REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA CIVIL – FAMILIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR:
CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

Pereira, julio trece (13) de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, el 26 de noviembre de 2020, en el proceso verbal de simulación que instauró el señor José Raúl Larahondo Trujillo contra Melva Vélez de Martínez, Juan Pablo Martínez Vélez, Martha Elena Martínez Vélez, Gloria Patricia Martínez Vélez y Clara Inés Martínez Vélez.

ANTECEDENTES

1. Por auto del 22 de mayo de 2019 se admitió la demanda, se ordenó correr traslado de ella a los accionados y se dispuso que, previo a su inscripción, la parte demandante constituyera la respectiva caución.

Sin haberse procedido a esto último, se surtió la notificación de los demandados, salvo la de la señora Martha Elena Martínez Vélez.

Por auto del 31 de agosto de 2020 se requirió a la parte actora a efecto de que adelantara las gestiones necesarias para notificar a la citada señora, “mediante envío de la demanda y sus anexos como mensaje de datos, en su defecto para que solicite su emplazamiento”. Para tal fin le concedió el término de treinta días, so pena de decretar el desistimiento tácito. Con similar finalidad había sido requerido el 9 de marzo de 2020, sin que antes de este auto se hubiera realizado diligencia alguna tendiente a su intimación.

En memoriales presentados el 16 de octubre de 2020 y 17 de noviembre de 2020, el apoderado de los demandados Melva Vélez de Martínez, Juan Pablo Martínez Vélez, Gloria Patricia Martínez Vélez y Clara Inés Martínez Vélez solicitó se decretara el desistimiento tácito, con sustento en

que el término otorgado para cumplir la carga relacionada con la notificación de Martha Elena Martínez Vélez había vencido sin adelantar lo pertinente.

2. <u>El auto recurrido:</u> Por medio de auto del 26 de noviembre de 2020 no se accedió a la solicitud de declaratoria de desistimiento tácito, tras considerar que los treinta días concedidos a la parte actora para cumplir la carga impuesta trascurrieron entre el 02 de septiembre 2020 al 19 de octubre de 2020 y aquella petición se allegó el 16 de octubre de 2020, es decir, antes de expirar dicho lapso. Por tanto la actuación de la parte demandada impidió la consolidación del desistimiento tácito de conformidad con el artículo 317 del Código General del Proceso que señala que cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, interrumpe el plazo establecido para impulsar el trámite procesal.

3**. <u>El recurso:</u>** Frente a esa decisión el apoderado de aquellos demandados interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

Adujo, para sustentar su inconformidad, que el cómputo de los treinta días efectuado por el juzgado de conocimiento fue errado pues el mismo no vencía el 19 de octubre de 2020, sino el 14 de ese mismo mes, momento para el cual ninguna actuación adelantaron las partes que interrumpiera el plazo fijado para surtir la notificación de la señora Martha Elena Martínez Vélez; la solicitud de desistimiento tácito fue presentada el 16 de octubre de 2020, es decir con posterioridad al cumplimiento del citado término. Por tanto, como la carga procesal no se asumió en el plazo señalado, ni existen causales de interrupción o suspensión del proceso, debe decretarse el desistimiento tácito, de conformidad con 317 del Código General del Proceso.

La parte contraria no se pronunció.

4. En auto del 26 de marzo hogaño, el *a-quo* resolvió no reponer la determinación recurrida, con fundamento en que si bien el término de treinta días no fue contabilizado de manera correcta por ese despacho, ya que en efecto tal como lo indicó la parte recurrente dicho lapso vencía el 14 de octubre de 2020, no obstante concurre circunstancia antes inadvertida, que impedía hacer el requerimiento que desencadenaría en la declaratoria de desistimiento tácito y es que, de acuerdo con el inciso tercero del numeral 1 del artículo 317 del Código General del Proceso, no es posible realizar requerimiento a la parte actora para que inicie las diligencias tendientes a notificar a su contraparte cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumar las medidas cautelares previas.

En este asunto en la demanda se pidió su inscripción sobre los bienes objeto del proceso y en el auto admisorio se fijó la caución para tal efecto, y como esto se encuentra pendiente no podía conminarse para que se adelantara aquella gestión de notificación. Por tanto, se mantuvo la decisión recurrida, aunque por motivos distintos a los inicialmente expuestos, y en consecuencia se concedió la alzada subsidiariamente interpuesta.

5. En memorial allegado el 8 de abril último, el apoderado agregó a sus argumentos impugnaticios, que la tesis relativa a la imposibilidad de decretar el desistimiento táctico por no haberse materializado la medida previa, no fue objeto de debate alguno y desconoce la realidad procesal como quiera que en el auto admisorio no se condicionó la notificación de los demandados a la inscripción de la demanda, la parte actora procedió a notificar a sus poderdantes por lo que fue la accionante misma que desestimó la solicitud de inscripción de la demanda, ésta en ningún momento fue solicitada como medida cautelar previa y sus representados no pueden salir perjudicados de la negligencia de su contraparte respecto del pago de la caución ordenada, ni menos se les puede someter indefinidamente a ese proceso, a la espera de que se cumpla con la carga de constituir esa garantía.

CONSIDERACIONES

1. El auto que niegue el decreto del desistimiento tácito es apelable, al tenor del artículo 317 literal e) del numeral 2° del CGP. Además, el recurso fue propuesto en término y por persona legitimada, siendo procedente el análisis de fondo de los argumentos expuestos.

2. Esta sala unitaria encuentra competencia para decidir la alzada, al actuar como superior del juzgado del circuito.

3. De acuerdo con la síntesis realizada, debe resolver la Colegiatura si en este caso se cumplen los presupuestos señalados en el ordenamiento legal para declarar o no el desistimiento tácito de la actuación.

4. Dicha figura está regulada en el artículo 317 del Código General del Proceso, que en su parte pertinente señala:

"El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:

1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente

o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumar las medidas cautelares previas."

Aunque son dos las maneras que el legislador estipuló para arribar a una declaratoria de desistimiento tácito de la actuación procesal, para el caso objeto de estudio, solo interesa la hipótesis señalada en el aparte normativo transcrito y que se aplica para sancionar la reticencia de la parte en cumplir un requerimiento judicial, efectuado para evitar la paralización del proceso.

5. Para resolver la cuestión es pertinente realizar breve recuento sobre el acontecer procesal, así: i) la parte actora solicitó, como medida cautelar, la inscripción de la demanda respecto de los bienes que dice fueron objeto de simulación[1]. ii) frente a esa petición, en el auto admisorio del libelo, se ordenó se prestara la respectiva caución[2]. iii) sin dar cumplimiento a lo anterior, la parte actora procedió a adelantar los trámites tenientes a la notificación de los demandados[3], a excepción de la señora Martha Elena Martínez Vélez; iv) en consecuencia los demandados, salvo la señora Martha Elena, fueron notificados y concedieron poder a profesional del derecho para ejercer su derecho de defensa[4]; v) luego de un fallido intento de notificación de Martha Elena Martínez Vélez, realizado ante amonestación del juzgado, el 31 de agosto de 2020 se requirió nuevamente a la parte actora para que, dentro de los treinta días siguientes, adelantara las gestiones necesarias para enterarla de la demanda o en su defecto agotar lo relativo a su emplazamiento, so pena de dar por terminado el proceso por desistimiento tácito[5], y vi) transcurrido ese lapso sin actuación alguna, el juzgado no accedió a petición de declaratoria de desistimiento tácito elevada por el apoderado de los demandados, con sustento en que aquel requerimiento no ha debido realizarse pues se halla pendiente la materialización de la medida

[1] Folios 117 a 128 del archivo 01 del cuaderno de primera instancia
[2] Folio 130 del archivo 01 del cuaderno de primera instancia
[3] Folios 132 a 161 del archivo 01 del cuaderno de primera instancia
[4] Folio 130 del archivo 01 del cuaderno de primera instancia
[5] Archivo 05 del cuaderno de primera instancia

cautelar de inscripción de la demanda[6].

6. Analizadas esas etapas procesales, la Colegiatura evidencia que al margen de la notificación de la mayoría de los demandados sin antes materializar la inscripción de la demanda solicitada, aun sin decretar por no haberse prestado la caución para cuyo otorgamiento, y contrario a lo señalado en el artículo 603 del CGP, el juez a quo no estableció el plazo para hacerlo, en efecto, en el caso concreto no se daban las condiciones legales para realizar el requerimiento para la notificación de la codemandada Martha Elena Martínez Vélez, ya que la norma es clara al establecer que ello solo se podría surtir cuando se hubiere perfeccionado la citada medida cautelar, o en definitiva, negado el decreto de la misma, que fue solicitada en el mismo cuerpo de la demanda.

7. En caso que presenta similar matiz al actual, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, refirió:

> *"Conviene recordar que tratándose de la aplicación de dicha figura jurídica, esta Sala ha señalado que:*
>
> *«Norma de la que se colige, que cuando se encuentran actuaciones pendientes para consumar una cautela, no se puede requerir a la parte demandante para que realice las diligencias de notificación del extremo pasivo, porque se alertaría a la parte sobre la cual recaerían tales medidas, pudiendo terminar estas condenadas al fracaso de su ulterior objetivo, esto es, que de manera precautelativa se lograse inmovilizar el patrimonio o parte del mismo perteneciente al demandado como garantía de lo pretendido.*
>
> *Así, la exigencia de cumplir determinada carga procesal y aplicar la sanción ante la inobservancia regulada en el precepto citado, no puede ser irreflexiva de las circunstancias especiales previstas en el referido artículo [317 del Código General del Proceso], sino que debe obedecer a una evaluación particularizada de cada situación, es decir, del caso en concreto, para establecer si hay lugar a la imposición de la premisa legal.*
>
> *Lo anterior, porque la actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y sensatez a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática de las normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho al debido*

[6] Archivo 11 del cuaderno de primera instancia

proceso y al acceso a la administración de justicia.» (CSJ STC, 4 dic. 2014, rad. 00816-01, reiterada en STC, 2 mar. 2016, rad. 2015-00172-01).

3. De la revisión de las diligencias se extrae que el demandante solicitó el embargo de los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 378-16044, 378-87217 y 378-48410 de propiedad de los demandados, cautela que fue decretada mediante auto de 8 de febrero de 2016, que para el 25 de julio del mismo año, se encontraba pendiente de consumación, por cuanto conforme lo señaló el juzgado accionado de manera oficiosa ordenó el secuestro de los bienes del cual el actor no retiró el despacho comisorio correspondiente.

En tal sentido, no era posible que en dicha época el extremo activo de la litis fuera requerido para notificar a su contraparte, pues para ese momento no se había efectuado la consumación de las medidas preventivas tendientes a inmovilizar el patrimonio perteneciente a los demandados como garantía de lo pretendido.

No obstante, el juzgador en providencia del 25 de julio de 2016, en una aplicación errónea de la norma en comento, lo intimó para cumpliera con la carga procesal referida dentro de los treinta días siguientes, so pena de que se declarara el desistimiento tácito.

Aún más grave, ante el incumplimiento en la vinculación de la parte accionada, decretó la terminación del proceso y ordenó levantar las medidas cautelares, lo que de suyo vulneró el derecho al debido proceso del ejecutante, pues a pesar de ser inaplicable la exigencia contenida en el numeral 1º del artículo 317 del Código General del Proceso, por expresa disposición del mismo precepto, se vio compelido por el fallador con la sanción dispuesta en este."[7]

En otra ocasión sostuvo, en similares términos y frente a un proceso declarativo donde aún estaba pendiente el otorgamiento de la caución para el decreto de la medida:

4.3.- Siendo así las cosas, la decisión del Juez censurado no se ajustó a los postulados de la norma invocada, constituyéndose en violatoria al debido proceso, si se tiene en cuenta que el trámite del juicio ordinario no se hallaba paralizado para el 30 de junio de

[7] Sentencia STC1913-2017 del 16 de febrero de 2017, radicado 76001-22-03-000-2016-00894-01. En similar sentido, sentencias STC16508-2014, STC15685-2019, STC12285-2019.

2015, fecha en que se requirió al actor para que efectuara la notificación de la demandada, porque fue en esa misma providencia que se admitió el libelo; pero además, estaban pendientes actuaciones encaminadas a consumar las medidas cautelares previas, máxime que en dicho proveído se le ordenó al gestor «prest[ar] caución por el veinte por ciento del valor de las pretensiones estimadas en la demanda».

4.4.- Por supuesto, que tal proceder irregular condujo al quebranto de las garantías de rango superior, porque conllevó a que en proveído de 4 de septiembre de 2015 se le pusiera anticipadamente fin al litigio, por lo que esa situación excepcional no puede tenerse por subsanada por el silencio las partes, ya que en verdad resulta palmaria, desproporcionada e inadmisible, teniendo en cuenta que apenas se había dado inicio al trámite judicial, por lo que no era posible que en la misma providencia de admisión de la demanda se diera aplicación al citado artículo 317 del Código General del Proceso, y dado que en ella se había fijado la caución que debía prestar el actor para lograr la práctica de las cautelas solicitadas, resultó dicha conducta sorpresiva para el accionante, amén que no repuso el «auto admisorio»[8]*.*

En este punto, es válido señalar que si el propósito de la norma es evitar que la parte demandada conozca de antemano la acción ejercida en su contra, para que no pueda eludir el cumplimiento de la medida cautelar solicitada, no por el hecho de que en el presente se hubiere notificado ya a Melva Vélez de Martínez, Juan Pablo Martínez Vélez, Gloria Patricia Martínez Vélez y Clara Inés Martínez Vélez se frustra el cumplimiento de la citada teleología, al restar, como se indicó, la notificación de la codemandada Martha Elena Martínez Vélez, cuyo trámite de notificación nunca se inició en forma voluntaria. No sobre destacar que la medida cautelar se solicitó sobre bienes frente a los cuales ella ejerce la copropiedad, por lo que cualquier negociación que implique la totalidad de esos inmuebles requiere su consentimiento.

8. En suma, como por expresa prohibición legal no es posible realizar el requerimiento judicial tendiente a realizar la notificación de los demandados, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumar medidas cautelares previas, acertó la primera instancia en negar aquella solicitud de terminación del proceso por desistimiento tácito.

Lo anterior conduce de igual forma a desestimar las inconformidades de la parte recurrente contra el auto del 26 de marzo de este año, por las siguientes concretas razones:

[8] Sentencia STC2604-2016 del dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicado 15001-22-13-000-2015-00712-01

8.1. El hecho de que la imposibilidad de requerimiento para notificar a la demandada Martha Elena Martínez Vélez hubiere sido percatada tan solo en la providencia que resolvió la reposición formulada por la parte demandada, no justifica desatender el ordenamiento legal pues esa anomalía es de aquellas que detectada en término puede ser corregida, como aquí ocurrió, es decir que la actuación del juzgado para enderezar el rumbo de la actuación es adecuada. Además, el recurrente tuvo ocasión de presentar sus argumentaciones en contra, dentro de los tres días siguientes a la notificación de dicho auto, la que deja sin piso el desequilibrio o la desigualdad entre las partes que se invoca.

Se agrega que, como también lo ha sostenido la Sala de Casación Civil como Juez de tutela, que "*al resolver la impugnación de un auto que da aplicación al desistimiento tácito, el trabajo del a-quem no se limita a verificar de manera automática fechas, sino que requiere de la revisión de los presupuestos contemplados en la norma citada. La primera de ellas, referida a que el requerimiento establecido en la primera hipótesis, debe hacerse respecto a una carga o acto de parte necesario para que él trámite continúe, la que desatendió*"[9]. Cambiando lo que se deba cambiar, en este caso la aplicación del desistimiento tácito no se limitaba a verificar que trascurrió el término de 30 días concedido en el auto de requerimiento, en silencio, pues bien podía el a quo, como en últimas lo hizo, volver y verificar si aquel se amoldaba a las normas procesales aplicables.

8.2. No hacía falta que en el auto admisorio se condicionara la notificación de los demandados a la inscripción de la demanda, pues aquella norma es de orden público y su aplicación no depende de que se hubiere o no realizado pronunciamiento judicial sobre el particular.

8.3. El argumento según el cual la parte actora desestimó la inscripción de la demanda, al haber procedido a notificar a la mayoría de los demandados, no tiene acogida pues lo cierto es que no existe petición de parte interesada en el que se exprese su interés de renunciar a la materialización de esa medida cautelar.

8.4. Es falso lo relativo a la ausencia de solicitud de inscripción de la demanda como medida cautelar previa, pues, como ya se indicó, en el escrito genitor se hizo petición expresa al respecto (ver su acápite VII).

8.5. Finalmente, respecto al supuesto perjuicio que acarrea aquella circunstancia y que deriva en la indefinición del trámite, ya que solo hasta que la parte actora constituya la póliza fijada a efecto

[9] CSJ, sentencia STC12002-2019 de 5 de septiembre de 2019.

de inscribir la demanda se podrá impulsar la actuación, baste indicar que, tal como se ha venido señalando, el ordenamiento legal ofrece herramientas para que el juzgador requiera a la parte actora para que constituya la caución, o le señale el término para hacerlo (Art. 603 CGP) y resuelva en definitiva sobre la petición de medida cautelar. En ese estado de cosas, acceder a lo que en últimas pretende la parte recurrente, esto es declarar el desistimiento tácito, implicaría el desconocimiento de normas de orden público cuando existen otras formas de superar el estado del proceso.

9. Por todo lo anterior, se impone la confirmación del auto impugnado, sin que haya lugar a imponer condena en costas a la recurrente, porque no aparecen causadas.

En mérito de lo expuesto, el Despacho 002 de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

RESUELVE

1. Confirmar el auto de fecha y procedencia ya indicadas.

2. No se impone condena en costas.

Notifíquese y cúmplase[10],

El Magistrado,

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

Firmado Por:

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

[10] La firma electrónica puede ser validada en https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica/ValidarDocumento. Igualmente, el contenido de esta providencia y el estado en el cual aparece notificada, pueden ser consultados en el link https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-pereira-sala-civil-familia

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0aee85c3bdf4200ba77135fd8f4979cb6334988a1dbcaedca7e6cb23e00378ac

Documento generado en 13/07/2021 11:58:19 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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