

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Neiva (H), veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 41001-31-10-005-2019-00375-01

PROCESO EJECUTIVO DE KELLY JOHANA PLAZAS MANA CONTRA FIDEL BORRERO SOLANO.

AUTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto del 06 de noviembre de 2020, por medio del cual se denegó la solicitud de nulidad por indebida notificación.

ANTECEDENTES

Kelly Johana Plazas Mana actuando en nombre y representación de sus hijas menores de edad Teresita y Ana Lucía Borrero Plazas, a través de apoderado judicial presentó demanda para que de conformidad con lo reglado en el artículo 306 del Código General del Proceso se inicie proceso ejecutivo por obligación de suscribir escritura pública contra Fidel Borrero Solano.

Mediante proveído del 25 de septiembre de 2019, se libró mandamiento ejecutivo en favor de las demandantes *“con el fin de que Fidel Borrero Solano cumpla con la suscripción de la escritura pública en la cual cede a sus hijas el derecho de cuota que tiene sobre el bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 200-202333 ubicado en la calle 8 No. 38A-30 Casa No. 20 del Conjunto Praderas de Zaragoza, obligación que se comprometió a realizar en proceso de divorcio con radicación 2018-00398 a más tardar el 15 de julio de 2020”*.

Por auto del 04 de marzo de 2020, se ordenó seguir adelante con la ejecución en contra del señor Fidel Borrero Solano.

Fidel Borrero Solano a través de apoderado judicial, presentó solicitud de nulidad procesal, invocando para el efecto la causal 8ª prevista en el artículo 133 del Código General del Proceso. En procura de sustentar el pedimento, la parte demandada en síntesis señaló que, mediante auto del 25 de septiembre de 2018 se ordenó la notificación personal del extremo pasivo, conforme lo regulado en el artículo 291 del Estatuto Procesal Civil. Que la parte demandante a fin de realizar el acto de notificación del auto de mandamiento de pago, procedió a remitir la citación correspondiente a través de empresa de correo certificado a la calle 8 No. 38A-30 casa 20 Conjunto Residencial Zaragoza de Neiva. Que con posterioridad, a idéntica dirección se envió la notificación por aviso.

Indicó, que tanto la citación para notificación personal, como la notificación por aviso fueron recibidas por un guarda de seguridad del conjunto residencial Zaragoza, actuación que considera transgrede su derecho al debido proceso al no tener conocimiento dentro del lapso para pronunciarse al interior del trámite procesal.

Sostuvo adicionalmente que, del auto de mandamiento de pago no se notificó al Ministerio Público, hecho que contradice lo reglado en el artículo 47 del Decreto 262 de 2000, máxime si se tiene en cuenta que en el asunto hay intereses y participación de dos menores de edad.

Descorrido el traslado concedido a la parte actora, esta solicitó se deniegue la nulidad interpuesta por su contraparte, toda vez que el trámite de notificación del auto de mandamiento de pago se hizo conforme a lo reglado en los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso, que permiten que tanto la citación de que trata el primer canon normativo en mención como la notificación por aviso pueden ser entregadas a las personas que atienden la recepción de un conjunto cerrado. Adicionalmente señaló que, en el caso concreto no hay necesidad de notificar de la actuación al Ministerio Público, pues los derechos e intereses de las menores de edad están siendo salvaguardados por su progenitora, y el extremo convocado no hace ninguna referencia a que en el curso del proceso se hayan transgrediendo las prerrogativas ius fundamentales de las aludidas menores de edad.

Mediante proveído del 09 de septiembre de 2020, se fijó fecha para adelantar la audiencia de que trata el inciso 3º del artículo 129 del Código General del Proceso, y adicionalmente se decretó de oficio la prueba documental contentiva de las actuaciones y constancias secretariales obrantes a folios 33 a 39 del cuaderno principal.

AUTO APELADO

Por auto del 06 de noviembre de 2020, el Juzgado Quinto de Familia de Neiva dispuso denegar la nulidad formulada por el demandado Fidel Borrero Solano.

En síntesis, indicó que en el presente caso al momento de presentarse la solicitud de ejecución de la providencia judicial que dio por terminado el proceso de divorcio propuesto por Fidel Borrero Solano contra Kelly Johana Plazas Mana, no habían transcurrido el lapso previsto en el artículo 306 del Código General del Proceso, razón por la cual no era procedente la notificación personal, sino que la publicidad del auto que libró mandamiento de pago respecto de la parte pasiva debía realizarse por estado y no como se dispuso en el proveído en mención, razón por la cual y al haberse realizado la aludida notificación en debida forma, no procede la solicitud elevada por la parte pasiva.

Adicionalmente, se tiene que el demandado se notificó por conducta concluyente el día en que su abogado fue enterado del reconocimiento de personería, y en tal sentido tampoco operaría la causal de nulidad alegada. Además, la parte demandada petitionó el suministro de copias sin proponer la nulidad procesal invocada, en consecuencia se tendría como subsanada la irregularidad que alude la parte demandada como causal de nulidad. De otro lado, refirió que el acto de notificación del mandamiento de pago se ajustó a lo reglado en el numeral 3º del artículo 291 del Código General del Proceso.

En torno a la falta de notificación del Ministerio Público del auto de mandamiento de pago, precisó que de conformidad con lo dispuesto en el Código General del Proceso la intervención de la Procuraduría de Familia en asuntos como el que actualmente nos convoca no se considera forzosa ni necesaria.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto devolutivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del extremo pasivo solicita se revoque la providencia criticada y en su lugar, se decrete la nulidad invocada. Como sustento de la apelación, indica que el artículo 229 de la constitución política de Colombia, consagra como principio fundamental el acceso a la administración de justicia, razón por la que debe procurarse la presencia de las personas para ejercer sus derechos a la defensa de carácter material y técnico.

Indica, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del Código General del Proceso, la notificación personal debe hacerse respecto del demandado o su representante o apoderado judicial cuando el auto a notificar es el auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo, canon que según entiende fue el aplicado por el juzgado al momento de tomar la decisión del 25 de septiembre de 2019, razón por la que considera que no resulta aplicable al asunto lo reglado en el artículo 306 del mismo cuerpo normativo, luego de haberse ordenado la instrumentalización de un trámite distinto de notificación, la cual incluso no fue objeto de reproche alguno por parte de la demandante.

Adicionalmente, señala que ordenada la notificación personal, la misma no se realizó conforme a lo dispuesto en los artículos 291 y 292 del Estatuto Procesal, pues si bien, tanto la comunicación para notificación personal como el aviso se entregaron en el Conjunto Residencial Zaragoza donde el demandado reside temporalmente, no existe evidencia alguna que acredite que el señor Borrero Solano las recibió, pues probablemente para esos días en los que fue la empresa Sur envíos al hacer la entrega de la citación y de la notificación por aviso, éste no encontraba residiendo en dicho lugar.

De otro lado, sostiene que si bien el artículo 291 del Código General del Proceso establece que la comunicación para notificación personal puede entregarse a la persona encargada de la recepción cuando la dirección de notificación corresponda a una unidad inmobiliaria cerrada, no quiere decir ello, que dicha entrega aceptada

por la codificación en comento sustituya la notificación personal que debe hacerse a la persona demandada, máxime cuando no se encuentra acreditado en el informativo que el demandado ha recibido en término las comunicaciones dispuestas para su notificación personal y por aviso del presente asunto.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, para resolver los motivos de inconformidad planteados,

SE CONSIDERA

La suscrita Magistrada es competente para resolver el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 321 del Código General del Proceso. En consecuencia, corresponde verificar si tal como lo concluyó el *a quo*, en el presente caso se debe denegar la solicitud de nulidad planteada por Fidel Borrero Solano concerniente a la indebida notificación del auto de mandamiento de pago que se libró el 25 de septiembre de 2018.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, importa precisar que el capítulo II del Título IV de la Ley 1564 de 2012 contiene toda la descripción normativa relacionada con las nulidades procesales; es así como en el artículo 133 *ejusdem* se enlistan las causales que pueden ser solicitadas por las partes y que tienen por virtud invalidar todo el proceso o parte de él.

En estricto sentido, los eventos en que procede una nulidad procesal conforme al numeral 8º de la norma en cita es el siguiente:

“8) 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, que deban ser citadas como partes, o de aquéllas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código”

Este mismo artículo 133 en su párrafo prescribe que *"Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece"*.

Por su parte el artículo 134 del Código General del Proceso, precisa que las nulidades referidas pueden ser alegadas en cualquiera de las instancias, antes de dictarse sentencia o con posterioridad a ella si ocurrieron en la misma; que se resolverá previo traslado, decreto y práctica de pruebas; y el artículo 135 *ibídem* exige, que la parte que la promueva, además de estar legitimada para ello, tiene que expresar la causal invocada, los hechos que la sustentan, debe allegar las pruebas y solicitar las que requiera, como también, *"El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación"*¹. Entretanto, el artículo 136 del Estatuto Procesal Civil, refiere que la nulidad se considerará saneada cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.

En tal sentido, para dar solución al reparo esbozado por la parte demandada, esto es, el relativo al deber de declarar la nulidad con base en el numeral 8º del artículo 133 del Estatuto Procesal Civil; precisa el despacho que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del Código General del Proceso, debe notificarse personalmente al demandado o su representante o apoderado judicial, el auto admisorio de la demanda y/o el mandamiento ejecutivo; a los terceros y a los funcionarios públicos en su carácter de tales, la del auto que ordene citarlos y, aquellas decisiones que la ley así lo ordene para casos especiales.

Por su parte, el artículo 291 *ibídem*, prevé la forma en que debe practicarse la notificación personal, refiriendo puntualmente que la parte con interés remitirá una comunicación a quien deba ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, en la que se informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia a notificar, previniendo que debe comparecer al juzgado a recibir notificación dentro de los 5 días siguientes a la fecha

¹ Subrayado fuera de texto original.

de su entrega en el lugar de destino, o dentro de los 10 días cuando la comunicación es entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, o 30 días de ser en el exterior.

Establece adicionalmente que, la comunicación de se debe enviar a cualquiera de las direcciones informadas al juez de conocimiento como correspondientes a quien deba ser notificado. Cuando la dirección del destinatario se encuentre en una unidad inmobiliaria cerrada, la entrega se podrá realizar a quien atienda la recepción.

Por último, señala la norma en cita que cuando comparezca la persona a notificar al juzgado, se le pondrá en conocimiento la providencia y se extenderá el acta respectiva, y en caso de que no se presente a la sede del juzgado dentro de la oportunidad señalada, se procederá a practicar la notificación por aviso.

Entretanto, el artículo 292 ejúsdem, refiere que cuando no se pueda notificar personalmente una providencia que amerite este tipo de notificación, se hará por medio de aviso que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar del destino. En caso de que se trate del mandamiento de pago, el aviso debe ir acompañado con copia informal del mismo. El aviso debe ser elaborado por el interesado, quien lo remitirá a través de servicio postal autorizado a la misma dirección a la que fue enviada la comunicación para notificación personal.

De otro lado, el artículo 305 del Estatuto Procesal Civil señala que, podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez las mismas queden ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, y cuando contra ellas se haya concedido apelación en el efecto devolutivo.

El artículo 306 ibidem, por su parte señala que cuando la sentencia condene al pago de una suma dineraria, a la entrega de bienes muebles que no hayan sido secuestradas en el proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin formular demanda, debe solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez de conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a

continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Cuando la solicitud se formula dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, el mandamiento ejecutivo se notificará por estado, caso contrario, la notificación del mandamiento ejecutivo al ejecutado deberá realizarse personalmente.

Ahora, al analizarse por la Corte Suprema de Justicia en sede de revisión la causal de nulidad de indebida notificación del auto admisorio o del mandamiento de pago, teniéndose en cuenta para el efecto lo regulado en el Código de Procedimiento Civil, que sobre tal aspecto no se vio modificado con la entrada en vigor del Código General del Proceso, señaló:

"Como reclama la censora al tenor de lo preceptuado en el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, amerita invalidar la sentencia la circunstancia de «[e]star el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152 [140], siempre que no haya saneado la nulidad», de donde se infiere que la disposición apunta a proteger el derecho fundamental al debido proceso en su más prístina manifestación, como es la posibilidad de ser enterado de la actuación judicial iniciada en contra y, por esa senda, acceder al abanico de posibilidades de contradicción que brinda el ordenamiento jurídico, pues, de no darse aquella, queda cercenada de tajo cualquier posibilidad ulterior de ejercicio de esos privilegios.

Suficientemente decantado está que a partir del Decreto 2282 de 1989, la referencia al artículo 152 corresponde al 140 del Código de Procedimiento Civil, cuyo numeral 8 contempla la nulidad del proceso «[c]uando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda...», regla que precisa el alcance de la remisoria, en cuanto no sólo estipula los eventos de absoluta omisión del trámite para vincular a la contraparte, sino cuando éste se cumple irregularmente.

En todo caso, esto debe mirarse a la luz del principio de trascendencia que rige esta materia, pues, no a cualquier yerro puede conferírsele entidad suficiente para dar al traste con la actuación procesal, sino a aquellos que

afecten radicalmente el derecho fundamental de contradicción, tema a examinar puntualmente²".

En tal virtud, es claro que la causal de nulidad prevista en el artículo 8º del artículo 133 del Código General del Proceso, no solo contempla la falta absoluta del trámite de notificación, sino que también comprende cuando el acto de notificación no se practica en legal forma y con ello se afecte drásticamente el derecho de contradicción y defensa de la persona a llamar al juicio.

Analizado lo anterior, procede la Sala a verificar si en el presente caso el trámite de notificación del demandado adelantado se acompasa a lo señalado en las normas a las que se ha hecho mención.

En tal sentido, revisado el escrito presentado por el apoderado de Kelly Johana Plazas Mana se extrae que, lo que se pretende es que por mandato de los artículos 305 y 306 del Código General del Proceso se dé inicio al proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en el que se profirió la decisión que es objeto de cumplimiento. No obstante, al analizarse el informativo se advierte que el juzgado de primera instancia dio inicio a una actuación distinta de la de aquella en la que se dictó el proveído objeto de ejecución, así se afirma toda vez que, además de haber dado apertura a un nuevo expediente, a través de auto del 25 de septiembre de 2019, ordenó la notificación personal al ejecutado conforme lo reglado en el artículo 390 del Estatuto Procesal Civil.

En consecuencia, y al no haber sido objeto de impugnación el auto proferido el 25 de septiembre de 2019, entiende el despacho que la parte demandante estuvo conforme con el trámite que la juez de primera instancia le dio a su solicitud, razón por la cual sobre tal situación no se hará ningún tipo de pronunciamiento.

Por lo expuesto, considera el despacho que en el presente asunto no era posible notificar por estado al ejecutado del auto de mandamiento de pago conforme lo reglado en el artículo 306 del Código General del Proceso, pues por un lado el proceso en el que éste fue proferido es distinto de aquél en el que se dictó la decisión

² Sentencia SC788-2018.

objeto de cumplimiento, razón por la cual era imposible que el demandado pudiera acceder al proveído publicitado por dicho medio, y en segundo orden, al ser un trámite procesal nuevo, lo propio es que, el auto de mandamiento de pago se noticie personalmente conforme lo reglado en el artículo 390 de la codificación en comento.

En tal sentido, considera el despacho que no le asiste razón a la juez de primer grado cuando aduce que al haberse notificado por estado el auto de mandamiento ejecutivo, se torna en improcedente la causal de nulidad invocada por el extremo pasivo.

Ahora, al verificarse si el trámite de notificación personal y por aviso que se realizó en la presente causa, estuvo conforme a derecho, precisa el despacho que el demandante en su escrito de demanda señaló que Fidel Borrero Solano podía ser notificado en la calle 8 No. 38A-30 Casa No. 20, conjunto residencial Zaragoza de la ciudad de Neiva (H).

Al analizarse la citación para notificación personal obrante a folios 35 se evidencia que la misma fue dirigida a la dirección señalada en el escrito introductor y cumple con los requisitos de forma que señala el artículo 291 del Código General del Proceso.

También se puede colegir de los documentos obrantes a folios 34 al 35, que el envío se realizó a través de una empresa de mensajería quien certificó que visitada la oficina y/o residencia del señor Fidel Borrero Solano en la calle 8 No. 38A-30 Casa 20, Conjunto Residencial Zaragoza, se pudo constatar que la persona a notificar vive y/o labora en esa dirección y la citación fue recibida por Alberto Motta quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1075264409.

Igualmente, de los documentos obrantes a folios 38 al 40, se colige el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 292 del Estatuto Procesal Civil para la realización del acto de notificación por aviso, habida cuenta que el aviso se dirigió a través de empresa postal autorizada a la dirección dispuesta en el escrito de demanda, que es la misma a la que se remitió la citación para la notificación personal, y que éste fue recibido por Alberto Motta identificado con cédula de ciudadanía No. 1075264409.

Ahora, como el demandado esgrime como fundamento de facto para sustentar la nulidad peticionada que las comunicaciones dirigidas a la calle 8 No. 38A-30 Casa 20, Conjunto Residencial Zaragoza, cuyo objeto era dar la publicidad necesaria de la iniciación del proceso ejecutivo adelantado en su contra por parte de Kelly Johana Plazas Mana, fueron recibidas por un vigilante de la propiedad horizontal quien no le informó en término, debido a que para esa data se encontraba ausente pues en dicho lugar reside esporádicamente, debe indicarse que, no obstante lo anterior, en el expediente no obra ningún elemento probatorio que dé lugar a acreditar el supuesto de hecho en el que se funda la solicitud de nulidad procesal, carga que le asiste única y exclusivamente a la persona que pretende la invalidez de una actuación judicial, tal y como lo refieren los artículos 135 y 167 del Código General del Proceso.

En tal virtud, y al no encontrarse demostrada la irregularidad procesal que indilga el extremo pasivo como causa justificante para la declaratoria de nulidad, se confirmará el auto objeto de alzada, no sin antes condenar en costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$454.263.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva – Sala Civil Familia Laboral,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto proferido el 06 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quinto de Familia de Neiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR, en costas en esta instancia al demandado Fidel Borrero Solano en favor de la parte demandante. **FÍJENSE** como agencias en derecho la suma de \$454.263.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente decisión devuélvanse las diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada

Firmado Por:

GILMA LETICIA PARADA PULIDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA

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:
ec6a3c6c69c942575af51538f96be6030219f1d71d80066ecf40d6ec89549003
Documento generado en 29/06/2021 11:30:06 AM

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