



Tribunal Superior del Distrito Judicial

Florencia - Caquetá

SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL
Sala Primera de Decisión

Magistrada Ponente
MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Junio treinta (30) de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD
RADICACIÓN:	18001-31-10-002-2022-00193-01
DEMANDANTE:	JUAN CARLOS CUÉLLAR ZAMBRANO Y OTROS
DEMANDADO:	JORGE DANIEL CUÉLLAR LOAIZA
ASUNTO:	RECURSO DE APELACIÓN

I. ASUNTO

Se procede a decidir el recurso de apelación, interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, contra el auto de fecha veintiocho (28) de julio de 2022, proferido por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Florencia, Caquetá, por medio del cual se negó la solicitud de exhumación del cuerpo de MESIAS CUELLAR ARTUNDUAGA Q.E.P.D., con la finalidad de adelantar prueba genética

II. ANTECEDENTES

1.- Dentro del trámite de la referencia, mediante interlocutorio de fecha 25 de mayo de 2022, el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Florencia, admitió la demanda y entre otras dispuso oficiosamente decretar la práctica de la prueba de genética, la cual se realizaría con el grupo familiar del señor MESIAS CUELLAR ARTUNDUAGA (Q.E.P.D.), diligencia que se citó para el 3 de agosto de 2022, mediante providencia del 18 de julio de 2022.

2.- Posteriormente, la demandada mediante memorial del 26 de julio de 2022¹, solicitó ante el Juzgado de conocimiento, la exhumación del cadáver de MESIAS CUELLAR ARTUNDUAGA Q.E.P.D., con la finalidad de que se realizara la extracción de pruebas de ADN y así analizar genéticamente

¹ Fecha tomada del índice de expediente electrónico, archivo "00" expediente digital.

dicho componente entre el padre y el menor demandado JORGE DANIEL CUELLAR LOAIZA; todo esto, en contraposición a la decretada en la admisión de la demanda con el grupo familiar, manifestando que esas evidencias se toman ante la ausencia de cadáver, pero que en este caso el cuerpo está enterrado y no ha sido cremado.

3.- La jueza de primer grado, mediante Auto fechado el veintiocho (28) de julio de 2022, decidió negar la exhumación del cuerpo con la finalidad de realizar dicho examen genético, al considerar que:

"1. Que la prueba de ADN se decretó en el auto admisorio del 23 de mayo de 2022, tal como lo establece en el numeral 2, artículo 386 del Código General del Proceso y se ordenó con el grupo familiar porque así lo solicito la parte demandante en el acápite de pruebas y el auto del 18 de julio de 2022, solo se fijó fecha para la toma de la muestra, esta ritualidad es propia de medicina legal y la decisión tomada en el auto admisorio, fue notificada tal como lo establece la regla actual, además para eso se le enviaron los oficios correspondientes a las partes informándole la fecha de la toma de la muestra, esta decisión no es apelable, por no haberse decretado ninguna prueba.

2. De otro lado, la exhumación de cadáver tiene un costo y en este caso la demandada no tiene amparo de pobreza, tampoco cuando la apoderada contesta la demanda no manifiesta si correría con los costos de la misma."

4.- Contra esta decisión, la apoderada judicial del demandado, a través de escrito del 4 de agosto de 2022², presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la providencia, expresando que: **i)** la decisión proferida por la juez se basa en un error de derecho, pues omitió la necesidad del medio probatorio solicitado para llevar al juzgador a un conocimiento claro de una situación fáctica particular y así poder resolver el problema jurídico planteado relacionado con la filiación; **ii)** la prueba solicitada mantiene una mayor conducencia e idoneidad que la decretada, más cuando no existe evidencia científica de que los demandantes sean hijos de MESIAS CUELLAR ARTUNDUAGA Q.E.P.D., aunado a que los mismos no son hijos de una misma madre, por lo que el test con el padre se muestra necesario; **iii)** una vez se venció el término del traslado de la demanda, se debió decidir mediante auto la solicitud probatoria de la demandada, al traste, se expidió auto decretando la fecha de la prueba de ADN, con auto de cúmplase cuando debió ser de notifíquese, desconociendo lo pedido por la pasiva y, **iv)** la juzgadora incurrió en una vía de hecho, pues sus argumentos no se encuentran acordes a una *valoración razonada jurídicamente*, debió decretar la prueba sin importar que la solicitante tenga o no amparo de pobreza, siendo negligencia del juzgado que el mismo no se haya decretado, en suma no se debe olvidar la prevalencia de los derechos del menor sobre los demás intervinientes en esta clase de procesos, por lo que solicitó revocar y decretar la

² Fecha tomada del índice de expediente electrónico, archivo "29" expediente digital.

exhumación para realizar el examen biológico de ADN entre el padre y el menor demandado por ser procedente, conducente y pertinente.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para decidir el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en los artículos 33-1º y 35 del C.G.P., al ser superior jerárquico del Despacho que emitió la providencia confutada.

Los requisitos de viabilidad del recurso de apelación deben ser concurrentes y necesarios, en lo referente a la legitimación, oportunidad, procedencia y cargas procesales, la inobservancia de alguno de aquellos implicaría la inadmisibilidad del recurso; En este caso, tenemos que se encuentran cumplidos estos requisitos en su totalidad, toda vez, que la decisión apelada afecta los intereses de la parte demandada, en cuanto se ha negado la práctica de una prueba de gran importancia, el recurso se presentó dentro el término legal para ello, según constancia secretarial de fecha 8 de agosto de 2022, es procedente porque se niega la pericia técnica, en la forma que la requiere la demandada, quien es el recurrente y finalmente cumplió la carga de sustentación ante la instancia de acuerdo con el artículo 322-3º.

2. Problema Jurídico

Corresponde a este Despacho determinar si la decisión objeto de recurso de apelación, se ajusta a los parámetros legales, al haberse negado la solicitud de exhumación del cuerpo del causante con la finalidad de realizar prueba biológica de ADN entre el presunto padre y el menor demandado.

3. Caso en concreto

La figura jurídica de la filiación se constituye en piedra angular de concepto de familia, no sólo por ser la institución que permite establecer el vínculo que existe entre un hijo, una hija, su padre o su madre, ya sea por razones biológicas, adoptivas o científicas, sino también porque determina los derechos, obligaciones y deberes que surgen para cada uno de los extremos de ese ligamen, lo cual se refleja tanto en el estado civil de las personas, como en las relaciones de cada ser humano con la familia, la sociedad y el Estado mismo.

El artículo 1º de la Ley 721 de 2001, modificadorio del 7º de la Ley 75 de 1968 estableció que:

"Artículo 7°. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

Parágrafo 1°. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

Parágrafo 2°. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo. (...)"

Por su parte el artículo 386 del Código General del Proceso, señala la reglamentación que debe adelantarse en los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad y asigna la carga a los falladores para que de oficio se decrete el examen biológico de ADN, esto en concordancia con lo establecido en la Ley 721 de 2001, lo anterior dada la importancia y eficacia de este medio probatorio para determinar la paternidad biológica en el procedimiento de filiación.

Sobre la importancia de dicha probanza la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*"(...) Viene de lo dicho que en la actualidad los exámenes de ADN, elaborados conforme a los mandatos legales, **son elementos necesarios -y las más de las veces suficientes- para emitir una decisión en los juicios de filiación**, pues dan luces sobre el nexo biológico y obligado que existe entre ascendiente y descendiente, con un altísimo grado de probabilidad que, per se, es capaz de llevar al convencimiento que se requiere para fallar (...)"*. Negrita fuera de texto original.

Dicha experticia debe ser practicada en laboratorio legalmente autorizado y certificado por autoridad competente, y cumplir con los demás requerimientos exigidos en la Ley 721 de 2001; entre otros los "b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad; c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen; d) Frecuencias poblacionales utilizadas; e) Descripción del control de calidad del laboratorio"; dichos resultados serán sometidos a contradicción corriéndose "traslado a las partes por tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación u objeción" el incluso a voces del artículo 386, numeral 2 del CGP, solicitar un nuevo dictamen bajo un sustento serio de hecho y de derecho sobre los errores que se pudieron haber efectuado en la pericia.

Ahora bien, luego de haberse establecido la obligatoriedad del examen con marcadores genéticos, pues como se mencionó, aunque no se solicite con la demanda, el juez de oficio la decretará la práctica de la prueba científica con miras a obtener el esclarecimiento de la traba en el litigio, situación que implicaría incluso decretar la exhumación como lo ha solicitado la parte demandada.

Por consiguiente, en los procesos de filiación o impugnación de la paternidad, es obligatorio decretar la prueba científica de ADN, la cual puede realizarse tanto con la exhumación con los restos óseos del presunto padre biológico, como también la reconstrucción del perfil genético, que es otra forma factible de determinar la paternidad a través del estudio con los familiares del presunto padre biológico, en los cuales se puede conformar con 1) los presuntos abuelo y abuela paternos, supuesto hijo (a) y madre biológica, 2) Hijos biológicos del presunto padre fallecido o desaparecido o la madre biológica de esos hijos, madre biológica y supuesto hijo y 3) con los hermanos del presunto padre fallecido o desaparecido, uno de los presuntos abuelos paternos, la madre y el supuesto hijo (a), entonces siempre y cuando estén bien conformados esos grupos no hay inconveniente, porque lo importante y lo que señala la norma para este tipo de procesos, es que debe haber precisión en el resultado.

De ese modo, la prueba de ADN con el grupo familiar resulta viable, siempre y cuando se conforme bien el mismo y si resulta imposible, de igual manera se puede acudir a la exhumación, ya que esta no es el único recurso que se puede emplear.

Así las cosas, el escenario judicial establecido para presentar reparos frente a los errores de procedimiento o de mérito del dictamen, *mediante solicitud debidamente motivada*, es en el traslado del informe de dicho concepto, por lo que es anticipado el reclamo de la recurrente, en cuanto manifiesta que se pueden presentar errores en la prueba, por cuanto los *demandantes todos no son hijos de la misma madre*, lo anterior, con la finalidad de interponerse preventivamente a lo decretado oficiosamente con la admisión de la demanda.

Es de aclarar que la normatividad traída a colación, no establece la obligación a los jueces de decretar la prueba de ADN con la exhumación del cuerpo del causante para obtener la muestra de los que se requiere para el examen biológico, aun disponiéndose del cadáver y este encontrarse en perfectas condiciones, por no haber transcurrido un largo tiempo desde que se produjo su sepelio o por no haberse cremado los restos del finado, dichos aspectos no son obligantes para el fallador quien en su sano juicio puede disponer de otro diferente a la exhumación, que no es el único, con la finalidad de darle celeridad al proceso y propender por el acceso efectivo a la administración de justicia.

En suma, se muestra desatinado que se oponga la parte demandada a que la prueba científica se realice sobre la toma de la muestra de los familiares del occiso y presentar reparos fundados sobre el dictamen en la etapa de traslado de este, pues se reitera, la exhumación no es el único medio para lograr conseguir la muestra requerida.

En lo atinente al procedimiento decretado para la toma de la muestra para la prueba con marcadores genéticos respecto de los familiares del occiso, el libro de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla³ ha precisado:

"(...) Aunque no contemos con el genotipo del presunto padre fallecido, es posible deducirlo a partir de sus familiares disponibles. Una situación común en las demandas de paternidad con reclamación de herencia es aquella en la que existe un hijo extramatrimonial y varios hijos del matrimonio (...)

(...) En otros escenarios es posible que no contemos con mayor información de familiares para calcular la probabilidad de paternidad o que algunos de ellos no aporten ninguna información útil al caso. El juez debe conocer estas limitaciones y proceder en estos casos a la segunda alternativa de estudio: la exhumación del cuerpo.

Es importante anotar que en el estudio de los familiares existen intereses sobre la tenencia de los bienes del causante y el juez debe asegurar al perito no solo la autenticidad de las muestras que va a procesar si no también el parentesco de las personas que se incluyen en la prueba (...)

(...) En los procesos de paternidad biológica, los laboratorios hemos aprendido a garantizar la autenticidad de las muestras analizadas. (...). La situación ha sido resuelta empleando estrategias básicas de identificación: Exigir la comparecencia simultánea de todas las personas relacionadas con el caso, dejar constancia escrita de su presencia en la toma de muestras, incluso a través de su consentimiento para la toma de la muestra sanguínea, registrar sus huellas digitales y tomar una fotografía a los asistentes (...)"

Del anterior análisis, encuentra este despacho que no le asiste razón a la recurrente en sus argumentos, en cuanto se omitió el decreto de la exhumación, como si se tratase del único procedimiento para recolectar la muestra o que la misma ley impusiera la obligación del juez en decretar dicho medio.

Por último, le asiste razón al apelante, en cuanto al argumento expuesto por la Jueza a quo, en cuanto al hecho de que la demandada no tenga amparo de pobreza, pues es el juzgado quien no ha resuelto dicha solicitud, que aparece en el archivo 30 del expediente digital, allegado el 1 de agosto de 2022, según como consta en el índice de expediente electrónico; Ahora, el no haber hecho la manifestación de cubrir con los gastos del procedimiento, tampoco es un argumento válido para no realizar la prueba en la forma solicitada por el recurrente, pues dicha exigencia no la establece la ley.

En conclusión, se mantendrá la decisión cuestionada, pero por los motivos expuestos en esta providencia, toda vez, que se muestra en estos momentos, innecesaria la exhumación del cuerpo del señor MESIAS CUELLAR ARTUNDUAGA Q.E.P.D., con la finalidad de obtener la muestra para el examen biológico, sin perjuicio que en el curso del proceso se haga

³ Consejo Superior de la Judicatura, La prueba genética en el sistema judicial colombiano, 2009, paginas 27, 76, 77 y 102.

PROCESO: IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD
RADICACIÓN: 18001-31-10-002-2022-00193-01
DEMANDANTE: JUAN CARLOS CUÉLLAR ZAMBRANO Y OTROS
DEMANDADO: JORGE DANIEL CUÉLLAR LOAIZA

necesaria decretar la prueba de ADN, con la exhumación del cadáver del presunto padre fallecido.

En mérito de lo expuesto, la magistrada de la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia-Caquetá,

IV.RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, calendado al 25 de mayo de 2022, por las razones expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en segunda instancia, al no aparecer causadas.

TERCERO: Devuélvase por Secretaría las diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada



Tribunal Superior del Distrito Judicial
Florencia – Caquetá

SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

**Magistrada Sustanciadora:
MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA**

Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	INCIDENTE DE NULIDAD
RADICADO:	18001-31-10-002-2018-00437-03
INCIDENTALISTA:	ROBINSON PÉREZ JOVEN
INCIDENTADO:	DIANA MARITZA GÓMEZ HERRERA

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a este Despacho, resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandado, señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, contra la decisión del veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo de Familia, del Circuito de Florencia, Caquetá, que resolvió negar la nulidad propuesta en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El día dos (02) de mayo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Segundo de Familia, del Circuito de Florencia en sentencia No. 172 dentro del proceso de sanción radicado 180013110002-2018-00437-00, resolvió declarar **(i)** que el señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, era responsable de la SANCIÓN del ARTÍCULO 1824 del Código Civil, por ocultamiento de bienes; **(ii)** declaró la perdida de la porción de gananciales del señor ROBINSON PEREZ JOVEN; **(iii)** declaró la restitución a favor de la señora DIANA MARITZA GOMEZ. Decisión objeto de recurso por las partes. Se dejó constancia de la presencia de las partes y sus apoderados a la diligencia.

2. El Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Tercera de Decisión, por medio de sentencia de fecha 30 de octubre de 2019, actuando en sede de segunda instancia, resolvió modificar el numeral tercero de la sentencia dictada el 02 de mayo de 2019, por el Juzgado Segundo de Familia, declarando la restitución a favor de la señora DIANA MARITZA GÓMEZ HERRERA, y a cargo del señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, de la suma de \$150.286.013.

Aunado a lo anterior, se declaró desierto el recurso de apelación propuesto por la parte demandada, toda vez que, no fue sustentado en audiencia.

3. El señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, el día 08 de noviembre de 2019, actuando en nombre propio radicó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, solicitud de nulidad de lo actuado a partir del 12 de abril de 2019, por configurarse la causal número 4° del artículo 133 C.G.P, ya que según señala, su apoderado judicial carecía íntegramente de poder como consecuencia de la sanción disciplinaria que se le impusiera desde el 12 de abril de 2019.

Mediante proveído del de noviembre de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, resolvió no dar trámite a la solicitud elevada por el señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, por ausencia del derecho de postulación.

4. Mediante escrito de fecha 11 de diciembre de 2019, la parte demandada, a través de apoderado judicial, presenta incidente de nulidad con fundamento en la causal del numeral 4 artículo 133, "*Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder*", con fundamento en lo siguiente:

"El señor ROBINSON PEREZ JOVEN, en calidad de demandado en el proceso de SANCIÓN art. 1824 del C.C, otorgó poder especial, amplio y suficiente al abogado NESTOR FERNANDO VELEZ BOTERO, quien en uso de sus facultades, ejerció su respectiva defensa hasta la audiencia de fallo de primera instancia inclusive, en la cual interpuso y sustento de manera sucinta recurso de apelación; que, para la fecha del otorgamiento del poder el abogado VELEZ BOTERO, tenía vigente su Tarjeta Profesional de abogado; que, el día 02 de mayo de 2019, se llevó audiencia pública de pruebas, alegatos de conclusión y se profirió sentencia, en representación del demandado intervino el señor abogado VELEZ BOTERO al punto de interponer recurso de apelación, no obstante lo anterior, el referido profesional del derecho se encontraba sancionado disciplinariamente, sanción que consistió en SUSPENSIÓN DE LA PROFESIÓN por un año contado a partir del 12 DE ABRIL DE 2019 hasta el 11 de abril de 2020"

"(...) la circunstancia de la suspensión en el ejercicio de la profesión del abogado NÉSTOR FERNANDO VÉLEZ solo fue conocida por él y por el señor ROBINSON PÉREZ mucho tiempo después de la fecha de la sanción, mas, si se tiene en cuenta, que el 02 de mayo de 2019 al instalarse audiencia pública, en el momento de hacerse control de legalidad, tampoco fue percibida tal circunstancia ni por las partes ni por la jueza directora del proceso. Por modo que si se hubiese evidenciado tal circunstancia, en orden a lo reglado en el artículo 159 numeral 2

del C.G.P, la señora jueza hubiese interrumpido inmediatamente la actuación con las consecuencias que eso genera, es decir, no realizar ninguna actuación posterior.”

“(…) En conclusión toda actuación realizada por el entonces apoderado del señor ROBINSON PÉREZ en el asunto de la referencia a partir del 12 de abril de 2019 hasta la fecha está viciada de nulidad y por tanto se ha generado vulneración al derecho fundamental al debido proceso del citado señor Pérez Joven”

5. En decisión del **25 de agosto de 2020**, el Juzgado Segundo de Familia, de esta ciudad, resolvió negar la solicitud de nulidad elevada por la parte demandada y condenar en costas al incidentalista, consideró que:

“A su turno el inciso 2º del artículo 135 señala “No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina...,”

“(…) señalado lo anterior, el despacho considera de manera tajante que los argumentos sobre los cuales se funda la solicitud de nulidad no son más que una estrategia de la parte demandada que raya con lo insólito, al tratar de endilgarle al Juzgado un error que ellos mismos indujeron, haciéndose evidente por lo siguiente.

Como es que el abogado NESTOR FERNANDO VÉLEZ BOTERO estando sancionado mediante sentencia del 24 de octubre de 2018, con suspensión en el ejercicio de la profesión desde el 12 de abril de 2019, asiste a la diligencia de audiencia de conciliación y trámite de la misma, apela el fallo y luego como lo informa a su cliente en el escrito de nulidad presentado el 08 de noviembre de 2019, ante el Tribunal Superior de Florencia, luego de no asistir a la diligencia en donde debía sustentar el recurso, que no pudo representarlo en la audiencia, porque hace poco se enteró de la sanción; tratando de generar un error en beneficio de su cliente, porque las sanciones disciplinarias contra profesionales del derecho son notificadas oportunamente y luego subidas a la página de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de donde fue bajada la certificación de antecedentes disciplinarios para ser agregado a la solicitud de nulidad”.

“Además, la decisión del 30 de octubre de 2019, que modifíco el fallo de primera instancia y en donde se declaró desierto el recurso de apelación del demandado, por la inasistencia injustificada del apoderado de este, se encuentra debidamente ejecutoriada por lo que la solicitud será negada”.

6. En la misma diligencia, el apoderado judicial del incidentalista, interpuso recurso de apelación en contra de la antes reseñada providencia, sustentando el mismo dentro de los tres (03) días siguientes, argumentando que, la decisión carece de motivación, toda vez que, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina, no hay motivación cuando la providencia carece de procesos lógicos sin el exhaustivo análisis de las pruebas aportadas y practicadas o la ausencia de análisis fácticos contrastados que permitan dar por acreditada una realidad sobre la que aplicar la norma o efectuar consideraciones jurídicas que conduzcan a la resolución final de las providencias.

Agrega, que existe una carencia de valoración probatoria, al despacho no valorar lógicamente la prueba obrante en el proceso (*certificado de antecedentes disciplinarios del abogado Vélez Botero*), dándose una inaplicación del régimen probatorio consagrado en los artículos 164 y ss. Del C.G.P., por lo que, fundó su decisión sin la observación objetiva de la tarifa legal, desatendiendo los postulados Constitucionales del debido proceso. Expresa que la jueza no tiene en cuenta que a la altura del proceso ni el despacho ni las partes involucradas en la Litis, podían afirmar en qué momento el Dr. Vélez Botero, se enteró que estaba sancionado, ni siquiera se supo si el susodicho abogado actuó personalmente dentro del proceso disciplinario o por el contrario fue asistido por abogado de oficio.

Refiere el apelante, que la Jueza de Instancia desatendió sus deberes como directora del proceso, ya que era su obligación, ejercer el correspondiente control de legalidad por existir tarifa legal, tal como se dispone en los artículos 42 ordinal 12, en armonía con el artículo 132, del Estatuto Procesal Civil, pues si hubiese tenido la diligencia jurisdiccional de revisar la vigencia de las Tarjetas Profesionales de los abogados que actuaban dentro del proceso para ese momento, habría detectado que el abogado Vélez Botero, se encontraba sancionado para ejercer la profesión de abogacía, por lo que inmediatamente se había interrumpido el proceso como lo ordena el artículo 159 numeral 2º del C.G.P.

Por lo tanto, solicita revocar en su totalidad la providencia proferida por la señora Juez Segunda de Familia del Circuito de Florencia Caquetá, el día 25 de agosto de 2020 y decretar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de SANCIÓN, desde el día 12 de abril de 2019, inclusive, hasta la fecha.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación contra la decisión de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Florencia, Caquetá, al ser el superior funcional de esa autoridad judicial.

2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si en el presente asunto se configura la causal de nulidad alegada por el incidentalista cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder. Y si se cumplen los requisitos para alegarla.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 De las nulidades procesales

Las nulidades procesales son una sanción al acto llevado a cabo sin respetar las garantías judiciales de los intervinientes en el litigio y se rigen por los principios de taxatividad o especificidad (numerus clausus), trascendencia protección, convalidación, saneamiento, legitimación, preclusión e interpretación restrictiva.

Al respecto, en CSJ SC 20 mayo. 2002, rad. 6256, reiterada en sentencia SC3678-2021, recordó que (...) no corresponden a un concepto netamente formalista, sino que revestidas como están de un carácter preponderantemente preventivo para evitar trámites inocuos, son gobernadas por principios básico, entre ellos el de especificidad, trascendencia, protección y convalidación”, axiomas que sirven de norte para la invocación y estudio de las causales de invalidación procesal tipificadas en la Ley.

la Corte Suprema de Justicia en Sala Civil, Sentencia SC-280 de 2018 de fecha 20 de febrero de 2018, se refirió frente a los principios que operan para la declaratoria de este fenómeno:

“(…)

- i. *Especificidad: Alude a la necesidad de que los hechos alegados se subsuman dentro de alguna de las causales de nulidad taxativamente señaladas en las normas procesales o en la Constitución Política, sin que se admitan motivos adicionales.*
- ii. *Protección: Se relaciona con la legitimidad y el interés para hacer valer la irregularidad legalmente erigida en causal de nulidad, en cuanto, dado el carácter preponderantemente preventivo que le es inherente, su configuración se supedita a que se verifique una lesión a quien la alega.*
- iii. *Trascendencia: Impone que el defecto menoscabe los derechos de los sujetos procesales, por atentar contra sus garantías o cercenarlas.*
- iv. ***Convalidación: En los casos en que así sea posible, excluye la configuración de la nulidad cuando el perjudicado ratifica, expresa o tácitamente, la actuación anómala, en señal de ausencia de afectación a sus intereses.”***

Al respecto, es importante indicar que existen causales de nulidades saneables y otras que por su naturaleza son consideradas insaneables y la Corte Constitucional en Sentencia-C/537 de 2016, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 136 del C.G.P., expresó lo siguiente:

“(…) Una interpretación sistemática del régimen de las nulidades en el CGP lleva fácilmente a concluir que la posibilidad de sanear nulidades por la no alegación o por la actuación de parte, sin alegarla, se refiere necesariamente a las nulidades saneables. A este respecto, el parágrafo del artículo 136 del CGP establece una lista de nulidades insaneables, la que no incluye la derivada de la falta de jurisdicción o

*de competencia del juez, por los factores subjetivo y funcional.
(Subrayado fuera de texto)*

La normatividad procesal aplicable en el presente caso es la Ley 1564 de 2012, vigente para la época en que se presentó la demanda, específicamente contenida en el artículo 133 ibidem:

*"(...) El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.*

Por su parte, el artículo 134 del Código General del Proceso, contempla la oportunidad y el trámite que se le debe imprimir a las nulidades propuestas, bajo los siguientes términos:

"ARTÍCULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.

La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.

El juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.

La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio".

De otro lado, los requisitos para alegar la nulidad se encuentran estipulados en el artículo 135 ibidem y se supeditan a **i)** legitimación de la parte que invoque la nulidad **ii)** exponer la causal invocada y los hechos en que se sustenta **iii)** y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

En el inciso siguiente de la norma se evidencia que:

*"(...) 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.*

La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.

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.
(Negrita fuera de texto)

Así mismo, el artículo 136 del C.G.P., enlista expresamente los casos en que se entiende saneada la nulidad.

"(...) 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.

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.

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

4. Caso en concreto

El apoderado judicial de la parte incidentalista, solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso declarativo verbal de sanción artículo 1824 del Código Civil, por ocultamiento de bienes sociales, desde el día 12 de abril de 2019, inclusive, con fundamento en la causal de nulidad señalada en el numeral 4º del artículo 133 del C.G.P., "*Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder*", señalando que, la causal de nulidad se generó debido a que el apoderado judicial del demandado Dr. NESTOR FERNANDO VELEZ BOTERO, fue sancionado con suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por un año a partir del 12 de abril de 2019 hasta el 11 de abril de 2020, configurándose desde ese momento causal de interrupción del proceso según el artículo 159 numeral 2º e inciso final del C.G.P., interrupción que no se hizo efectiva pues se continuó con el trámite del proceso, por lo que, toda actuación realizada por el entonces apoderado del señor Robinson Pérez, en el asunto de la referencia a partir del 12 de abril de 2019 hasta la fecha se encuentra viciada de nulidad, ocasionándose la vulneración al derecho fundamental al debido proceso del demandado.

Ahora bien, revisado el expediente tenemos que las actuaciones procesales relevantes adelantadas en el proceso de marras son:

- ✓ El 06 de agosto de 2018, le correspondió por reparto al Juzgado Segundo de Familia, de Florencia, la demanda verbal declarativa de sanción artículo 1824 del Código Civil.
- ✓ El demandado fue notificado personalmente del auto admisorio de la demanda el día 27 de septiembre de 2018; a través de su apoderado judicial el señor NÉSTOR FERNANDO VÉLEZ BOTERO, el 25 de octubre de esa anualidad, contestó la demanda y proponiendo excepciones de mérito.
- ✓ En audiencias de fecha 07 de febrero y 06 de marzo de 2019, el Juzgado Segundo de Familia, en audiencias públicas agotó las etapas de

conciliación, fijación del litigio, decreto de pruebas y luego de evacuadas se escuchó a las partes en alegatos de conclusión.

En ambas diligencias se hicieron presentes las partes del proceso junto con sus apoderados.

- ✓ Que a su turno el día 02 de mayo de 2019, el Juzgado Segundo de Familia, se constituyó en audiencia de instrucción y juzgamiento conforme al artículo 373 del C.G. Del P., donde se dictó sentencia No. 172.

Se dejó constancia de la presencia de las partes y sus apoderados a la diligencia.

De igual forma, conforme al certificado de Antecedentes Disciplinarios del abogado Dr. NESTOR FERNANDO VÉLEZ BOTERO, obrante a folio a 8 del cuaderno del incidente de nulidad, se evidencia la sanción impuesta dicho profesional del derecho el día 24 de octubre de 2018, proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Medellín (Antioquia), consistente en suspensión del ejercicio de la profesión de abogado desde el día 12 de abril de 2019 hasta el 11 de abril de 2020.

De lo anterior, se colige entonces que, el Dr. NESTOR FERNANDO VÉLEZ BOTERO, no podía ejercer como apoderado judicial del señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, dentro del referido proceso desde el día 12 de abril de 2019, fecha en la que iniciaba la suspensión, sin embargo, el profesional del derecho siguió actuando como apoderado judicial del demandado, tanto así que acudió a la audiencia del 2 de mayo de esa anualidad, en la que se profirió la respectiva sentencia de primera instancia, presenta recurso de apelación, pero omite informar al Despacho de su suspensión.

De otra parte, como sustentación al recurso de apelación el ahora apoderado judicial del señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, el abogado Dr. DUBIAN ESTEBAN RESTREPO MÁRQUEZ, manifiesta que *"no tiene en cuenta la respetable jueza que a esta altura del proceso ni el Despacho, ni las partes involucradas en esta Litis, podemos afirmar en qué momento el Dr. Vélez Botero se enteró de que estaba sancionado; **ni siquiera se sabe si el susodicho Abogado actuó de oficio y procesado y sancionado como persona ausente; pues reitero en el expediente no obra prueba al respecto.** (Negrita Subrayado fuera de texto) (...)", de igual forma indico que "Ahora bien, la omisión por parte del abogado Vélez Botero de comunicar su sanción al Juzgado en su debida oportunidad- de quien no sabemos, como se dijo antes, **si su omisión fue debido al desconocimiento de su sanción, porque reitero, pudo haber sido procesado y sancionado como persona ausente-**; y la inobservancia de la Ad Quo de ejercer el Control de Legalidad- quien no tiene ninguna justificación de obviar su función legal y constitucional- de verificar entre otros, los antecedentes disciplinarios de los apoderados; omisión que impidió que la nulidad aquí invocada se saneara en su debida oportunidad, de ninguna manera puede ser imputable a los justiciables, en este caso al señor Robinson Pérez joven que ha actuado de buena fe y es el único afectado con la nulidad invocada". (Negrita subrayado fuera de texto)*

Por lo anterior, este Despacho no comparte los argumentos expuestos por el apelante, referente a que el apoderado judicial del demandado pudo haber sido sancionado como persona ausente y no haberse enterado de la decisión que se profirió desde el **24 de octubre de 2018**, por el Consejo Seccional de la Judicatura de Medellín, si no tiempo después, como quiera que, no obra en el plenario elemento material probatorio que permita verificar que dicha afirmación sea cierta, por lo que entonces las mismas no dejan de ser más que simples especulaciones sin sustento probatorio suficiente para demostrar dichas circunstancias.

De otra parte, tampoco se evidencia que, el *a quo*, hubiese faltado a su deber legal y constitucional de ejercer control de legalidad, pues tal como se evidenció dentro de la audiencia del 2 de mayo de 2019, el Juzgado en apego a lo dispuesto por el numeral 8° artículo 372 del C.G.P., ejerció dicho control revisando el trámite de las etapas que previamente se habían agotado, donde no encontró vicios que ocasionaran nulidades u otras irregularidades del proceso, de lo cual, corrió traslado a las partes y se les notificó en estrados, donde ni demandante ni demandado se pronunciaron respecto de si existían o no causales de nulidad.

Realizada las precisiones anteriores en el asunto *sub judice*, vislumbra esta Judicatura que, la nulidad interpuesta por el demandado no está llamada a prosperar, como quiera que, no se cumple con el presupuesto establecido en el inciso segundo del artículo 135 del Código General del Proceso, el cual establece que "*No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina*", toda vez que, como se acreditó anteriormente el vicio procesal fue generado por el apoderado judicial de la parte pasiva, quien a sabiendas de la sanción impuesta decidió actuar dentro del referido proceso.

Aunado a lo anterior, encuentra esta Judicatura que, en términos del artículo 136 del C.G.P., numeral 4° las nulidades procesales se sanean cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa; bajo este horizonte, revisado las actuaciones procesales del proceso rad. 2018-00437-01, se advierte que el mismo cumplió con su finalidad, sin que se acredite la vulneración al debido proceso y derecho de defensa del señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, pues a este se le notificó del auto admisorio de la demanda, dentro del término para hacerlo contestó la demanda y propuso excepciones de mérito, actuó en las diligencias del 07 de febrero y 6 de marzo de 2019, donde se agotaron las etapas de conciliación, fijación del litigio, decreto de pruebas y se escucharon alegatos de conclusión; en igual sentido, participó de las audiencias del 2 de mayo y 30 de octubre de 2019 en la que se profirió sentencia de primera y segunda instancia, respectivamente, por lo que, durante el proceso no se le ha pretermitido de su derecho de defensa.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sentencia STC6830-2021 M.P. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, reiteró que *"no sólo se tiene por saneada la nulidad si actuando no se alega en la primera oportunidad, pues también la convalidación puede operar cuando el afectado, a sabiendas de la existencia del proceso, sin causa alguna se abstiene de concurrir al mismo, reservándose mañosamente la nulidad para invocarla en el momento y forma que le convenga, si es que le llega a convenir, actitud con la cual, no sólo demuestra su desprecio por los postulados de la lealtad y de la buena fe, sino que hace patente la inocuidad de un vicio que, en sentido estricto, deja de serlo cuando aquél a quien pudo perjudicar, permite que florezca y perdure"* (sentencia de 4 de diciembre de 1995, expediente 5269).

Por consiguiente, esta colegiatura procederá a confirmar la decisión del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Florencia, Caquetá, dentro del presente trámite incidental de nulidad, propuesto por la parte demandada, ordenando que el Juzgado de primera instancia, realice los tramites pertinentes para que se investigue si el apoderado del demandado incurrió o no en falta disciplinaria.

En mérito de lo expuesto, la magistrada de la Sala Civil-Familia-Laboral de la Segunda de Decisión, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia,

IV. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Florencia – Caquetá, el veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020), mediante la cual resolvió denegar la nulidad procesal planteada por el apoderado judicial del demandado, señor ROBINSON PÉREZ JOVEN, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia al no aparecer causadas.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente al Juzgado de origen, para lo correspondiente, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. -


MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada