

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL FAMILIA

Popayán, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponde dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Mediante proveído del 11 de agosto de 2021, se dispuso vincular en calidad de litisconsortes necesarios por pasiva a ANDRES RENE CHAVES FERNANDEZ, PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE, SANDRA ESCOBAR ROJAS, CARLOS EDUARDO MOSQUERA, y MANUEL JOSE HURTADO JIMENEZ; ordenar al demandante realizar las diligencias para la notificación de los vinculados en la forma y términos establecidos en los artículos 291 y 292 del C.G.P., o conforme lo previsto en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, y advertir a los vinculados que si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación no alegan la nulidad puesta de presente en ese auto, la misma quedaría saneada y el proceso continuaría su curso.

2. En contra de la anterior determinación la apoderada de la parte demandante formuló recurso de reposición, argumentando en esencia, que al constatarse la configuración de una nulidad procesal por falta de notificación de los litisconsortes necesarios, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 134 del C.G.P. y proceder a declarar la nulidad de la sentencia de primer nivel, pues afirma que se trata una irregularidad de carácter *insaneable*, y que así lo ha considerado la Corte Constitucional en sede de tutela (cita Autos 002 de 2017 y 397 de 2018).

De otro lado, expone su desacuerdo con la orden dada en el ordinal segundo del auto recurrido, en tanto asegura que debe decretarse la nulidad del fallo y remitirse las diligencias al Juzgado de primer grado *“para que proceda a enmendar el error constatado por su Despacho y notifique a las personas relacionadas en la parte primera del auto recurrido, para que éstos procedan a ejercer su derecho de defensa, en el entendido de que con la decisión de fondo se pueden resultar afectados”*.

Agrega, que le es imposible efectuar la notificación personal de la señora SANDRA ESCOBAR ROJAS, afirmando *“bajo la gravedad de juramento”* que la

misma *"falleció hace aproximadamente dos (2) años"*, como tampoco al señor CARLOS EDUARDO MOSQUERA quien *"cree"* el demandante reside en los Estados Unidos.

Con fundamento en dichos planteamientos solicita revocar la providencia atacada, para en su lugar declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia proferida por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, y en consecuencia, remitir el expediente a ese Despacho *"para que proceda a notificar"* a las personas cuya vinculación se omitió, a fin de garantizarles el debido proceso y derecho de defensa. Agrega, que en el evento de no acceder a tal pedimento, se revoque el ordinal segundo de la parte resolutive, *"en el entendido que se proceda a la notificación de las personas vinculadas en el hecho primero de conformidad al art. 293 del C.G.P., en concordancia con el art. 108 del C.G.P., y proceda a remitir al Juzgado de Primera instancia para subsanar el yerro"*.

2.1. Con posterioridad pero en la misma oportunidad procesal, la recurrente allegó escrito adicional, señalando que interpone de manera subsidiaria recurso de súplica, *"en la eventualidad"* de que este despacho no proceda a reponer *"decretando la nulidad de la sentencia de primera instancia..."*. Así mismo, allegó certificado expedido el 18 de agosto de 2021 por el Coordinador Centro de Atención e Información Ciudadana de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el que se informa de la cancelación *"POR MUERTE"* del documento de identidad de la señora SANDRA ESCOBAR ROJAS, según Resolución No. 2506 del 01 de abril de 2016.

3. Surtido el traslado del recurso en la forma prevista en el artículo 319 del C.G.P., el apoderado de la demandada recorrió el mismo, manifestando de manera escueta, que *"el recurso es improcedente y adicionalmente, la parte demandante no está legitimada para promover la nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 135 del Código General del Proceso"*.

4. En el mismo término el señor MANUEL JOSE HURTADO JIMENEZ confirió poder a una abogada, quien partiendo del hecho de que su poderdante *"tiene la calidad de litisconsorte por pasiva"* y *"podría verse afectado con la decisión de fondo que se tome dentro del proceso"*, solicitó que *"se decrete la nulidad de la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia, desde el auto admisorio de la demanda, ordenando la remisión del expediente a dicho operador judicial, para que previa notificación de la misma, hacer uso del contradictorio..."*

CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero hacer eco de lo establecido en el artículo 318 del C.G.P., conforme al cual, el recurso de reposición procede contra los autos dictados "por el magistrado sustanciador no susceptibles de súplica", por lo que en principio puede decirse que el interpuesto por el demandante sería formalmente procedente, en lo que atañe estrictamente al de reposición, no así el de súplica impropiamente formulado en subsidio mediante su escrito aditivo, amén de que la parte demandada nada dijo en concreto sobre la improcedencia que apenas enuncia escuetamente.

De otro lado, el yerro potencialmente constitutivo de nulidad, fue puesto de presente por este despacho en el auto recurrido y no por la parte actora, que en efecto carece de legitimidad para proponer la declaratoria del vicio –como bien lo apunta el extremo pasivo-. En esto último, este estrado sigue la reiterada línea jurisprudencial que sobre la legitimidad para plantear las nulidades tiene dicho que:

"...se mantiene inquebrantable la exigencia conforme a la cual sólo puede proponerla quien se encuentre legitimado para ello, es decir, aquel que no hubiere sido citado al proceso, sin perjuicio de que el juez de instancia la decreta dentro de las oportunidades que para ello le otorga la ley" (sentencia de 28 de abril de 1995, reiterada, entre otras, en la sentencia de 22 de febrero de 2000) lo expuesto en precedencia lleva a afirmar que la parte a quien la anomalía no le irroga perjuicio, carece, por tanto, de legitimación para plantearla, pues **las nulidades por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, 'no pueden ser invocadas eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios'** (g. j., t. ccxxxiv, pag.180)".

2. Tras las anteriores aclaraciones preliminares, que como se seguirá viendo relevan al despacho de ahondar en los demás planteamientos tanto del recurrente como del no recurrente, debe proseguirse con la decisión del caso como en derecho corresponde. Para ello, tiénese en cuenta que según lo referido en el auto recurrido, las pretensiones de "nulidad absoluta", "simulación absoluta", o "cancelación del registro" incoadas por JOSE RENE CHAVES MARTINEZ se dirigieron exclusivamente contra ANGELA MARIA CHAVES FERNANDEZ, cuando lo cierto es, que algunos de **los negocios jurídicos atacados también involucran a otras personas en calidad de contratantes, como lo son ANDRES RENE CHAVES FERNANDEZ, PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE, SANDRA ESCOBAR ROJAS, CARLOS EDUARDO MOSQUERA, y MANUEL JOSE HURTADO JIMENEZ** quienes conforman el **litisconsorcio necesario por pasiva**, y dada su falta de vinculación al presente trámite se configura la

causal de nulidad contemplada en el **numeral 8° del artículo 133 del C.G.P.**, la que en principio se considera saneable a la luz de los artículos 136 y 137 lb.¹

3. Ante esta instancia compareció el señor MANUEL JOSE HURTADO JIMENEZ y previamente incluso a ser formalmente notificado del auto que ponía en conocimiento la irregularidad advertida, solicitó la declaratoria de nulidad, invocando el mencionado art. 133-8 del estatuto procesal, haciendo con ello que se encuentre dado desde ahora el supuesto para declararla, en los términos de los arts. 137 y 134 ibídem.

La causal de nulidad aducida, que según el texto del Art. 135 del C.G.P. “solo podrá ser alegada por la persona afectada” –una de las cuales, resulta ser para el caso el señor Hurtado Jiménez- en efecto se configura. Vale reiterar, que el artículo 133-8 ibíd, establece entre los casos en los que el proceso es nulo en todo o en parte: “(...) 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**”, amén de no encontrarse saneada bajo cualquiera de los modos del art. 136 de la misma obra, **pues como quedó visto, el señor HURTADO JIMENEZ, quien a diferencia del demandante sí cuenta con legitimidad para proponerla, la invocó expresamente.**

Jurisprudencial y doctrinariamente, se encuentra avalada también la solución que aquí se adoptará. Es así, como la Corte Suprema de Justicia, en un caso en el que en el trámite de la segunda instancia se detectó la falta de integración de un litisconsorcio necesario –que es precisamente lo aquí advertido y ya explicado respecto al extremo pasivo de la Litis-, en lugar de optar por un fallo inhibitorio, como salida que se veía antes para tales eventos en algunos estrados judiciales de todo el país, determinó que **“la medida procesal que le corresponde adoptar al fallador de segunda instancia está dada por la consagración de la causal 9 del art. 140 del Código de Procedimiento Civil...desde luego de que cuando así suceda, el decreto de nulidad sólo comprenderá el trámite adelantado en la segunda instancia y la sentencia apelada u objeto de consulta, puesto que abolida ésta se restituye la**

¹ Resultando superfluo por lo que se expondrá a continuación, enfrascarse en la inquietud propuesta por el recurrente, de si dicha nulidad es saneable o insaneable, pues de todos modos sobreviene su declaratoria.

posibilidad de disponer la citación oportuna de las personas que debieron formular su demanda o contra quienes se debió dirigir esta para los fines que atañen con la defensa de sus intereses". Así lo dice de manera explícita la sentencia de la Sala de Casación Civil del 6 de octubre de 1999 ², la que comenta el connotado profesor de Derecho Procesal, Hernán Fabio López Blanco, en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil, en donde consigna que "Si bien la jurisprudencia se basa en el derogado Código de Procedimiento Civil, mantiene toda su vigencia frente al Código General del proceso que mantuvo en ese aspecto iguales directrices" ³.

Las fuentes jurisprudencial y doctrinal que se han traído a colación, se ven además reforzadas por la aplicación concreta que se hará de los Arts. 134 en su último inciso y 11 del Código General del Proceso. El primero de los apartados normativos, en cuanto prescribe que **"Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, ésta se anulará y se integrará el contradictorio"**; y el segundo, en cuanto a tener en cuenta *"que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial"*, lo cual se vería soslayado para las partes de mantenerse la situación presentada:

Para el demandante porque incluso de verse hipotéticamente revocado el fallo apelado que le fue desfavorable, el mismo no tendría efectos frente a ninguno de los litisconsortes y su cumplimiento se haría en buena parte nugatorio en caso de oposición de aquellos, por lo menos en lo relativo a los negocios que estos celebraron, mientras los mismos conserven la calidad de terceros ajenos al proceso y no de partes, lo cual resulta conjurado una vez esto último se produzca;

Y para dichos litisconsortes, quienes no pueden ver coartado el derecho a ejercer debidamente su defensa, en un debate que involucra contratos en los que aparecen como parte, por lo que mal puede desconocerse la misma calidad dentro del trámite judicial en el que son cuestionados tales negocios jurídicos.

4. Se declarará entonces la nulidad suplicada por el litisconsorte interviniente, lo que sin embargo no se hará en la forma pedida por su apoderada (dirigida a anular todo lo actuado y ordenar nuevamente la notificación), sino en los precisos

² M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno, expediente 5224, publicada en la revista de Jurisprudencia y doctrina, Ed. Legis, de diciembre de ese año.

³ Parte general, pág. 358. 2016.

Ref. VERBAL DE SIMULACIÓN DE CONTRATO, Rad. No. 19001-31-03-005-2018-00124-01 de José René Chaves Martínez Vs. Angela María Chaves Fernández.

términos del art. 134 del CGP y para los fines del 61 ibídem, debiendo tenerse por notificado el señor HURTADO JIMENEZ, conforme a las disposiciones del Art. 301 del mismo estatuto, esto es, por conducta concluyente.

En todo caso, ante el *a quo* debe integrarse cabalmente el contradictorio con los restantes litisconsortes del extremo pasivo, en la forma y términos establecidos en los artículos 291 y 292 del C.G.P. o conforme a lo previsto en los artículos 8 y 10 del Decreto 806/2020. Para esto último deben tenerse en cuenta las vicisitudes que para algunos de ellos informó de manera reciente el demandante: Vgr. el fallecimiento de la señora SANDRA ESCOBAR ROJAS –por lo que corresponderá integrar el litigio con los herederos determinados e indeterminados de aquella-.

Por sustracción de materia, no habrá lugar a desatar el recurso de reposición ni a darle trámite al improcedente recurso de súplica, encaminados ambos a que se declarara directamente la nulidad que aquí se reconoce por petición expresa de uno de quienes sí se encuentran legitimados para deprecarla, con lo que se supera y pasa a un segundo plano tanto la discusión sobre la falta de legitimidad en el proponente inicial como la improcedencia de la súplica subsidiariamente formulada por el mismo sujeto procesal.

Por lo brevemente expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán (Art. 35 CGP),

RESUELVE

Primero: Reconocer a la doctora DIANA VANNESSA HOYOS CALVACHE, titular de la T.P. 303.623 del C.S. de la J., como apoderada del litisconsorte MANUEL JOSÉ HURTADO JIMENEZ, en los términos y con las facultades del poder a ella otorgado.

Segundo: **DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado en el asunto de la referencia a partir de la sentencia proferida el 22 de mayo de 2019** por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, **inclusive**. La actuación anterior a la mencionada sentencia conserva validez.

Tercero: Corolario de lo anterior, abstenerse de desatar el recurso de reposición y de dar trámite al improcedente recurso de súplica, interpuestos por la parte actora en contra del auto del pasado 11 de agosto del presente año.

Ref. VERBAL DE SIMULACIÓN DE CONTRATO, Rad. No. 19001-31-03-005-**2018-00124-01** de José René Chaves Martínez Vs. Angela María Chaves Fernández.

Cuarto: Remítase el expediente al juzgado de origen para que renueve la actuación, integrando el contradictorio con los litisconsortes necesarios de la pasiva -ANDRES RENE CHAVES FERNANDEZ, PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE, herederos de SANDRA ESCOBAR ROJAS, CARLOS EDUARDO MOSQUERA y MANUEL JOSE HURTADO JIMENEZ-, de manera previa a proferir nuevamente sentencia de instancia, para lo cual deberá observarse lo reglado en los Arts. 291, 292 y 301 del C.G.P. o conforme a lo previsto en los artículos 8 y 10 del Decreto 806/2020 según las circunstancias de cada litisconsorte, y en particular, una vez vinculados todos, lo prescrito en el Art. 61 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado