

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Popayán, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Sería del caso entrar a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, dentro del asunto del epígrafe, de no ser porque se advierte una **irregularidad constitutiva de vicio insaneable en el trámite**, que hace imperativo declarar la nulidad de la actuación, como pasa a explicarse.

ANTECEDENTES

1. CAROLINA MARTINEZ DE CALLE, por conducto de apoderada general, el 22 de noviembre de 2018 (fl. 12 c. ppal.) promovió demanda ejecutiva singular contra las HEREDERAS DETERMINADAS del causante EDGAR HERNANDO CALLE MARTINEZ, esto es, MARIA FERNANDA, **ALEJANDRA CALLE TOBAR** (indicando que **ambas eran menores de edad** y estaban representadas por su progenitora LIDIANA TOBAR ARGOTI), JACKELINE CALLE MELLIZO, DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR, ANGELA CALLE, CRISTINA CALLE, y los HEREDEROS INDETERMINADOS del mismo, reclamando el pago de \$ 600'000.000 más los intereses legales moratorios causados desde el 25 de febrero de 2016, adosando como título ejecutivo una letra de cambio suscrita por el prenombrado.

Con la demanda se aportó copia auténtica del registro civil de defunción del señor CALLE MARTINEZ, **más NO los registros civiles de nacimiento de las convocadas en calidad de herederas del deudor.**

2. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán libró mandamiento ejecutivo mediante auto del 27 de noviembre de 2018 (fs. 14 y 15 c. ppal.), ordenándose la notificación personal de las demandadas determinadas y el emplazamiento de los indeterminados. **Pese a que entre las convocadas se mencionó que existían dos menores de edad, nada se dispuso con relación a la vinculación de la DEFENSORIA DE FAMILIA y la PROCURADURÍA DE INFANCIA y ADOLESCENCIA.**

3. La señora MARIA LIDIANA TOBAR ARGOTI concurrió a notificarse personalmente el 29 de enero de 2018 (fl. 46 c. ppal.), y exclusivamente en representación de su hija MARIA FERNANDA CALLE TOBAR, otorgó poder a una profesional del derecho

quien recurrió el mandamiento de pago¹; allegó copia del registro civil de la referida menor de edad (nacida el 6 de enero de 2008 – fl. 67 lb.); y más adelante se pronunció frente a la demanda formulando excepciones de mérito (fs. 169 a 175 lb.).

En seguida del mencionado recurso, se observa oficio del 6 de febrero de 2019 suscrito por la señora TOBAR ARGOTI (fl. 69 lb.), en el que menciona que actúa “*en calidad de representante legal de las niñas MARIA FERNANDA CALLE TOBAR y ALEJANDRA CALLE TOBAR*”, informando de unas citaciones dirigidas a otros demandados que por equivocación se entregaron en su lugar de trabajo. Sin embargo, no reposa en el expediente copia del registro civil de nacimiento de esa última presunta menor de edad, ni tampoco poder otorgado por quien aduce ser su progenitora.

4. Los HEREDEROS INDETERMINADOS DE EDGAR HERNANDO CALLE MARTINEZ, al igual que las demandadas JACKELINE CALLE MELLIZO, DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR, ANGELA y CRISTINA CALLE, fueron debidamente emplazados.

4.1. **ANGELA MARIA CALLE CALDAS** constituyó apoderado (fs. 117 a 118 lb.), por lo cual el Juzgado por auto del 15 de mayo de 2019 la tuvo por notificada por conducta concluyente (fl. 121 lb.), y presentó escrito de excepciones, pero de manera extemporánea (fs. 152 a 157 y 262 a 263 lb.). **No se observa en la foliatura el registro civil de nacimiento de la misma.**

4.2. **DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR**, a través de apoderada² (fl. 120 lb.), **formuló recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo**³, y el *a quo* también la tuvo por notificada por conducta concluyente mediante proveído del 15 de mayo de 2019 (fl. 121 lb.). **No obra en el expediente registro civil de nacimiento de aquella.**

4.3. Por auto del 22 de mayo de 2019 (fl. 127 lb.) se designó curador ad litem para representar a los HEREDEROS INDETERMINADOS DE EDGAR HERNANDO CALLE MARTINEZ, así como a las demandadas JACKELINE CALLE MELLIZO y CRISTINA CALLE, quien se notificó personalmente y contestó la demanda (fs. 131 a 133 lb.).

¹ Argumentando que la demandante no acompañó con el libelo los registros civiles de nacimiento de las demandadas para acreditar la calidad de herederas – fs. 64 a 65 c. ppal.

² Misma abogada que venía representando a la menor MARIA FERNANDA CALLE TOBAR

³ Argumentando que no se aportó prueba de la calidad de herederas de las demandadas – fl. 119 c. ppal.

4.4. JACKELINE CALLE MELLIZO constituyó apoderado, quien contestó la demanda y allegó copia del registro civil de nacimiento de la misma (fs. 134 a 140lb.).

5. Por auto del **5 de noviembre de 2019** (fs. 165 a 166 lb.), el Juzgado resolvió, entre otras cosas, los recursos de reposición incoados contra la orden de apremio, decidiendo REVOCARLO PARCIALMENTE, y **DESVINCULAR del trámite a DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR**, por cuanto no se allegó prueba de su parentesco con el fallecido deudor ⁴.

6. Mediante memorial datado el **11 de marzo de 2020** (fs. 268 a 273 lb.), la apoderada de la menor MARIA FERNANDA CALLE TOBAR allegó al expediente copia de la **sentencia proferida el 3 de marzo de esa anualidad por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán** ⁵, al interior del proceso de impugnación de paternidad con radicado No. 2019-00006-00 promovido por JACKELINE CALLE MELLIZO y DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR contra **ANGELA MARIA y AURA CRISTINA CALLE CALDAS**, mediante la cual se declaró que **las citadas demandadas NO son hijas biológicas extramatrimoniales de EDGAR HERNANDO CALLE MARTINEZ**.

Del fallo en comento también se extrae, que en ese juicio JACKELINE CALLE MELLIZO y **DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR** acreditaron con sus respectivos registros civiles de nacimiento, **su condición de hijas extramatrimoniales del fallecido CALLE MARTINEZ** y con ello la legitimación para promover dicha acción, aportándose también – según se indica en esa sentencia - **“COPIA DEL AUTO DE APERTURA DE LA SUCESIÓN” del citado causante.**

7. En la audiencia inicial celebrada el 14 de agosto de 2020, el Juez hizo alusión a la copia de la providencia aportada por la parte demandada, pero ninguna determinación profirió al respecto, y al efectuar el control de legalidad tampoco advirtió irregularidad alguna en el trámite.

8. El 17 de septiembre de 2020 se llevó a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la cual se profirió sentencia declarando probadas las excepciones de mérito tituladas **“FALTA DE LA CAUSA ONEROSA”**, **“COBRO DE LO NO DEBIDO”**, e **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”** propuestas por la pasiva, y se

⁴ Contra esa determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el que se denegó por improcedente mediante auto del 5 de febrero de 2020 (fl. 260 lb.)

⁵ De ese documento se corrió traslado a las partes sin que aquellas realizaran ningún pronunciamiento al respecto.

ordenó la terminación del proceso, decisión que fue objeto del recurso de apelación que centra la atención de esta Sala.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el **artículo 87 del Estatuto Procesal**, cuando se pretenda demandar en proceso declarativo **o de ejecución** a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se haya iniciado y cuyos nombres se ignoren, *“la demanda deberá dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad, y el auto admisorio ordenará emplazarlos en la forma y para los fines previstos en este código. **Si se conoce a alguno de los herederos, la demanda se dirigirá contra estos y los indeterminados**”*; y **cuando haya juicio de sucesión**, el demandante *“**deberá dirigir la demanda contra los herederos reconocidos en aquel, los demás conocidos y los indeterminados, o solo contra estos si no existieren aquellos, contra el albacea con tenencia de bienes o el administrador de la herencia yacente, si fuere el caso, y contra el cónyuge si se trata de bienes o deudas sociales**”*.

Tal precepto debe armonizarse con el contenido del **inciso segundo del artículo 85 de la misma codificación**, conforme al cual, con la demanda es **imperativo aportar la prueba de la calidad de heredero de quien promueve la acción o del demandado**, con las salvedades que contempla la norma en el evento de que no le sea posible al promotor acreditar esa circunstancia.

2. Téngase en cuenta igualmente, que al instaurarse la acción ejecutiva contra **los causahabientes del presunto obligado cambiario**, de conformidad con lo previsto en los artículos 61 y 87 del C.G.P., **aquellos conforman un LITISCONSORCIO NECESARIO**.

Al respecto, en reciente providencia precisó la Corte:

“... No puede desconocerse que los bienes, derechos y obligaciones de naturaleza transmisible que componen el patrimonio de las personas, no desaparecen por completo con la muerte, sino que pasan a integrar de forma temporal un patrimonio autónomo, que suele denominarse sucesión o herencia, y que está llamado a ser distribuido entre sus herederos o legatarios, en la forma que establece el Libro Tercero del Código Civil.

En ese escenario, resulta previsible que alrededor de dichos bienes, derechos u obligaciones, integrantes de la masa herencial del causante, surjan

controversias que requieran la intervención de las autoridades jurisdiccionales, como ocurre cuando se reclama la validez o el cumplimiento de una convención celebrada-en vida- por un individuo ya fallecido, o se busca establecer con él una relación determinante del estado civil, entre otras hipótesis.

Y, como para la resolución de esas disputas no puede convocarse a quien fue parte de la relación jurídico-sustancial, precisamente por haberse extinguido su existencia antes de iniciar el juicio, el ordenamiento dispuso un método alternativo, que consiste en **conformar el contradictorio con todos sus herederos**, tal como lo establece, en la actualidad, el canon 87 del Código General del Proceso (...)

La posibilidad de que, en reemplazo del difunto, se dirija la demanda contra sus herederos-quienes, por ese mismo hecho, se convertirán en parte del proceso-, se explica porque estos tienen (i) la representación de la sucesión, de acuerdo con el artículo 1155 del Código Civil; así como (ii) un interés subjetivo, serio, concreto y actual en la preservación de la masa de bienes relictos, reflejado en el perjuicio que sufrirían si aquella decrece como secuela de la eventual prosperidad de las pretensiones.

(...)

A ello debe agregarse que los herederos no agencian únicamente los derechos de la sucesión, sino también los suyos propios, pues al menos en parte, su suerte está atada a la de esa universalidad. Muestra de ello es **LA NECESIDAD DE CITAR A TODOS ESOS SUCESTORES, CONOCIDOS O NO POR EL CONVOCANTE-no solo a uno cualquiera, en representación del difunto-**, y también la consagración de la presunción según la cual «si los demandados (...) no manifiestan su repudio de la herencia en el término para contestar la demanda (...) se considerará que para efectos procesales la aceptan», ficción que busca dotarlos de interés jurídico sobre la masa herencial^[4].

(...)

3. Naturaleza del litisconsorcio conformado por los herederos que comparecen al proceso.

De conformidad con el artículo 61 del Código General del Proceso, existirá un **LITISCONSORCIO NECESARIO** entre los sujetos plurales que conforman un extremo del litigio, siempre que la controversia judicial «(...) verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos».

Siguiendo el precedente consolidado de esta Corporación, **cabe predicar esos rasgos característicos de los herederos que son demandados en obediencia a lo dispuesto en el artículo 87-siempre y cuando un número plural de ellos comparezcan al proceso sin repudiar la herencia-**. Así lo sostuvo la Corte en CSJ SC, 15 mar. 2001, rad. 6370:

«Al presente proceso destinado a declarar la existencia y disolución de la sociedad de hecho constituida por la demandante y Eugenio Rueda Gómez, ya fallecido (...), se convocaron como sujetos pasivos del mismo a la señora María Udalia Rueda Pulido, como heredera determinada del nombrado causante y junto con ella también a los herederos indeterminados, lo que acompasa con lo dispuesto en el inciso final del artículo 81 del C. de P.C [que corresponde al canon 87 del Código General del Proceso]; de ese modo se integra, pues, **por disposición de la ley, UN LITISCONSORCIO NECESARIO ENTRE LOS HEREDEROS RECONOCIDOS Y LOS**

INDETERMINADOS DEMANDADOS, lo cual genera varios efectos procesales incidentes para lo que aquí se ha de resolver: a) una sentencia uniforme para todos los litisconsortes; y, b) que los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerán a los demás»).

Por esas mismas fechas, esta Corporación reiteró:

«(...) si el actor conoce herederos del causante cuyo proceso de sucesión no se ha iniciado, y pretende convocarlos a litigio de conocimiento, **tiene que dirigir la demanda frente a ellos y también contra los herederos que no conozca**, todo de conformidad con lo establecido en la oración final del inciso primero del artículo 81 citado, **pues no siendo posible, como no lo es, resolver sin su presencia, la demanda deberá encaminarse contra los ciertos y los indeterminados a fin de integrar cabalmente el contradictorio**, tal cual lo prescribe el artículo 83 de la obra dicha [pauta equivalente, mutatis mutandis, al canon 61 del Código General del Proceso], cuyo inciso segundo establece **la OBLIGACIÓN DE CITAR las mencionadas personas, de oficio incluso, “MIENTRAS NO SE HAYA DICTADO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA”**; con la obvia consecuencia de que, **CUANDO ASÍ NO SE PROCEDA, QUEDARÁ PRACTICADA EN ILEGAL FORMA LA NOTIFICACIÓN A PERSONAS DETERMINADAS “que deban ser citadas como partes” Y, POR CONTERA, SE CAERÁ EN LA NULIDAD prevista en el artículo 140-9 del Código mencionado**» (CSJ SC, 29 mar. 2001, rad. 5740).

Y más recientemente, insistió en que,

«(...) **en razón de la titularidad per universitatem que tienen todos los herederos en la masa hereditaria, ELLOS FORMAN UN CONSORCIO PASIVO Y NECESARIO para responder de las acciones que tiendan a sustraer bienes que pertenecen al patrimonio sucesoral**. En cambio, por activa, cada heredero, en razón de suceder al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1008 del Código Civil), y de la representación del causante en tales derechos y obligaciones (artículo 1155 ibí dem), “puede demandar para todos los herederos a los cuales aprovecha lo favorable de la decisión, y perjudicará solamente al demandante en lo favorable de ella” (CXVI pág. 123)» (CSJ SC, 2 sep. 2005, rad. 7781).

Es claro que la doctrina probable de la Corte-en los términos del artículo 4 de la Ley 169 de 1896– señala que si dos o más herederos son demandados como tales, y comparecen al proceso sin manifestar su repudio por la herencia, CONFORMARÁN ENTRE SÍ UN LITISCONSORCIO NECESARIO, en tanto no es posible dictar sentencia sin su presencia, y las decisiones que adopten allí los jueces de la causa tendrán que ser indefectiblemente idénticas para todos ellos”.⁶ (Resaltado fuera del texto)

3. En el caso en estudio, y de acuerdo con el recuento procesal que se efectuó en líneas precedentes, se evidencia que **el a quo omitió verificar la debida integración del contradictorio con las herederas conocidas y**

⁶ CSJ **SC1627-2022**, 10 oct. 2022, rad. No. 11001-31-10-004-2016-00375-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA. Ver también sentencia STC15982-2018, 6 dic. 2018, rad. No. 11001-02-03-000-2018-02784-00 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO, en la que se citan diversos pronunciamientos anteriores de esa misma Corporación en igual sentido.

determinadas del difunto EDGAR HERNANDO CALLE MARTINEZ, quienes como se acaba de explicar, conforman un LITISCONSORCIO NECESARIO.

3.1. Ciertamente, se observa que el funcionario de primer grado no realizó requerimiento alguno en aras de obtener la prueba de la calidad con la que fueron convocadas varias de las demandadas, entre ellas, DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR y ALEJANDRA CALLE TOBAR, y frente a esta última, tampoco se corroboró su capacidad para comparecer al proceso, pues ni siquiera la señora MARIA LIDIANA TOBAR ARGOTI - quien dijo ser la progenitora de ALEJANDRA -, allegó el documento idóneo para esos fines.

3.2. Adicionalmente, por auto del 5 de noviembre de 2019, el Juez dispuso la desvinculación del proceso de DIANA ELIZABETH CALLE CAÑAR, quien según lo indicado en la sentencia del 3 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán obrante en el dossier, sí demostró al interior de esa causa su condición de hija extramatrimonial del fallecido CALLE MARTINEZ, razón por la cual necesariamente debe formar parte del extremo pasivo en este litigio.

3.3. Por si fuera poco, aun cuando de la plurimencionada sentencia el operador judicial podía advertir que ya existía un proceso de sucesión del causante EDGAR HERNANDO CALLE MARTINEZ, nada dispuso en relación con los ordenamientos que para esa circunstancia establece el artículo 87 del C.G.P.

4. En ese orden, con fundamento en las disposiciones legales y el precedente jurisprudencial atrás citados, ante la falta de integración del contradictorio con todos los litisconsortes necesarios, se configura entonces la causal de nulidad de que trata el **numeral 8° del artículo 133 del C.G.P.**⁷, irregularidad que de acuerdo con lo dispuesto en el **inciso final del artículo 134 Ib.**⁸ conlleva

⁷ "ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD... 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 aquellas 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".

⁸ "ARTÍCULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE... **Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio**".

LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LA SENTENCIA, puesto que en palabras de la Corte:

*“que **ES UN DEFECTO INSUBSANABLE**, así no lo diga expresamente el parágrafo del artículo 136 ibídem, pero que **de todas maneras encaja dentro del supuesto de pretermisión íntegra de la respectiva instancia** por cuanto implica el desconocimiento del debido proceso a un interesado cuya comparecencia se obvia a pesar de resultar obligatoria su vinculación, de ahí que se le conculca la posibilidad de pronunciarse, solicitar pruebas, intervenir en su recaudo y poder controvertir las allegadas por los restantes participantes en la litis”⁹.*

4.1. Adicional a lo anterior, conviene advertir, que existiendo certeza de que al menos una de las demandas involucradas en este asunto es **menor de edad**, cuyos derechos pueden resultar eventualmente afectados, también **resulta obligatoria la vinculación del DEFENSOR DE FAMILIA** ¹⁰ - la que se echa de menos en el expediente-, al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del **artículo 82 de la Ley 1098 de 2006**, conforme al cual, es función de ese servidor:

*(...) “11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e **intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos**, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar”.*

De la misma manera, debe realizarse **la citación del MINISTERIO PÚBLICO – PROCURADOR JUDICIAL DE FAMILIA**, autoridad que obrará “en todos los procesos judiciales y administrativos, en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y podrán impugnar las decisiones que se adopten”, como lo exige el **parágrafo del artículo 95 Ib.**, en concordancia con el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán (art. 35 del C.G.P.),

RESUELVE

Primero: **DECLARAR LA NULIDAD** de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, y todo lo

⁹ CSJ **SC2496-2022**, 10 ago. 2022, rad. No. 68001-31-03-010-2018-00119-01 MP. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE.

¹⁰ O el Comisario de Familia en ausencia de este último (art. 98 Ley 1098 de 2006)

actuado con posterioridad a la misma, por las razones expuestas en la parte motiva.

Adviértase, que conserva validez la contestación u oposición a la demanda, y las pruebas practicadas respecto de quienes tuvieron oportunidad de ejercer el legítimo derecho de contradicción, e igualmente las medidas cautelares que acaso se hayan decretado y practicado (inciso segundo artículo 138 del C.G.P.).

Segundo: En consecuencia, el Juez de primer nivel deberá integrar el contradictorio en debida forma, atendiendo las consideraciones antes expuestas, además de verificar las autoridades o intervinientes especiales que acaso deban vincularse por mandato legal.

Tercero: En firme esta determinación, remítase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado sustanciador

AB.