

PROCESO DECLARATIVO REVINDICATORIO
RADICACIÓN: 19001-31-03-003-2018-00120-01
MARINA CERON DE BENITEZ -VS- DIEGO FELIPE CHÁVES MARTÍNEZ.
APELACIÓN AUTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, veintiocho (28) de abril del año dos mil veinte (2020).

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto proferido el 15 de enero de 2020, por el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del proceso reivindicatorio¹, adelantado por MARINA CERON DE BENITEZ en contra de DIEGO FELIPE CHÁVES MARTÍNEZ, siendo vinculada la ASOCIACIÓN PROVIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DEL CAUCA "PROVITEC" en calidad de litis consorcio en la parte activa².

EL AUTO APELADO

En el mencionado proceso el juez de primera instancia en providencia del 15 de enero de 2020 dispuso declarar "*improcedente*" la nulidad alegada por el demandado, al no encontrar cumplidos los presupuestos establecidos en el artículo 135 del Código General del Proceso.

Argumentó en esencia, que el demandado actuó en el proceso sin alegar la configuración de la nulidad,

¹ Demanda admitida por auto del 08 de agosto de 2018. Surtida notificación por aviso se fija por auto del 23 de noviembre de 2018 fecha y hora para realización de la audiencia inicial a celebrarse el 30 de abril de 2019, la cual es aplazada para el 18 de junio, posteriormente para el 04 de septiembre, el 03 de octubre, el 14 de noviembre, última fecha en la que tampoco se realiza sin que hasta el momento se fije nuevamente fecha para su realización.
² Auto del 18 de junio de 2019. Por auto del 22 de julio de 2019 se resolvió recurso de reposición resolviendo no reponer para revocar auto del 18 de junio.

aclaró que en forma anterior a esa solicitud presentó memorial requiriendo el aplazamiento de la audiencia inicial programada para el 30 de enero de 2019, y, posteriormente, interpuso recurso de reposición en contra del auto del 18 de junio de 2019, por medio del cual se ordenó tener a la asociación provivienda para los trabajadores de la educación como litisconsorte en la parte activa; concluyendo que en consecuencia, la nulidad se encontraba saneada.

LA APELACIÓN

Frente a esa providencia se interpuso recurso de apelación³, enrostrando al A quo no practicar ninguna de las pruebas solicitadas para fallar la nulidad propuesta, lo que además es vulneratorio del debido proceso, máxime cuando tampoco se valoraron las documentales aportadas, siendo en todo caso falsos los documentos arrimados por la demandante y con los que dijo refrendar que por medio de mensajería certificada dirigió citación y notificación al demandado, aclarando que contrario a lo dicho por esas certificaciones, "nunca" se rehusó a recibirlas, siendo "inexplicable" que el demandado teniendo calidad de abogado y poseedor del bien que se pide reivindicar pueda sustraerse a recepcionar la notificación de un proceso en su contra.

Agrega que los presupuestos que prescribe el art 135 del C.G.P. se encuentran cumplidos: El demandado no fue quien propició el hecho que originó la nulidad; **"únicamente tuvo conocimiento del proceso con posterioridad al vencimiento del término de traslado para contestar la demanda"**, por lo cual no le fue posible ejercer su derecho de defensa. Tampoco puede considerarse que omitió proponerla como excepción previa al no ser la nulidad aquí alegada causal que pueda excepcionarse al amparo de ese precepto normativo.

Por último, subraya que no es de recibo el argumento presentado por el litis consorcio relativo a que se notificó por conducta concluyente cuando esta forma de

³ Con fecha de recibido el 20 de enero de 2020. Folio 224.

enteramiento no sucedió al interior del proceso; suplicando revocar el auto recurrido.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Conforme lo dispuesto en los artículos 321, numeral 5°, y 328 del C.G.P., somos competentes para resolver el recurso de apelación formulado; se precisa además que, acorde con lo señalado por el artículo 35 ibídem, la Sala de Decisión debe resolver la apelación de las sentencias y la formulada contra autos que rechacen o resuelvan el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella y *"el Magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la Sala de Decisión"*; en razón de lo anterior, la que aquí se adopte le corresponde tomarla sólo al magistrado sustanciador.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

Según lo reseñado en precedencia, teniendo como límite lo indicado en el auto apelado y los motivos expuestos para impugnarlo, se revisará el asunto para efectos de establecer si la decisión de primera instancia, que *"declaró improcedente"* la nulidad interpuesta por la parte demandada, debe confirmarse.

Al anterior cuestionamiento se responde en forma positiva, razón por la cual el auto apelado será confirmado, conclusión a la que se llega con apoyo en las siguientes razones:

PRINCIPIOS QUE REGULAN LAS NULIDADES PROCESALES: ESPECIFICIDAD, PROTECCIÓN Y SANEAMIENTO.

El Código General del Proceso en su artículo 133 establece las causales que invalidan en todo o en parte el proceso, de esta manera se protegen derechos

contenidos en el artículo 29 constitucional, como el debido proceso y defensa⁴.

Las citadas causales, están reguladas por los principios de "especificidad, protección y saneamiento. El primero consiste en la consagración positiva del sistema taxativo, según el cual, no hay vicio suficiente para constituir una nulidad sin norma previa que la señale; el segundo estriba en la necesidad de establecer la nulidad para proteger al litigante cuyo derecho le fue conculcado o vulnerado por causa del vicio, y, por último, el saneamiento consiste en el medio jurídico que hace desaparecer la nulidad por obra del consentimiento expreso o tácito de la parte afectada, a quien el vicio ha debido inferir agravio (...) ⁵".

Con fundamento en ello, se exige a la parte afectada (legitimada⁶), alegar la nulidad de manera inmediata a su configuración, so pena de sanearla. También es claro que puede existir una afectación grave a la actuación, pero si el vicio no se menciona expresamente en una disposición legal, no habrá lugar a declararlo, lo anterior explica la consagración que el artículo 135 realiza de la siguiente manera:

"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".

NULIDADES SANEABLES E INSANEABLES

⁴ Sobre el punto, ha manifestado el precedente constitucional: "Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador -y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia -sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso" (Sentencia T 125 - 10)

⁵ Las nulidades en el Código General del Proceso. Canosa Torrado, Fernando. Ediciones Doctrina y Ley, 2017, pag.20.

⁶ "La legitimación para invocar las causales de nulidad se encuentra en quien haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos como consecuencia del acto que se juzga irregular". (Sentencia T 125 - 10)

Paralelo a las anteriores consideraciones, es necesario advertir que algunas de las causales consagradas en el artículo 133 tienen la característica de ser insaneables y son las determinadas en los numerales 1 y 2 de dicho canon; entendiéndose que la actuación del juez en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción y competencia (numeral 1), debe leerse a la luz de lo consagrado en el artículo 16 *ibídem*⁷ (determina configuración de nulidad respecto a la sentencia proferida por quien carezca de competencia o jurisdicción únicamente por los factores subjetivo o funcional).

La forma en que se determina si la nulidad es saneable o no, puede definirse en términos simples, en la constatación que haga el o la funcionaria judicial, respecto a si las partes pueden o no convalidarlas expresa o tácitamente, según las previsiones legales.

Adicionalmente, en lo que atañe a la causal del numeral 2°, el párrafo del artículo 136 expresa:

"Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables".

En orden a lo anterior, se concluye que las causales de nulidad especificadas en los numerales 4, 5, 6, 7 y 8, **tienen la virtualidad de ser saneables** por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 136, que a la letra reza:

"Artículo 136: La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

- 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.**
- 2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.*

⁷ Porrorogabilidad e improrogabilidad de la competencia.

3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.
4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa (...)”
(Negrillas y Subrayas fuera de texto)

Al respecto, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia determina:

“(...) Teniendo en mira que la lesión o perjuicio apunta en ocasiones más al interés particular de litigante y con el inocultable propósito de aligerar los procedimientos, la ley, con evidente sentido práctico, ha permitido y regulado el instituto de saneamiento de las nulidades advirtiéndole que, producida la convalidación del acto procesal, se carecerá luego de legitimación para combatirlo. Todo sin perjuicio, claro está, de las nulidades absolutas, esto es, las que repulsan saneamiento alguno.

*La convalidación puede ser expresa o tácita, advirtiéndose sí que solamente puede convalidar quien pudiendo invalidar no lo hace. Aquella no está sujeta a formalidad alguna y basta con que la parte afectada manifieste su intención de no alegarla en su favor. La tácita, por contraste, fue objeto de estricta reglamentación por el legislador, y consulta particularmente la actitud o comportamiento que la parte interesada adopte frente a la misma, para lo que importa sobremanera conocer la oportunidad que se tiene para alegarla; a este respecto, y sin perjuicio de un estudio más a espacio, **se puede decir que existe una regla de oro, consistente en que la convalidación tácita adviene cuando no se aduce la nulidad una vez que se tiene ocasión para ello.***

Es apenas obvio que sólo la parte afectada puede saber y conocer el perjuicio recibido, y de una u otra manera lo revelará con su actitud; mas hácese patente que si su interés está dado en aducir la nulidad, es de suponer que lo hará tan pronto como la conozca, como que hacerlo después significa que, a la sazón, el acto procesal, si bien viciado, no le representó agravio alguno; amén de que

reservarse esa arma para esgrimirla sólo en caso de necesidad y según lo aconseje el vaivén de las circunstancias, es abiertamente desleal.

De suerte que subestimar la primera ocasión que se ofrece para discutir la nulidad, conlleva el sello de la refrendación o convalidación. Y viene bien puntualizar que igual se desdeña esa oportunidad cuando se actúa en el proceso sin alegarla, que cuando a sabiendas del proceso se abstiene la parte de concurrir al mismo. De no ser así, se llegaría a la iniquidad traducida en que mientras a la parte que afronta el proceso se le niega luego la posibilidad de aducir tardíamente la nulidad, se le reserve en cambio a quien rebeldemente se ubica al margen de él pero que corre paralelo a su marcha para asestarle el golpe de gracia cuando mejor le convenga. Sería, en trasunto, estimular la contumacia y castigar la entereza.”⁸ (Negrillas fuera del texto).

EL CASO CONCRETO:

De acuerdo con lo que registra el infolio, se tiene probado, para lo que aquí interesa resolver, lo siguiente:

-Una vez admitida la demanda (auto del 08 de agosto de 2018), el apoderado judicial de la señora Cerón de Benítez (demandante) allegó al proceso certificaciones de la empresa de mensajería “*inter - rapidísimo*” en los que se expresa, la citación para notificación personal y notificación por aviso al demandado fue dejada “*bajo puerta*” en razón a que se “*rehusaron*” a recibirlas (Folios 86 y siguientes).

-El 23 de noviembre de 2018, el A Quo considerando que se encontraba “*vencido el término para contestar la demanda*” citó a las partes a la realización de la audiencia inicial para el día 30 de abril de 2019 (Folio 93).

⁸Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, once (11) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991). MP Rafael Romero Sierra. Sentencia citada en el libro: “Las nulidades en el Código General del Proceso”. Canosa Torrado, Fernando. Ediciones Doctrina y Ley, 2017, pag.20 y siguientes.

-El día anterior a la realización de esa audiencia (29 de abril de 2019) el demandado por conducto de apoderado judicial presentó solicitud de aplazamiento esgrimiendo que en esa fecha debía comparecer en calidad de parte a la realización de una audiencia "de instrucción y juzgamiento" en otro proceso judicial.

-Esa solicitud fue resuelta de manera favorable por auto de 30 de abril reprogramando la realización de la diligencia para el 18 de junio de 2019.

-El 24 de mayo de 2019 el Representante Legal de la Asociación Provivienda para los Trabajadores de la Educación del Cauca - Provitec presenta solicitud a fin que se lo integre como litis consorte en la parte activa argumentando que por escritura pública realizó contrato de compraventa sobre el bien que se pide reivindicar.

-El 18 de junio el A Quo acepta la intervención de Provitec en calidad de litisconsorcio y suspende la audiencia programada para esa fecha.

-El 25 de junio el demandado presenta recurso de reposición frente a la anterior providencia resuelto de manera negativa por auto del 22 de julio de 2019.

-Por auto del 31 de julio se programa la realización de la audiencia inicial para el 04 de septiembre la que es nuevamente aplazada - por solicitud presentada de la parte demandante - para el 03 de octubre (aplazada por una jornada de protesta programada por Asonal) fecha también reprogramada para el 14 de noviembre, última en que no se realiza la diligencia en virtud a la solicitud de nulidad que ahora ocupa nuestro estudio.

En el contexto anterior es pertinente aclarar de forma primigenia que este despacho observa una clara falta de dirección en el proceso y de adopción de medidas tempranas que impidan su dilación injustificada, más aún porque a voces de lo dispuesto en el artículo 372 del Código General del Proceso la audiencia inicial no podía - como aquí sucedió - aplazarse en múltiples

ocasiones, realizando el A Quo un análisis equivocado sobre la procedencia de las razones en que las partes invocaron sus justificaciones y obviando resolver en la misma audiencia solicitudes (v.g. de nulidad) que de ser objeto de apelación no impiden la continuación de la misma y deben zanjarse por el Superior antes de emitirse Sentencia en la audiencia de instrucción y juzgamiento la que aquí tampoco ha tenido ocurrencia; sin que sea de recibo expresar como lo hizo el A Quo, que solo *"una vez resuelto el incidente de nulidad"* procederá a *"reprogramar"* la realización de la audiencia inicial (Auto del 18 de noviembre de 2019), todo lo cual desconoce además el principio de concentración y el acceso pronto y efectivo a la administración de justicia que le asiste a las partes, razones por las que se harán las advertencias contenidas en la parte resolutive de éste pronunciamiento.

Ahora bien, de cara a la nulidad alegada por el demandado, le asiste razón al A Quo en declarar su improcedencia (entiéndase **rechazo de plano** a voces de lo dispuesto en el artículo 135 del C.G.P.), pues sin mayor esfuerzo puede verificarse que el expediente refleja la **continua intervención del señor Diego Felipe Chávez Martínez** (pidiendo aplazamiento de la audiencia o recurriendo decisiones adoptadas por el Juzgado), **actitud con la cual convalidó, saneó el vicio que ahora pide declarar.**

Nótese que el demandado dejó transcurrir, en una actitud abiertamente desleal, más de seis meses para alegar la nulidad, haciéndolo justo un día antes a que tuviera ocurrencia la audiencia inicial, la que finalmente tal como se reseñó atrás, no se realizó. Así las cosas, si el demandado por conducto de su mandatario judicial optó en su primera intervención de parte por realizar una actuación **diferente** a invocar la nulidad, significa claramente que lo ahora alegado no le generó perjuicio alguno, sin que se repite, pueda reservarse la oportunidad de discutirlo a su conveniencia pues esa no es una actuación que deba avalar el despacho.

Finalmente no se encuentra desacertado que el A Quo no decretara la práctica de las pruebas pedidas por quien alegó la nulidad, resultando lógico que si esta debe rechazarse de plano al encontrarse saneada, no debe ni resulta ineludible recepcionar testimonios o practicar otras pruebas tendientes a demostrar su configuración, sin pasar alto que la pertinencia y utilidad en su práctica está sometida a la evaluación de necesidad que haga el Juez de la causa, tal como en ese sentido lo consagra el artículo 134 *ibídem*.

Por lo expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA,**

RESUELVE⁹:

PRIMERO: Confirmar el auto proferido el 15 de enero de 2020, por el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN y por medio del cual se declaró improcedente la nulidad alegada por el demandado.

SEGUNDO: Advertir al Juez Tercero Civil del Circuito que debe en adelante, adoptar como juez director del proceso, las medidas de dirección tempranas que sean necesarias para evitar la dilación injustificada del proceso y realizar las audiencias que correspondan al trámite sometido a su conocimiento.

TERCERO: Condenar a la parte demandada, aquí apelante, al pago de las costas generadas en esta instancia. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un (1) S.M.L.M.V.

El Magistrado Sustanciador,



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

⁹ Por medio del Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, el Consejo Superior de la Judicatura exceptuó de la suspensión de términos judiciales decretada en razón a la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, entre otros, "los autos que resuelven el recurso de apelación de los proferidos en primera instancia", ordenando adelantar por medios virtuales su resolución.