

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL FAMILIA

Popayán, quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Corresponde desatar el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido el 18 de agosto de 2021 por el JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE SANTANDER DE QUILICHAO, dentro del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. El 12 de marzo de 2021 la señora MYRIAM CELINA VERGARA ZUÑIGA, por conducto de apoderado, promovió demanda con el fin de que se declare la existencia de la unión marital de hecho conformada entre ella y el extinto OVIDIO VALENCIA, además de la sociedad patrimonial correspondiente, acción incoada contra HEREDEROS DETERMINADOS (LIDA y LEYDA VALENCIA) e INDETERMINADOS del prenombrado causante, la que correspondió por reparto al JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE SANTANDER DE QUILICHAO, quien dispuso su admisión por auto del 23 de marzo de 2021.

2. Notificadas las demandadas determinadas, a través de apoderado formularon como **EXCEPCIONES PREVIAS** las contempladas en los **numerales 4° y 5° del artículo 100 del C.G.P.**, esto es:

- ***"Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado"***, argumentando que el poder adosado por el mandatario de la parte actora, no cumple los requisitos previstos en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020 y el artículo 6° del Acuerdo 11532 de 2020, disposiciones "*decantadas*" por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ¹, en tanto no se aportó el comprobante de su transmisión u otorgamiento por el poderdante a través de "*mensaje de datos*" para que pueda presumirse su autenticidad, y por consiguiente el togado carece de poder para ejercer dicha representación. Que aunado a lo anterior, el poder adolece de la dirección electrónica del abogado, y visto su contenido solo se facultó al apoderado para solicitar "*la declaración de existencia de unión marital de hecho*", sin embargo en la pretensión segunda del libelo se pide también la declaratoria de existencia y disolución de la sociedad patrimonial, así como su posterior liquidación, acto éste para el cual no se otorgó el mandato.

¹ Cita providencia datada el 03 de septiembre de 2020, rad. No. 55194 MP. HUGO QUINTERO BERNATE.

- "**Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones**", por cuanto los hechos de la demanda "además de contener más de un supuesto fáctico, no se encuentran debidamente determinados, ni clasificados, ni sustentan ninguna pretensión" (núm. 5 art. 82 C.G.P.), y la mayoría de los fundamentos de derecho "no respaldan ninguna pretensión" (núm. 8 lb.).

3. Del escrito de excepciones previas se surtió el traslado por tres días mediante fijación en lista efectuada el 04 de mayo siguiente, oportunidad en la que el gestor judicial de las demandadas determinadas puso en conocimiento que desde el 16 de abril de 2021 había enviado tal escrito tanto a la dirección electrónica del Juzgado como al del apoderado de su contraparte, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 2020, al haberse cumplido con el traslado a la parte actora por ese canal digital debía prescindirse del traslado por Secretaría, además de advertir, que el término correspondiente transcurrió durante los días 21, 22 y 23 de abril (descontando los dos (02) días – 19 y 20 de abril - que contempla el Decreto para garantizar el recibo del correo electrónico), sin que el togado efectuara ningún pronunciamiento, por lo que solicita declarar probadas las excepciones formuladas y terminar el proceso.

El apoderado de la parte demandante no presentó ningún memorial en respuesta a las excepciones incoadas por la pasiva.

3. EL AUTO APELADO. Decidió dejar sin efecto la lista de traslado datada el 04 de mayo de 2021, y declarar probada la excepción previa de "**indebida representación del demandante por insuficiencia de poder**", luego de considerar la funcionaria, que le asiste razón al apoderado de las demandadas en cuanto a la aplicación de lo dispuesto en el párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 2020, al hallarse acreditado que ese extremo procesal cumplió con el traslado del escrito de excepciones a su contraparte, mismo que equivocadamente volvió a correr el Juzgado, el cual debe dejarse sin efecto.

En cuanto a los requisitos del poder, argumentó, que de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en el auto del 03 de septiembre de 2020, se debe acreditar que la parte interesada "lo transmitió desde su herramienta digital a su abogado" para suplir la presentación personal, formalidad ésta que no se cumplió en este caso, como tampoco acreditó el togado la autenticación ante notario o la presentación personal ante Juzgado u Oficina Judicial.

De otro lado, advirtió que de acuerdo con el artículo 74 del C.G.P. el objeto del mandato debe estar claramente determinado, y que entre las facultades del apoderado que consagra el artículo 77 del C.G.P., no se incluye la de pedir la declaratoria de la comunidad de bienes entre los pretensos compañeros permanentes, aspecto distinto a la declaratoria de la unión marital de hecho, por lo que el mandato en ese sentido debía ser expreso.

En ese orden concluye, que ante los requisitos formales de que adolece el poder, el mismo resulta insuficiente, y en vista de que se trata de una excepción que impide continuar con el trámite del proceso y que no fue subsanada oportunamente por la parte actora, en voces del numeral 2º del artículo 101 del Estatuto Procesal se la declara probada la misma y con ello, sin necesidad de abordar el estudio de la otra excepción planteada, se declara terminada la actuación.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN. Fue presentado el 23 de agosto de 2021 en subsidio del de reposición por la parte actora, manifestando, que si el Juzgado encontró que le asiste razón a los argumentos de quien excepciona, *"lo justo es que se debe dejar sin efecto el auto de admisión proferido en su momento, recogiendo tal decisión e inadmitiendo la demanda para que sea subsanada como se prevé en el artículo 90 ejusdem, señalando los defectos que le son atribuibles, concediendo cinco (5) días para el efecto, so pena de rechazo; ello en armonía con lo reglado en el numeral 2 del artículo 101 Ibidem"*, so pena de extender a la parte *"un efecto nocivo a un lapsus de la judicatura"*, quien de haber observado los yerros del libelo debió inadmitirla en su momento, otorgando el término para subsanar los mismos.

Que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 101, en este caso el defecto señalado por la a quo *"es totalmente subsanable"*, por lo que procede a acompañar junto con el escrito del recurso el poder conferido por la demandante con nota de presentación ante Notario, y agrega, que de no permitirse subsanar ese aspecto, se estaría privando a la actora *"de la acción patrimonial en que se ampara su fundamental derecho, atado directamente a las prerrogativas ancladas en la familia de hecho"*.

Igualmente advierte, que la demanda presentada incluyó en el acápite de pretensiones la declaración de existencia de la unión marital de hecho, para lo cual no se puede esgrimir la insuficiencia de poder, en tanto se encuentra ahí claramente relacionada, por lo que no es ajustado a derecho el terminar la

actuación, cuando en último término “debería continuar con aquella pretensión”.

Por otro lado, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 93 del C.G.P., en memorial anexo al recurso procede a “reformular” la demanda, incluyendo el nuevo poder en el que se adiciona la petición de declarar la existencia de la consecuente sociedad patrimonial, como también su disolución y estado de liquidación.

4.1. El Juzgado negó la reposición mediante proveído datado el 24 de septiembre de 2021, y concedió la apelación incoada en forma subsidiaria en el efecto devolutivo.

CONSIDERACIONES

1. El auto reprochado es susceptible de este recurso en voces del numeral 7º del artículo 321 del Código General del Proceso, y el suscrito Magistrado es competente para conocer del asunto, acorde con lo previsto en los artículos 31 y 35 *ibídem*.

2. Así concretado el asunto, el problema jurídico que debe resolver la Sala gravita en dilucidar, si la determinación de la funcionaria de primer grado de declarar probada la excepción previa de “*indebida representación del demandante por insuficiencia de poder*” se encuentra ajustada a derecho, o en su defecto, si debe revocarse tal determinación y disponerse cosa distinta a lo allí decidido.

2.1. En desarrollo de esa tarea, como primer punto memórese, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020, vigente para la fecha de presentación del libelo, en relación con los poderes se establece:

“ARTÍCULO 5o. PODERES. Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

En el poder se INDICARÁ EXPRESAMENTE LA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO DEL APODERADO que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.

Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.”

2.6. En el sub examine, se observa que se acompañó con la demanda memorial poder escaneado en formato pdf, suscrito por la poderdante

MYRIAM CELINA VERGARA ZÚÑIGA, el cual, tal y como lo advirtió el apoderado de la contraparte, **carece de la dirección de correo electrónico del apoderado que corresponda con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados**, requisito especial contemplado en la nueva regulación y que no puede pasarse por alto, pues se trata de una de las herramientas establecidas para el trámite de las actuaciones judiciales de manera virtual, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional.

Así mismo, se evidencia que **en el término de traslado de las excepciones previas, el apoderado de la demandante no realizó ninguna gestión encaminada a subsanar la comentada falencia**, - es más, ni siquiera se pronunció frente a los yerros enrostrados por su contraparte-, **siendo su deber corregir los defectos anotados EN ESA OPORTUNIDAD, como lo dispone expresamente el numeral 1° del artículo 101 del C.G.P.**²

2.7. En ese orden, carecen de todo fundamento jurídico los argumentos del recurrente atinentes a que se deje sin efecto el auto admisorio, inadmitiendo la demanda, y que se le otorgue un nuevo plazo para corregir las pifias del poder, dado que el artículo 101 del C.G.P. no contempla otro término o momento procesal distinto al traslado de las excepciones previas para que el togado enmiende las que sean susceptibles de ello, además, señala expresamente que surtido el traslado de rigor, *“el juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas – como ocurre en este caso -, antes de la audiencia inicial”*, sin que se le exija realizar requerimiento alguno a la parte actora o desplegar otra actuación adicional.

2.8. Igualmente no es de recibo el proceder del abogado, de pretender revivir la oportunidad para corregir las falencias del poder a través de una reforma de la demanda, presentada junto con el recurso de reposición y en subsidio apelación frente al auto que declaró probadas las excepciones previas que dieron por terminada la actuación, en tanto que, de la lectura del numeral 3°

² **“ARTÍCULO 101. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS.** *Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado. (...) 1. Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, SUBSANE LOS DEFECTOS ANOTADOS.”*

del artículo 101³, se desprende que en este asunto la corrección, aclaración o reforma del libelo debió presentarse con anterioridad a que se emitiera la decisión recurrida, toda vez que ante el vencimiento en silencio del traslado de dichas excepciones, a la Juez de primer nivel no le quedaba otro camino que resolver lo pertinente, sin que la reforma presentada con posterioridad a su providencia tenga la virtualidad de retrotraer la actuación y permitirle al abogado corregir lo que en su momento procesal omitió, propósito éste que en últimas tampoco se logró, dado que **el poder allegado con la comentada reforma aún carece de la dirección electrónica del apoderado**, requisito del que se itera no se puede prescindir.

2.9. Por último, tampoco se acogen los planteamientos de la censura referentes a la afectación de los derechos fundamentales de su prohijada por no permitírsele subsanar los defectos enrostrados, puesto que sí se le concedió a esa parte la oportunidad para enmendar dichos yerros, cosa distinta es que sin justificación válida dejara vencer el término para proceder a ello, sin que pueda predicarse la transgresión de prerrogativas de orden superior por la estricta observancia de los términos procesales y el principio de eventualidad y preclusión, que también constituyen garantía del debido proceso.

2.10. Ante ese escenario, **no habiendo satisfecho el apoderado la plenitud de los requisitos del poder, el mismo no puede entenderse debidamente conferido**, y por ende la excepción previa de indebida representación de la demandante por insuficiencia de poder ⁴ estaba llamada a prosperar como acertadamente determinó la *a quo* aunque con fundamento en otras razones.

3. En consecuencia, ninguna utilidad reporta incursionar en los demás reparos expuestos por el apelante, o los restantes defectos del poder denunciados por la parte demandada y acogidos por la funcionaria de primer grado, y de

³ "3. Si se hubiere corregido, aclarado o reformado la demanda, solo se tramitarán una vez vencido el traslado. Si con aquella se subsanan los defectos alegados en las excepciones, así se declarará.

Dentro del traslado de la reforma el demandado podrá proponer nuevas excepciones previas siempre que se originen en dicha reforma. Estas y las anteriores que no hubieren quedado subsanadas se tramitarán conjuntamente una vez vencido dicho traslado."

⁴ Al respecto explica la Corte: "[L]a indebida representación de las partes en el proceso se da, en primer lugar, cuando alguna de ellas o ambas, pese a no poder actuar por sí misma, como ocurre con los incapaces y las personas jurídicas, lo hace directamente o por intermedio de quien no es su vocero legal; y, en segundo término, cuando interviene asistida por un abogado que carece, total o parcialmente, de poder para desempeñarse en su nombre" (SC15437, 11 nov. 2014, exp. n.º 2000-00664-01. En el mismo sentido SC, 11 agosto. 1997, rad. n.º 5572)" (Citada en CSJ AC1764-2021, 12 may. 2021, rad. No. 68001-31-10-007-2018-00249-01 MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO).

Ref. DECLARATIVO DE UNIÓN MARITAL DE HECHO rad. No. 19698-31-84-001-2021-00028-01 de Myriam Celina Vergara Zúñiga Vs. Lida Valencia y otra.

contera, se responde afirmativamente el problema jurídico propuesto, lo que conlleva a confirmar la decisión atacada.

Al tenor de lo previsto en el ordinal 8° del artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas en ésta instancia, por no haberse causado.

Por lo expuesto, la SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR el auto proferido el 18 de agosto de 2021 por el JUZGADO PRIMERO PROMISCO DE FAMILIA DE SANTANDER DE QUILICHAO, dentro del asunto del epígrafe.

Segundo: Una vez ejecutoriado el presente auto, y en vista de que las diligencias se remitieron a esta Corporación por medio digital, por conducto de Secretaría comuníquese la presente determinación al Despacho de origen, anexando también por dicho medio solamente la actuación correspondiente a la segunda instancia, efectuándose las desanotaciones de rigor.

Notifíquese y Cúmplase.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado sustanciador

AB.