

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Popayán, tres (3) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Sería del caso entrar a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2019 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, dentro del asunto del epígrafe, de no ser porque se advierte una **irregularidad constitutiva de vicio insanable en el trámite**, que hace imperativo declarar la nulidad de la actuación, como pasa a explicarse.

ANTECEDENTES

1. La sociedad PROMOTORA DE GASES DEL SUR S.A. E.S.P. – PROGASUR S.A. E.S.P., mediante demanda radicada el 06 de julio de 2018 (fl. 66), solicitó: i) imponer servidumbre de gasoducto y tránsito con ocupación permanente petrolera (red de gas domiciliaria) a favor de la parte demandante sobre el inmueble distinguido con M.I. No. **120-183534** de la ORIP de Popayán, ubicado en el municipio de Cajibío, de propiedad del señor "EFRAIN HURTADO MORCILLO y/o EFRAIN MORCILLO", cuya área de terreno requerida es de 1.352 mts², en la cual PROGASUR S.A. E.S.P. "ya realizó la construcción del gasoducto de transporte en el año 2010, tal como se evidencia en el Dictamen Pericial que se anexa...", con las especificaciones que se describen en la demanda y como consecuencia de lo anterior, impartir las ordenes y autorizaciones anejas ¹. La misma pretensión se elevó respecto del predio distinguido con M.I. No. **120-23809** de la ORIP de Popayán, ubicado en el municipio de Cajibío, de propiedad de "EFRAIN HURTADO MORCILLO y/o EFRAIN MORCILLO", OLIVIA HURTADO MORCILLO,

¹ A la parte actora "transitar libremente su personal por la zona de la servidumbre para reparar sus instalaciones, modificarlas, mejorarlas, conservarlas, mantenerlas y ejercer su vigilancia", "remover cultivos y demás obstáculos que impidan el mantenimiento del gasoducto", "autorizar a las autoridades militares y de Policía competentes para prestarle a PROMOTORA DE GASES DEL SUR S.A. E.S.P. la protección necesaria para ejercer el goce efectivo de la servidumbre", "construir ya sea directamente o por intermedio de sus contratistas, vías de carácter transitorio en el referido predio para llegar a la zona de la servidumbre con el equipo necesario para el mantenimiento de las instalaciones que integran sistema de Gasoducto. La empresa pagará al propietario el valor de los cultivos y de las mejoras que resulten afectadas con motivo de la construcción de estas vías"; iii) prohibir a los titulares de los derechos reales del inmueble distinguido con M.I. 120-183534, "la siembra de árboles que con el correr del tiempo puedan afectar el Gasoducto, e impedir la ejecución de obras que obstaculicen el libre ejercicio del derecho de servidumbre"; iv) inscribir la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente; v) exonerar a la demandante de la cancelación de los perjuicios contemplados en las Leyes 1274 de 2009 y 56 de 1981 por la construcción de la servidumbre sobre el citado fundo, por cuanto "PROGRASUR S.A. E.S.P. canceló al señor EFRAIN HURTADO MORCILLO y/o EFRAIN MORCILLO la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE (\$10.283.000), por una franja de terreno de dos mil doscientos (2.200) metros cuadrados, para la construcción de la servidumbre para el paso del Gasoducto sobre el referido bien inmueble".

EZEQUIEL HURTADO, YASMIN CECILIA DONOSO, GUILLERMO ENRIQUE VIDAL MORCILLO y DORA CECILIA AGUIRRE RUIZ, cuya área de terreno requerida es de 608 mts², del que igualmente se dijo que PROGASUR S.A. E.S.P. "ya realizó la construcción del gasoducto de transporte en el año 2010, tal como se evidencia en el Dictamen Pericial que se anexa...".

2. Los demandados EFRAIN HURTADO MORCILLO y/o EFRAIN MORCILLO, EZEQUIEL HURTADO, y DORA CILENA AGUIRRE RUIZ, se notificaron personalmente²; el señor GUILLERMO ENRIQUE VIDAL MORCILLO se notificó por aviso ³; las señoras OLIVIA HURTADO MORCILLO y YASMIN CECILIA DONOSO fueron emplazadas, y ante su no comparecencia se les designó Curadora ad litem con quién se surtió la notificación⁴, y las demandadas NELSSY YOLANDA GARCÉS HURTADO, CLAUDIA JIMENA MORCILLO GARCÉS, y SANDRA PATRICIA MORCILLO GARCÉS, en su condición de fideicomisarias o beneficiarias de la propiedad fiduciaria constituida a su favor por el señor EFRAIN MORCILLO respecto del inmueble con M.I. 120-183534, se notificaron por conducta concluyente ⁵.

3. En la audiencia de que trata el parágrafo del artículo 376 del C.G.P. realizada el 17 de junio de 2019, los demandados EZEQUIEL HURTADO, y DORA CILENA AGUIRRE RUIZ representados por su apoderada, en su condición de titulares de derecho de cuota del predio con M.I. 120-23809, llegaron a un "acuerdo conciliatorio" con la sociedad demandante, respecto del pago de la indemnización por la utilización del terreno y los daños que se pudieran causar con las obras del gasoducto, indicándose el valor, plazo para cancelar ese monto, data y hora en la que los prenombrados otorgarían la escritura pública de constitución de servidumbre, pacto que fue "aprobado" por el Juez.

4. Respecto de los restantes demandados, el Juzgado dictó sentencia accediendo a la imposición de las deprecadas servidumbres, reconociendo el pago del valor ahí estimado por el terreno necesario para la constitución de la misma, y por concepto de indemnización de daños, entre otras determinaciones.

5. Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de los demandados EFRAIN MORCILLO, NELSSY YOLANDA GARCÉS HURTADO, CLAUDIA JIMENA

² Fs. 105 – 106, y 125 c. ppal.

³ Fs. 101 a 104 c. ppal.

⁴ Fl. 208 c. ppal.

⁵ Fl. 196 c. ppal.

MORCILLO GARCÉS, y SANDRA PATRICIA MORCILLO GARCÉS, formuló recurso de apelación, remitiéndose las diligencias a esta Corporación para lo pertinente ⁶.

CONSIDERACIONES

1. En relación a la legitimación en la causa por pasiva en los juicios de servidumbre, el artículo 376 del C.G.P. prevé que **se deberá citar a todas las personas que tengan derechos reales sobre los predios dominante y sirviente**, de acuerdo con el certificado del registrador de instrumentos públicos que se acompañará a la demanda.

2. En el caso en estudio, y luego de una revisión exhaustiva de las anotaciones del certificado de tradición del inmueble con **M.I. 120-23809**, con base en el cual se aperturó el folio de M.I. 120-183534, en lo relevante se advierte lo siguiente:

- Mediante sentencia del 07 de junio de 1979 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán (registrada el 11 de julio de 1980), el inmueble de propiedad del causante EZEQUIEL HURTADO AGREDO se adjudicó en sucesión a: EFRAIN, HORACIO, y OLIVIA HURTADO MORCILLO, y a la señora **PATRICIA MORCILLO DE HURTADO**.

- Fallecida ésta última, mediante escritura pública No. 2506 del 30 de agosto de 1989 (registrada el 08 de noviembre de 1989) se liquidó la sucesión de la misma, adjudicándose las acciones de las que aquella era titular a EFRAIN, HORACIO, y OLIVIA HURTADO MORCILLO.

- En virtud de un proceso de **“petición de herencia”** promovido por GRACIELA MORCILLO DE VIDAL, DIDIMO y MARIANO MORCILLO, se emitió la sentencia 081 del 10 de abril de 1996 (registrada el 19 de junio de 1996), mediante la cual el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Popayán ordenó **“rehacer el trabajo de partición en la sucesión de PATRICIA MORCILLO VDA. DE HURTADO”**.

En ninguna de las anotaciones subsiguientes se verifica la inscripción del acto de liquidación y/o partición de la sucesión de la prenombrada, acatando lo ordenado por el Juzgado.

⁶ Es de anotar que la parte demandante presentó apelación adhesiva que fue declarada desierta y que además de ello ese mismo extremo y 2 de los integrantes de la pasiva no recurrentes, elevaron –aunque de forma extemporánea- solicitudes de adición del fallo impugnado.

- Mediante escritura pública No. 940 del 23 de marzo de 2007 (registrada el 21 de septiembre de 2007), el señor HORACIO HURTADO MORCILLO vende las acciones que adquirió por sentencia del 07 de junio de 1979 al señor EFRAIN HURTADO MORCILLO.

- En el mismo instrumento acabado de citar, HORACIO HURTADO MORCILLO, ANA GRACIELA MORCILLO DE VIDAL y MARIANO MORCILLO venden los derechos y acciones en la sucesión de PATRICIA MORCILLO VDA. DE HURTADO, acto éste que figura inscrito como **"FALSA TRADICIÓN"**.

- Mediante sentencia del 07 de junio de 2011 (registrada el 29 de junio de 2011), el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán declara la pertenencia en favor del señor EFRAIN HURTADO MORCILLO respecto de 23 Has del terreno.

- Por escritura pública No. 1527 del 25 de julio de 2013 (registrada el 20 de septiembre de 2013), la señora OLIVIA HURTADO MORCILLO enajena 3.466,66 acciones de dominio en favor de EZEQUIEL HURTADO, que según aclaración posterior se encuentran radicados sobre "el resto de este inmueble".

- Mediante escritura pública No. 727 del 01 de agosto de 2015 (registrada el 28 de agosto de 2015), el señor EZEQUIEL HURTADO vende 444 acciones de dominio a la señora YASMIN CECILIA DONOSO.

- Por escritura pública No. 726 del 01 de agosto de 2015, el señor EZEQUIEL HURTADO enajena 770.37 acciones de dominio al señor GUILLERMO ENRIQUE VIDAL MORCILLO.

- Mediante escritura pública No. 533 del 18 de junio de 2016 (registrada el 08 de julio de 2016), el señor EZEQUIEL HURTADO vende 770.37 acciones de dominio a la señora DORA CILENA AGUIRRE RUIZ

3. Así las cosas, en vista de que no reposa en el certificado de tradición anotación alguna relacionada con la liquidación de la sucesión de la señora **PATRICIA MORCILLO VDA. DE HURTADO**, quien figura hasta el momento como titular de acciones de dominio adquiridas por adjudicación que se le hizo mediante sentencia del 07 de junio de 1979, en voces del artículo 87 del C.G.P. **correspondía integrar el litigio con los HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS de dicha causante, cosa que no se hizo.**

Para tal efecto, con apoyo en las anotaciones No. 004, 005 y 006 del referido certificado que da cuenta de la demanda, medida cautelar y sentencia del proceso de **"petición de herencia"** que se instauró con ocasión de la sucesión de la prenombrada, se puede establecer que además de EFRAIN y OLIVIA HURTADO MORCILLO – quienes ya son parte en el proceso-, las personas que figuran como causahabientes conocidos de aquella son **HORACIO HURTADO MORCILLO, ANA GRACIELA MORCILLO DE VIDAL, DIDIMO y MARINO MORCILLO**, personas que no figuran vinculados al juicio, y que valga anotar, si bien tres de ellos realizaron una venta al señor EFRAIN HURTADO MORCILLO, la misma se encuentra viciada precisamente por no aparecer inscrito el acto de adjudicación de los derechos de cuota, de tal suerte que las enajenaciones subsiguientes *"no purgan la irregularidad"*⁷, y quienes se encuentren adquiriendo derechos de esa manera, *"son aparentes titulares del derecho de dominio... porque no hay verdadera tradición"*⁸.

4. En ese orden, retomando lo dispuesto en los artículos 87 y 376 del C.G.P. atrás citados, y lo previsto en el artículo 61 Ib., según los cuales resulta indispensable integrar el litigio con los titulares de derechos reales sobre el predio que se pretende afectar con la servidumbre, y ante el fallecimiento de uno de ellos con sus herederos quienes conforman un **LITISCONSORCIO NECESARIO**, como ocurre en este caso con los HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS de la señora PATRICIA MORCILLO VDA. DE HURTADO, se configura entonces la causal de nulidad de que trata el **numeral 8° del artículo 133 del C.G.P.**⁹, que por involucrar a PERSONAS INDETERMINADAS a quienes por esa condición no es posible poner en conocimiento la irregularidad advertida, pasa a ser *"virtualmente insubsanable"*¹⁰ y permite su declaratoria de oficio.

Lo anterior, precisando en todo caso, que **la nulidad que aquí se declara también incluye el auto aprobatorio de la conciliación que celebraron los demandados EZEQUIEL HURTADO y DORA CILENA AGUIRRE por conducto de apoderada con la**

⁷ CSJ SC10882-2015, 18 ago. 2015, rad. No. 23001-31-03-001-2008-00292-01 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

⁸ Ibidem 5.

⁹ "ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: ... 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".

¹⁰ CSJ SC 20 ago. 2013, Exp. 1100131100022003-00716-01 MP. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, entre otras.

sociedad demandante, en la audiencia del 17 de junio de 2019, toda vez que por tratarse de un litisconsorcio necesario derivado de la comunidad que existe entre los titulares de derecho de cuota, tal y como lo exige el artículo 61 lb., **los actos que impliquen la disposición del derecho en litigio deben provenir de todos los litisconsortes so pena de ineficacia**; máxime en este caso en el que debe vincularse a personas indeterminadas, las cuales al igual que algunos de los restantes demandados estarían representados por Curador ad litem quien no está facultado para conciliar (inciso segundo numeral 6 art. 372 C.G.P.).

A ello se suma, que el inmueble sobre el que aquellos adquirieron acciones de dominio (M.I. 120-23809), hasta el momento es **una única unidad inmobiliaria** y por consiguiente, no es viable que solo uno o algunos de los condóminos puedan disponer sobre la constitución de la servidumbre sobre todo el terreno, lo que explica el impedimento para registrar el acto escritural con el que pretendieron llevar a cabo el acuerdo así concebido y que se intentó superar *a posteriori* con sendas solicitudes de adición del fallo, en las que por sustracción de materia no es menester incursionar.

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 todo lo actuado dentro del presente asunto, a partir del auto de fecha 20 de marzo de 2019 ¹¹, inclusive, proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán.

Adviértase que la nulidad que aquí se declara también incluye el auto aprobatorio de la conciliación que celebraron los demandados EZEQUIEL HURTADO y DORA CILENA AGUIRRE por conducto de apoderada con PROGASUR S.A. E.S.P., en la audiencia del 17 de junio de 2019.

Segundo: En consecuencia, el Juez de primer nivel deberá renovar la actuación anulada atendiendo las consideraciones antes expuestas, con la advertencia, que la nulidad solo comprende la actuación posterior al motivo que la produjo, conservando validez la contestación u oposición a la demanda, y las pruebas

¹¹ Mediante el cual se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia concentrada de que trata el parágrafo del artículo 376 del C.G.P., proveído en el que además se señaló data para realizar la inspección judicial (fl. 212 c. ppal.).

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.).

Tercero: En atención a lo aquí decidido, por sustracción de materia no se emitirá ningún pronunciamiento frente a las solicitudes de "adición" del fallo de primer grado radicadas el 12 de agosto de 2019 y 18 de agosto de 2020 ¹² ni a la apelación del auto que negó una prueba pericial.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado sustanciador

AB.

¹² Fs. 3 a 5 y 32 a 35 c. del Tribunal.