



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

INFORME SECRETARIAL: A Despacho de la señora Juez el presente proceso, absteniéndose de decretar pruebas, por cuanto las pruebas solicitadas por la incidentalista ya se encuentran en el expediente y la parte incidentada no hizo ningún pronunciamiento, se advierte que los demás interesados guardaron silencio en el término para pronunciarse. Sírvasse proveer.

Santiago de Cali, 14 de diciembre de 2021

La secretaria,

NALYIBE LIZETH RODRIGUEZ SUA

Auto Interlocutorio No. 2202

Radicado: 760013110010-2019-00017-00

Santiago de Cali, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno
(2021).

Se encuentra a Despacho el incidente de nulidad prevista en el numeral 4 del artículo 133 del C.G.P. interpuesto por la apoderada de la cónyuge supérstite, señora Esnidia Idarraga Ramírez, con el objeto de decidirlo.

ANTECEDENTES



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

1. Objeto del incidente

En cuanto a lo argumentado por la quejosa procede el Despacho a sintetizar de la siguiente manera:

- Arguyó que al requerir a la cónyuge supérstite para que ejerciera la opción de porción conyugal o gananciales, al otorgarle poder al profesional del derecho, doctor Héctor Fabio Fajardo Hernández, se derivó del apoderamiento, que el togado radicará memorial al que acompañó el poder que le había otorgado; y memorial en el que se aseveraba en su numeral 1 que: *“Mi patrocinada Esnidia Idarrága Ramírez, conforme a las voces del artículo 492 del C.G.P., comparecerá al juicio de sucesión del causante JOSE HERNANDO DUARTE (q.e.p.d.) en su condición de cónyuge supérstite OPTANDO por la PORCIÓN CONYUGAL que le corresponde”*, del cual mediante 384 del 7 de marzo de 2019, se reconociera a la cónyuge supérstite quien optó por porción conyugal.
- Posteriormente, al realizar el trabajo partitivo el experto confeccionó el mismo reconociendo gananciales a la cónyuge supérstite, a lo que el Despacho procedió a que se rehiciera el mismo por haber optado la cónyuge por porción conyugal; proveído que, al ser apelado, el Tribunal Superior confirmó la decisión. Seguidamente el partidador procedió a presentar el trabajo de partición conforme se le ordenó.



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

- Señaló que el activo de la sociedad conyugal Duarte - Idarrága asciende a la suma de \$ 283.668.958, lo que deriva a la señora Idarrága un 50% de gananciales en la suma de \$ 141.834.479. Se colige de lo anterior, que la cónyuge no carece de lo necesario para su congrua subsistencia, supuesto de hecho que no se subsume en lo reglado por el artículo 1230 del C.C. para que resulte derosa de porción conyugal, crédito que terminará cargando la sucesión de manera ilegal.
- Ahora bien, frente a las facultades otorgadas al apoderado judicial, doctor Héctor Fabio Fajardo Hernández, brilló por su ausencia la facultad expresa para que optara por porción conyugal, renunciando tácitamente a gananciales, como lo hizo, si en cuenta se tiene que es categórico el artículo 77 del C.G.P. al ordenar que: *“...el apoderado no podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; tampoco recibir, allanarse, ni disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa.”*.

Luego entonces la opción entre porción conyugal o gananciales es de absoluto resorte del cónyuge, acto que la ley ha reservado privativamente, el que en su nombre tan solo puede ejercer persona distinta, cuando precede una autorización expresa, lo que no aconteció con el profesional del derecho en mención y así lo acepto el despacho y el Superior al resolver la alzada.

- Es por ello que, al no haber optado por porción conyugal, se entiende que la cónyuge supérstite guardó silencio, configurándose el fenómeno citado en el artículo 495 del C.G.P.



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

Así las cosas, solicitó lo siguiente:

- Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del proveído 384 del 7 de marzo de 2019 que reconoció a la cónyuge superviviente optando por porción conyugal, inclusive, por el hecho que la señora Esnidia Idarraga Ramírez no ha ejercido su opción derivada de los artículos 492 y 495 del C.G.P., lo que deja sin efectos la aceptación a porción conyugal por carencia de poder e indebida representación de su apoderado inicial; resultando de ello un silencio, por lo que son los gananciales los que habrán de regir en la liquidación de sociedad conyugal.

CONSIDERACIONES

Frente a la nulidad reglada en el numeral 4º del artículo 133 del C.G.P. el doctrinante, doctor Fernando Canosa Torrado ha indicado que:

“Esta causal tiene ocurrencia en una de las siguientes hipótesis:

- A). Cuando el demandante o el demandado sin capacidad procesal o *legitimatío ad processum* asiste por sí solo al proceso.
- B). Cuando a pesar de asistir al proceso mediante un representante, éste no ostenta dicha condición, por no habersele otorgado por la ley o el contrato, y



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

C). Cuando interviene en el proceso por intermedio de procurador judicial sin poder para actuar en el respectivo proceso.

(...) Se apoya esta causal de indebida representación en la garantía constitucional que tienen las partes de acudir al proceso en igualdad de condiciones, de manera que cuando es desigual la lucha judicial, sea porque el incapaz legal actuó por sí solo en el proceso o cuando es asistido por un representante ilegítimo, o cuando un mandatario adelantó diligencias sin que exista poder de representación, entonces el derecho de defensa se encuentra en desventaja, es decir, sin sujeción al principio constitucional del debido proceso contenido en el artículo 29 de la Carta.

No debe confundirse la *capacidad procesal con la legitimación en la causa, pues mientras que el primero es un presupuesto tutelar del derecho de defensa, tendiente a resguardar la debida representación de los sujetos procesales, la segunda se refiere, por el contrario, al derecho sustancial que se pretende. De donde se concluye que la nulidad que aquí se estudia es fenómeno eminentemente procesal y no de derecho material.*

Puede alegarse la indebida representación como excepción previa con fundamento en el numeral 4º del artículo 100 del Código General del Proceso, pero sólo en el caso de la persona natural incapaz que no concurrió al litigio con quien legalmente es su representante legal, y ello porque el número 4º del artículo 133 del mismo cuerpo normativo, presupone por definición la existencia jurídica de dos personas: El representante y el representado, tomando alguno de ellos el lugar del otro sin serlo legalmente, como en el caso del padre que demanda en representación del hijo, el tutor por el infante sujeto a guarda, entre otros, sin ostentar realmente dicha calidad, o la de la persona jurídica que asiste por conducto de un representante distinto del que la ley o los estatutos



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

señalan como tal, según el precepto previsto en los artículos 58 y 59 del Código General del Proceso; o también cuando hay carencia de poder para el respectivo proceso, falencia que sólo existe cuando haya mandato, **pues si lo hay, debe colegirse que el mandante aceptó las actuaciones de su mandatario, de manera que si el poder es deficiente, pero el representante ha actuado dentro del proceso, la parte virtualmente mal representada estaría aceptando de manera implícita dicha situación anómala. Por tanto, la causal del numeral 4º del artículo 133 del Código General del Proceso, sólo puede alegarse cuando falta totalmente el poder, mas no por deficiencia del mandato, como se dijo antes.**¹

Acto seguido, dispone el mismo autor los requisitos para alegar las nulidades procesales para lo cual dispuso que:

“El artículo 135 del C.G.P. dispone “La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamentan, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla. (Esta disposición es aplicación del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, nadie debe ser oído en alegación de su propia torpeza)²

1 Libro Las Nulidades en el Código General del Proceso. Páginas 309, 310, 313 y 314. Editorial Doctrina y Ley. Autor Fernando Canosa Torrado.

2 Ibídem, pág. 163



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

Por otro lado, dispone el artículo 495 del C.G.P. que:

“Cuando el cónyuge o compañero permanente pueda optar entre porción conyugal y gananciales deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventario y avalúos. En caso de que haya guardado silencio se entenderá que optó por gananciales. Si no tuviere derecho a estos, se entenderá que eligió por aquella.

Si el cónyuge o compañero permanente opta por porción conyugal o porción marital, según el caso y abandona sus bienes propios, estos se incluirán en el activo correspondiente.”

Caso concreto

Sea lo primero advertir que la señora Esnidia Idarraga Ramírez en poder otorgado al apoderado judicial, doctor Héctor Fabio Fajardo Hernández obrante a folio electrónico 116 del cuaderno principal lo facultó para:

Mi apoderado cuenta con todas las facultades consagradas en el artículo 77 del C. G. P., y en especial para desistir, sustituir, reasumir, recibir, conciliar, transigir, pedir y aportar pruebas, presentar diligencia de inventario y avalúo, realizar trabajo de partición y todas aquellas inherentes del mercado y que vayan en defensa de los intereses de la poderdante.

En virtud al poder y las facultades otorgadas al togado que representó en otrora a la cónyuge superviviente Idarraga Ramírez, quedo claro conforme la normatividad en cita, que el llamado hecho



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

a la misma en el artículo 495 del Estatuto Procesal Civil, deberá hacerlo antes de la diligencia de inventarios y avalúos y así procedió la misma.

Ahora sabido, que el artículo 495 del C.G.P. en ningún aparte indica que la opción, bien sea por porción conyugal o gananciales deba exponerse de manera expresa en el poder por parte del cónyuge supérstite. En secuencia de ideas, mal haría esta funcionaria judicial, desvirtuar la misma al momento de reconocer la opción que indica su apoderado judicial, pues se presume la buena fe del apoderado en que estudió y asesoró de la mejor forma a su cliente; toda vez que al momento de otorgar el mandato al profesional del derecho, doctor Héctor Fabio Fajardo Hernández la señora Idarrága Ramírez depositó la confianza en el mismo y así obró ante este Despacho.

Sin embargo, no puede aceptarse como lo plantea el nuevo litigante de la cónyuge supérstite, que al guardar silencio la misma en el poder se presume que opta por gananciales; toda vez, que como se reseña letras atrás la misma de manera personal e intrínseca le otorgó el mandato conforme lo regla la ley y el apoderado dentro de sus facultades y conocimientos plenos del trámite optó por porción conyugal.



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

En el caso de la cónyuge sobreviviente, desde que intervino en el proceso no guardó silencio frente a la elección que le arrogaba la norma, fue expresa su manifestación, y jamás se habló de una elección compatible con gananciales.

De igual forma, debe indicarse que la causal de nulidad argüida por el apoderado de la señora Idarrága Ramírez no se encuentra en el enmarcado numeral 4º del artículo 133 del C.G.P. pues la doctrina en cita resalta las hipótesis en que se encuentra el mismo, caso en el cual el caso objeto de estudio no lo presenta.

Concluido lo anterior, procederá a no acoger la nulidad señalada en el numeral 4º del artículo 133 del ibídem, pues como se indicó el mismo no encuadra en el trámite pretendido.

No obstante, y en vista que el otrora apoderado judicial de la cónyuge supérstite objetó nuevamente el trabajo partitivo presentado por el experto, doctor Fernán Valencia Álvarez, procederá esta oficina judicial a darle trámite tal como lo indica el artículo 509 del C.G.P.

En mérito de lo antes expuesto, el Juzgado Décimo de Familia de Oralidad del Circuito de Cali- Valle del Cauca;

RESUELVE:



JUZGADO DÉCIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI -VALLE DEL CAUCA

Rad. 7600131100102019-00017-00. SUCESION JOSE HERNANDO DUARTE

PRIMERO. - NEGAR el incidente de nulidad señalado en el numeral 4º del artículo 133 del C.G.P., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: PROCEDASE en cuaderno aparte a dar trámite de la objeción presentada al trabajo de partición por parte del otrora apoderado de la señora Esnidia Idarrága Ramírez, conforme lo dispone el numeral 3º del artículo 509 del C.G.P.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

LA JUEZ,

ANNE ALEXANDRA ARTEAGA TAPIA

JUZGADO DECIMO DE FAMILIA DE
ORALIDAD DE CALI

En Estado No. 209 de hoy notifico a las partes
el auto que antecede (Art. 295 C. G. Del P.).

Cali, 15 DE DICIEMBRE DE 2021

La Secretaria,

NALYIBE LIZETH RODRIGUEZ SUA

01

Firmado Por:

**Anne Alexandra Arteaga Tapia
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Familia 010 Oral
Cali - Valle Del Cauca**

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: **ab75c4e82223098603c6f06501cf3bb02fe04bdca0a680f3ee1bebd47c02a4a3**
Documento generado en 13/12/2021 09:00:33 PM

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