas *carecían de interés para proponerla* (Legitimación). Se notificaron por conducta concluyente y ejercitaron su derecho de defensa por intermedio de profesional del derecho antes de su emplazamiento.

El propósito del mencionado medio subsidiario de notificación (Publicación en medio de comunicación), es lograr el enteramiento de la parte convocada, de tal manera que comparezca al proceso y se defienda. Por manera que, si esa parte se noticia del asunto antes y se le brindan todas las garantías para ejercer su contradicción, inane se torna avanzar con el trámite emplazatorio iniciado: YA SE LOGRÓ LA FINALIDAD, que la parte se apersona del proceso.

La institución anulatoria en comento, tiene como fin último amparar el debido proceso de los sujetos partícipes de la contienda (Art.29, CP) y, como se explicitó ya, ningún menoscabo pudo ocasionarse en este asunto, por ende, innecesario el recaudo probatorio, menos auscultar la supuesta mala fe de la demandante, tal cual cuestionan las recurrentes.

Colofón: sin superar la procedencia (Legitimación, oportunidad, falta de saneamiento), inane avanzar al estudio de la causal específica formulada; en el caso, los postulantes carecían de potestad para su invocación.

En todo caso, necesario destacar que el recurrente al formular la apelación, invocó el Decreto 806 de 2020, norma sin vigencia para la época de los hechos alegados.

5. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo razonado se: **(i)** Modificará el auto recurrido; **(ii)** Advertirá la irrecurribilidad de este proveído (Art.35, CGP); y, **(iii)** Condenará en costas a la parte recurrente a favor de la demandante, por la desestimación de su impugnación (Art.365-1º, CGP).

Las agencias se fijarán en auto posterior, en seguimiento de la variación hecha por esta Sala¹⁵, fundada en criterio de la CSJ²⁴. Se comprende que se hace en auto y no en la decisión misma, porque esa expresa modificación, introducida como novedad por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365 actual, ib.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA UNITARIA DE DECISIÓN,

RESUELVE,

1. MODIFICAR el numeral 1º del auto dictado el 03-03-2021 por el Juzgado 4º Civil del Circuito de esta localidad, para RECHAZAR de plano la nulidad procesal invocada por las demandadas.
2. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.

²⁴ CSJ, Civil. STC8528 y STC6952-2017.

3. CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijarán, una vez quede ejecutoriada esta decisión.
4. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de la Sala.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

DGH / ODCD / 2021

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA 12-05-2021 CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO SECRETARIO

Firmado Por:

**DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 4 SALA CIVIL-FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA**

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: **0992ff80f12cf851b362acfi2fo35c28591c9094247ec6553fba5e761e334f05**
Documento generado en 11/05/2021 07:27:30 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**