El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA –DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Providencia : Auto – 24 de abril de 2017

 Declara nulidad de lo actuado desde la sentencia

 Proceso : Ordinario – Nulidad de escritura pública

Radicación : 2014-00226-01

 Demandante (s) : Gloria Elena Cardona López y otra

 Demandada : María Overy Castaño Jiménez

Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

 Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

**Tema (s)**  : **LITISCONSORCIO NECESARIO.** “Al formular la pretensión solo se dirigió contra la señora María Overy, cuando en ese acto había comparecido el señor Cardona García, quien como se anotará, también debió ser sujeto en la parte pasiva, y ante su deceso anterior al inicio de la demanda (Folio 6, cuaderno principal), debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 81-3º del CPC, o lo que es lo mismo, formularse contra sus herederos, pues ya estaba en curso el proceso de sucesión y habían sido reconocidas, Zoraida y Leila Mónica Cardona López (Folios 15 a 20, cuaderno principal), por lo que con ellas correspondía integrar el litisconsorcio necesario. (…) En armonía con las premisas expuestas, se declarará la nulidad de lo actuado desde la decisión de primera instancia, inclusive, a fin de que en primera sede se enmiende la actuación, bajo los aspectos que acá se han puesto de presente.”.

Pereira, Rda., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017).

1. el asunto por decidir

Previo a la decisión de fondo, debe resolver sobre la nulidad que advierte esta Sala, en el curso del proceso de la referencia, al tenor de las consideraciones que siguen.

1. la síntesis de la crónica procesal

El día 08-08-2014 el Juzgado Cuarto de Familia local, rechazó por falta competencia, la demanda presentada para iniciar proceso de nulidad de escritura pública (Folios 42 y 43, cuaderno de primera instancia). Recibido el expediente por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de este municipio, avocó conocimiento (Folio 47, cuaderno de primera instancia) y luego la admitió (Folio 47, ibídem), ordenó notificarla y correr traslado, entre otros ordenamientos (Folios 48 y 49, ibídem).

La demandada recibió notificación personal el 31-10-2014 (Folio 56, ibídem) y se opuso a través de excepciones de mérito (Folios 57 a 85, ib.). El Juzgado Primero Civil del Circuito local, asumió el conocimiento del proceso, el 25-05-2016 por haberlo recibido con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1395 (Folio 96, ib.). Luego, el 15-06-2016 se surtió la audiencia preliminar y fueron decretadas las pruebas (Folios 104 a 112, ib.). Agotado el debate probatorio, el día 31-03-2017 se desarrolló la audiencia de instrucción y juzgamiento, donde se presentaron las alegaciones finales y se emitió sentencia desestimatoria, como fue recurrida por la parte actora, se concedió la alzada ante esta Corporación (Consta en disco compacto).

1. las estimaciones jurídicas para decidir
	1. El régimen de las nulidades procesales

La institución de las nulidades de tipo procedimental está consagrada con el propósito de salvaguardar el derecho constitucional del “debido proceso” y su derivado natural, el derecho de defensa (Artículo 29 de la CP).

El régimen establecido por nuestra Codificación Ritual Civil se informa por el principio de la taxatividad o especificidad, por cuya razón las causales de anulación, única y exclusivamente son las estipuladas en los artículos 140 y 141 CPC, estatuto aplicable acorde con lo dispuesto en el artículo 625-5º del CGP, pues si bien la sentencia es emitida luego de la entrada en vigencia ese estatuto, la actuación que se estima anómala, se surtió en vigencia del CPC, sin que sobre precisar que la causal consagrada en el CGP, guarda identidad con la estatuida en el anterior ordenamiento.

En efecto, respecto a esa taxatividad, puede consultarse la doctrina de los profesores Canosa Torrado[[1]](#footnote-1), López Blanco[[2]](#footnote-2), Azula Camacho[[3]](#footnote-3), Miguel Enrique Rojas G.[[4]](#footnote-4) y Henry Sanabria Santos[[5]](#footnote-5)-[[6]](#footnote-6). Otros principios[[7]](#footnote-7) de igual entidad, que permean la figura en comento, son el de preclusión, protección, convalidación, trascendencia y legitimación para invocarla, así lo reconoce la CSJ[[8]](#footnote-8).

La sentencia C-491 de 1995 de la Corte Constitucional, agregó otra causal, en los siguientes términos: *“Además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el artículo 29 de la Constitución, según el cual es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, (...)”.*

* 1. Los presupuestos de las nulidades procesales

Consisten en la concurrencia de legitimación, falta de saneamiento y oportunidad para proponerlas (Artículos 142, 143 y 144 del CPC); verificado el cumplimiento de tales requisitos se abre paso el análisis de la respectiva causal. En este caso, se hace el pronunciamiento de oficio, conforme autoriza el artículo 145 ibídem, por ello hay habilitación legal para declararla, amén de que es tempestivo hacerlo. Empero ser la causal saneable (Artículo 144, ordinal 3°, CPC), ante la ausencia de las personas preteridas como parte, debe remediarse bajo la declaración de nulidad.

* 1. La indebida notificación a los terceros

Establece el artículo 140-9º del CPC, que cuando se práctica en forma indebida, valga decir no se hace en forma legal, (i) La notificación a las personas determinadas, cuando la ley ordena, que deban ser citadas como partes o como sucesores de quien es parte; o (ii) El emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas; será nula la actuación posterior que dependa de dicha comunicación, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla (Artículo 144-4º, CPC). Al respecto la jurisprudencia de la CSJ[[9]](#footnote-9), ha dicho:

4.1.- El artículo 140, numeral 9º, erige como motivo de nulidad, la indebida notificación o emplazamiento de las personas que deben ser citadas como partes, así sean indeterminadas, causal que no otra cosa propende rescatar la posibilidad de efectivizar las garantías mínimas de defensa y contradicción, en el sentido de permitir conocer y rebatir tanto los hechos como las pretensiones, y de ejercer el legítimo derecho de impugnación.

En palabras de la Sala, la notificación y el emplazamiento en debida forma, “franquea la puerta al ejercicio del derecho de defensa, garantía constitucional que como componente fundamental del debido proceso se resiente en presencia de irregularidades en el trámite cumplido para lograr la comparecencia del demandado en el juicio. En ese contexto, la ley requiere que la primicia sobre la existencia del proceso deba darse al demandado cumpliendo a cabalidad las exigencias que ha puesto el legislador en tan delicada materia, todo con el fin de lograr el propósito de integrarlo personalmente a la relación jurídico procesal”.

* 1. Las partes en el proceso de nulidad negocial

En este tipo de pretensiones, siempre que se trate de una nulidad absoluta (Artículos 1524, 1741 y 1742, CC), y tal como lo recopila la doctrina patria[[10]](#footnote-10)-[[11]](#footnote-11), podrá formular la pretensión no solo quien haya intervenido en el contrato, sino además todo aquel que tenga interés en ello, porque *“(…) esté enfrentado a una consecuencia desfavorable actual o inminente derivada del contrato (…)”* o pueda estimarse beneficiado con su anulación.

La parte pasiva deberá ser el (los) contratante (s), diferente del actor o ambos, cuando aquél sea un tercero, con quienes se integrará un litisconsorcio necesario.

* 1. El caso concreto que se analiza

A partir de las premisas jurídicas precitadas, en este asunto se ha presentado la nulidad del numeral 9º del artículo 140 del CPC, tal como pasará a explicarse.

Como atrás se dijera, aquí se pretende la declaratoria de nulidad de la escritura pública No. 925 de 26-03-2012 de la Notaría Tercera de esta ciudad (Folios 7 y 8, cuaderno principal), instrumento a través del cual fue declarada la existencia de la unión marital de hecho entre María Overy Castaño Jiménez y Héctor Cardona García.

Al formular la pretensión solo se dirigió contra la señora María Overy, cuando en ese acto había comparecido el señor Cardona García, quien como se anotará, también debió ser sujeto en la parte pasiva, y ante su deceso anterior al inicio de la demanda (Folio 6, cuaderno principal), debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 81-3º del CPC, o lo que es lo mismo, formularse contra sus herederos, pues ya estaba en curso el proceso de sucesión y habían sido reconocidas, Zoraida y Leila Mónica Cardona López (Folios 15 a 20, cuaderno principal), por lo que con ellas correspondía integrar el litisconsorcio necesario.

Lo anterior porque la relación jurídica creada entre María Overy y Héctor, crea derechos personales[[12]](#footnote-12) y económicos para los comparecientes[[13]](#footnote-13), indefectiblemente tiene efectos en los derechos patrimoniales de los herederos determinados e indeterminados del señor Cardona García, dado que al declararse la existencia de la unión marital de hecho, se origina la presunción de la sociedad patrimonial entre esos compañeros (Artículo 2º, Ley 54 de 1990), misma que fue declarada disuelta y en proceso de liquidación a la apertura de la sucesión (Folio 12, cuaderno principal).

En este punto, válidas son las palabras del profesor Rojas G.[[14]](#footnote-14), al referir: *“(…) Algo similar sucede con los casos en los que existiendo una relación jurídica sustancial creada apenas por dos sujetos, uno de ellos perece y deja (…) herederos. Mientras no se adjudiquen los derechos y obligaciones del fallecido, los herederos en conjunto ocupan su lugar en dicha relación jurídica, por lo que, de llegar a entablarse algún proceso judicial sobre ella, debe hacerse comparecer a todos los herederos del proceso, por cuanto sobre los interese de todos ellos, en cuanto tales, han de producirse los efectos jurídicos de la decisión que llegue a adoptarse en el proceso (…)”.*

Así las cosas, las circunstancias expuestas, evidencian que se ha configurado una flagrante vulneración al debido proceso, ya que la actuación está viciada por la causal del artículo 140-9º del CPC.

Ahora bien, los efectos de su declaratoria en este asunto se señalará que sólo afectan lo actuado desde la sentencia objeto de alzada, inclusive, porque las personas que deben ser citadas al proceso tienen el carácter de partes con quienes se logra la correcta integración del litisconsorcio necesario de conformidad con el artículo 83 del CPC y en esas condiciones, su falta de citación afecta la decisión de primera. Así lo recuerda el profesor Sanabria Santos[[15]](#footnote-15) al citar una decisión de la CSJ:

Desde luego que, cuando así suceda, el decreto de la nulidad sólo comprenderá el trámite adelantado en la segunda instancia y la sentencia apelada y objeto de consulta, puesto que abolida ésta se restituye la posibilidad de disponer la citación oportuna de las personas que debieron formular la demanda o contra quienes se debió dirigir ésta para los fines que atañen con la defensa de sus intereses...

1. las decisiones

En armonía con las premisas expuestas, se declarará la nulidad de lo actuado desde la decisión de primera instancia, inclusive, a fin de que en primera sede se enmiende la actuación, bajo los aspectos que acá se han puesto de presente.

Considerando suficientes los argumentos expuestos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria,

R e s u e l v e,

1. DECLARAR la nulidad de lo actuado en este proceso desde la sentencia de primera instancia proferida el 31-03-2017, inclusive.
2. DEVOLVER el expediente al Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, para que se rehaga la actuación viciada, con estricto acatamiento de los términos anotados en esta providencia.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

Magistrado

*dgh / DGD/ 2017*

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

*S E C R E T A R I O*

1. CANOSA T., Fernando. Las nulidades en el derecho procesal civil, 6ª edición, Bogotá DC, 2009, Ediciones Doctrina y ley Ltda, p.23. [↑](#footnote-ref-1)
2. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil, tomo I, parte general, 11ª edición, Bogotá DC, Dupré editores, 2012, p.913 ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. AZULA C., Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo II, 4ª edición, editorial Temis, Bogotá DC, 1994, p.303. [↑](#footnote-ref-3)
4. ROJAS G., Miguel E. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá DC, p.178. [↑](#footnote-ref-4)
5. SANABRIA S., Henry. Nulidades en el proceso civil, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá DC, 2011, p.124. [↑](#footnote-ref-5)
6. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Henry Sanabria S., Impresor Panamericana Formas e Impresos SAS, 2014, p.258. [↑](#footnote-ref-6)
7. CANOSA T., Fernando. Ob. cit., p.19 y ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia SC15413 de 2014, MP: Margarita Cabello Blanco. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, Civil. Sentencia del 01-03-2012, MP: Jaime A. Arrubla P., No.2004-00191-01. [↑](#footnote-ref-9)
10. CANOSA T., Fernando. Las nulidades en el derecho civil, 2ª edición, Bogotá DC, 2009, Ediciones doctrina y ley Ltda, p.64. [↑](#footnote-ref-10)
11. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo 4, procesos de conocimiento, ESAJU, 2016, Bogotá DC, p.195. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. Sentencia del 25-05-2010, MP: Ruth M. Ríos R., No.2004-00556-01 [↑](#footnote-ref-12)
13. C-1033 de 2002, C-283 de 2011 y C-238 de 2012. [↑](#footnote-ref-13)
14. ROJAS G., Miguel E. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá, p.72. [↑](#footnote-ref-14)
15. SANABRIA SANTOS, Henry. Ob. cit., p.356. [↑](#footnote-ref-15)