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

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

Providencia : Auto – 2ª instancia – 26 de abril de 2017

 Confirma negativa de tramitar nulidad

 Proceso : Cesación de efectos civiles de matrimonio religioso

 Radicación : 2016-00766-01

Demandante : Edilma de Jesús Marín Pulgarí

n

Demandado (s) : Ómar de Jesús Vásquez Monsalve

Procedencia : Juzgado Primero de Familia de Pereira

 Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Temas : **PRECLUSIÓN – TAXATIVIDAD – ANALOGÍA – INCIDENTE.** “De entrada advierte esta Sala que confirmará la providencia cuestionada, puesto que la promoción de la nulidad por pretermisión de instancia presupone la existencia de un trámite o proceso en curso, de tal suerte que en este evento ha debido formularse, como plazo último, antes del vencimiento del término de ejecutoria del proveído que declaró desierta la apelación contra el auto que rechazó la demanda y ordenó el archivo de las diligencias, tal como indicó la jueza de instancia. Esa providencia finalizó la instancia. Se difiere del argumento consistente en diferenciar el plazo para recurrir y promover un incidente de nulidad, que según dice el recurrente, “*por su naturaleza no deben interponerse durante la ejecutoria de una providencia*”, para así habilitarse en la oportunidad para formular su nulidad. Se refuta que, si bien en el CPC se autorizaba el trámite incidental de una nulidad cuando el Juez considerara necesario decretar alguna prueba (Artículo 142-5º, CPC), hoy en día, con la entrada en vigencia del CGP, ese mandato fue eliminado del artículo 134-4º, CGP, al decir que: *“(…) El Juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de pruebas que fueren necesarias (…)”*. Asunto diverso es que algunas causales de invalidación puedan proponerse como recursos, pero no es el caso.”.

Pereira, R., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso ordinario interpuesto, en el proceso de la referencia, por el apoderado judicial de la parte demandante contra el auto del 07-02-2017, al tenor de las consideraciones jurídicas que siguen.

1. LA RESEÑA DE LA ROVIDENCIA RECURRIDA

Declaró que la nulidad impetrada era “improcedente” por formularse por fuera de término, pues la decisión cuestionada ya estaba ejecutoriada y en firme (Sic); agregó que el recurrente debió presentar sustentación adicional de la apelación dentro del plazo del artículo 322-3º, 4º, CGP (Folio 21, cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Se pide revocar la decisión y en su lugar, se “anule” (Sic) el auto que declaró desierto el recurso de apelación propuesto frente al proveído que rechazó la demanda. Para el efecto, aduce que la *a quo* confunde el término de ejecutoria para proponer un recurso con el de las nulidades, pues se trata de incidentes que pueden ser propuestos hasta antes del fallo de instancia. Por su naturaleza no deben interponerse durante la ejecutoria de una providencia.

Además, refiere que ya había formulado los reparos con la interposición de los recursos de reposición y en subsidio apelación, por lo tanto, el juzgado no podía exigirle algo que ya había hecho (Se entiende sustentación del recurso de apelación), y así cercenarle el curso normal al proceso con la declaratoria de desierto de un recurso legalmente interpuesto y ajustado a las normas procesales (Folios 22 y 23, cuaderno No.1).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR
	1. La competencia funcional. La facultad jurídica para resolver esta controversia radica en esta Colegiatura por el factor funcional (Artículo 32-1º, CGP), dada su condición de superiora jerárquica del Juzgado donde cursa el proceso.
	2. Los presupuestos de viabilidad del recurso. Siempre es indispensable la revisión de los supuestos de viabilidad del recurso, como rotula la doctrina[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2), a efectos de examinar el tema discutido por vía de apelación. Se dice que son ellos una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión. Y como anota el profesor López Blanco: “*En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo.*”[[3]](#footnote-3).

Los requisitos son concurrentes, ausente uno debe desecharse el estudio de la impugnación. Para este caso se encuentran cumplidos, hay legitimación en la parte que recurre porque hay mengua de sus intereses con la decisión atacada, el recurso es tempestivo, al aludida providencia es susceptible de apelación (321-6º, CGP) y está cumplida la carga procesal de la sustentación (Artículo 322-3º, CGP).

* 1. El problema jurídico para resolver. ¿Debe modificarse, confirmarse o revocarse el auto del Juzgado Primero de Familia de Pereira, que denegó tramitar la nulidad formulada por la parte actora, según lo argüido en este recurso?
1. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO
	1. El debido proceso y el principio de preclusividad

Las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento (13º, ibídem) y con ese fin, se ha precisado que los términos procesales son perentorios e improrrogables (117, ibídem), lo que implica que deben cumplirse acuciosa y eficazmente, tanto por quienes administran justicia, como por los justiciables[[4]](#footnote-4). Lo que se enmarca en el debido proceso, por el que deben velar los primeros y es garantía del reclamo de los segundos.

En ese contexto y bajo el entendido de que el**debido proceso** es un derecho de rango fundamental, según el cual toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas, es preponderante tener definidos los momentos procesales con que se cuenta, y más precisamente, las oportunidades para actuar, porque la desatención de aquellos, avoca el descuidado a la aplicación del principio de preclusividad[[5]](#footnote-5), también llamado de eventualidad[[6]](#footnote-6), que consiste en que una vez superado un estadio procesal, es imposible retrotraerse al anterior, razonable postulado que procura que el proceso sea eficaz para la resolución de los conflictos.

El prementado derecho es garantía para las partes y desarrollo del debido proceso, anota el profesor Cabrera A.[[7]](#footnote-7): “*(...) constituye una garantía para las partes, por cuanto cada una de ellas tiene certeza de que si expiró una etapa o un término sin que la otra hubiere realizado determinado acto que debía llevar a cabo en esa ocasión, ya no podrá ejércelo más adelante.*”.

Todo lo anterior, para resaltar que el operador jurídico (No solo judicial) está sometido al imperio de la normativa, lo que genera seguridad para todos los intervinientes, por eso el juzgador debe velar por el cumplimiento de todas las etapas del trámite, en la forma en que fueron establecidas y dentro de las oportunidades, así señala la Corte Constitucional[[8]](#footnote-8) (En adelante CC), al indicar:

De igual forma, el cumplimiento de los términos desarrolla el principio de seguridad jurídica que debe gobernar los procesos y actuaciones judiciales pues, si bien todas las personas tienen derecho a acceder a la administración de justicia, ellas están sujetas a una serie de cargas procesales, entre las cuales se resalta la de presentar las demandas y demás actuaciones dentro de la oportunidad legal, es decir, acatando los términos fijados por el legislador. Sublínea y versalitas, fuera de texto original.

En suma, el debido proceso no solo es un derecho fundamental sino también una garantía judicial para los partícipes en el escenario procesal, los términos están prefijados por la normativa y a ellos deben amoldarse las actuaciones, so pena de desquiciar la seguridad jurídica que ello implica.

* 1. La nulidad procesal y su alegación

Esta institución está consagrada con el propósito de salvaguardar el derecho constitucional del “debido proceso” y su derivado natural, el derecho de defensa (29, CP).

El régimen establecido por nuestra Codificación General Adjetiva se informa por el principio de la taxatividad o especificidad, por cuya razón las causales de anulación, en su gran mayoría son las estipuladas en el artículo 133 del CGP.En este sentido, en forma pacífica, puede consultarse a los profesores Canosa T.[[9]](#footnote-9), López B.[[10]](#footnote-10), Azula C.[[11]](#footnote-11) y Miguel E. Rojas G.[[12]](#footnote-12) Otros principios[[13]](#footnote-13) de igual entidad, que permean la figura en comento, son el de preclusión, protección, convalidación y trascendencia, reconocidos por la jurisprudencia de la CSJ[[14]](#footnote-14). El sistema del CGP está inspirado, esencialmente, sobre los mismos principios y reglas de CPC[[15]](#footnote-15).

En el nuevo estatuto sobresalen dos causales de nulidad novedosas, que no se enlistan en su artículo 133; la derivada del incumplimiento del plazo para proferir sentencia (121, CGP); y, la inasistencia del juez o magistrados a las audiencias o diligencias (107, CGP).

Adicionalmente la C-491 de 1995 agregó otra causal, así: *“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, (...)”;* diferente de la prevista en el artículo 133-5º y con vigencia para el CGP, pues se revalidó recientemente en la C-537 de 2016, que declaró exequible, entre otros, al mentado artículo 133.

Ahora, los presupuestos de la invalidación son: (i) Legitimación, (ii) Falta de saneamiento y (iii) Oportunidad (Artículos 134, 135 y 136 del CGP); verificado el cumplimiento de tales requisitos se abre paso el análisis de la respectiva causal. No huelga anotar que sobre esta figura la CC se ha pronunciado, con reiteración y consistencia de los criterios expuestos[[16]](#footnote-16).

Destácase, para efectos del análisis que se hará en esta decisión, el presupuesto de la oportunidad, cuyo propósito es que esa sucesión de actos llamada proceso, se ordenen al propósito de finiquitar la instancia con una decisión de fondo, generalmente una sentencia, para que válidamente finalice la contienda. Nótese que este principio es general para el proceso y especial en cuanto a las nulidades.

Explica el profesor Ramírez Gómez, citando al maestro uruguayo Couture: “*está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.*”.

Oportunas se muestran las palabras de la CSJ[[17]](#footnote-17), Sala Civil, explicando este principio, en los siguientes términos:

… Uno de los principios que gobiernan el procedimiento civil es el de la eventualidad o preclusión, por cuyo influjo el proceso está fraccionado en varias etapas dentro de las cuales pueden cumplirse ciertos actos o realizarse determinadas conductas.

Es ese uno de los postulados fundamentales para la legalidad de las actuaciones que se surten dentro de un trámite judicial, y su finalidad consiste en poner orden, claridad y rapidez en la marcha del litigio. El mismo supone una división del proceso en una serie de momentos fundamentales en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez, de manera que algunos actos deben corresponder, exclusivamente, a un período específico fuera del cual no pueden ser ejercitados, y si se ejercitan carecen de valor o eficacia por extemporáneos.

(…)

La seguridad jurídica, por tanto, sufriría un grave menoscabo si no fuera por la rigurosa observancia de la máxima que se viene comentando;… Resaltado extraño al texto original.

El artículo 134 del CGP determina el momento procesal para invocar las nulidades. En efecto, la regla general es en el curso de la instancia donde aconteció la irregularidad o después de dictada la sentencia, siempre que se halla originado en ella (Artículo 134-1º, CGP); y de manera exceptiva, pueden alegarse con posterioridad, pero restringidas a algunas causales (Indebida representación, falta de notificación o emplazamiento y aquella originada en un fallo irrecurrible - 134-2º y 3º, ibídem) en: (i) La diligencia de entrega; (ii) la ejecución de la sentencia o en el proceso ejecutivo a continuación; (iii) el proceso ejecutivo antes de su terminación; y, finalmente, (iv) el recurso de casación o revisión, al tenor de las expresas causales del respectivo medio impugnaticio. En este sentido el profesor Sanabria S.[[18]](#footnote-18).

1. EL CASO CONCRETO ANALIZADO

De entrada advierte esta Sala que confirmará la providencia cuestionada, puesto que la promoción de la nulidad por pretermisión de instancia presupone la existencia de un trámite o proceso en curso, de tal suerte que en este evento ha debido formularse, como plazo último, antes del vencimiento del término de ejecutoria del proveído que declaró desierta la apelación contra el auto que rechazó la demanda y ordenó el archivo de las diligencias, tal como indicó la jueza de instancia. Esa providencia finalizó la instancia.

Se difiere del argumento consistente en diferenciar el plazo para recurrir y promover un incidente de nulidad, que según dice el recurrente, “*por su naturaleza no deben interponerse durante la ejecutoria de una providencia*”, para así habilitarse en la oportunidad para formular su nulidad. Se refuta que, si bien en el CPC se autorizaba el trámite incidental de una nulidad cuando el Juez considerara necesario decretar alguna prueba (Artículo 142-5º, CPC), hoy en día, con la entrada en vigencia del CGP, ese mandato fue eliminado del artículo 134-4º, CGP, al decir que: *“(…) El Juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de pruebas que fueren necesarias (…)”*. Asunto diverso es que algunas causales de invalidación puedan proponerse como recursos[[19]](#footnote-19), pero no es el caso.

Nótese cómo una lectura simple del enunciado literal permite llegar a la conclusión antes apuntada, parecer intelectivo predicado por los doctores Sanabria Santos[[20]](#footnote-20) y Miguel E. Rojas G.[[21]](#footnote-21), que desde luego se comparte por este Despacho. En refuerzo argumental cabe aducir que ningún fundamento normativo, ni doctrinal como jurisprudencial se advierte en la afirmación de la “naturaleza” del incidente. Tesis contraria se lee en la obra del maestro López Blanco, sin embargo, no luce como una posición actualizada con el CGP, pues el párrafo que desarrolla la idea en el texto de 2016[[22]](#footnote-22) es idéntico al de 2012[[23]](#footnote-23).

Ahora, ninguna de las hipótesis enunciadas en el artículo 134 del CGP (Ni la regla general ni la excepcional), subsume la situación alegada; tampoco resulta razonable a la luz de la hermenéutica jurídica, hacer una aplicación analógica, pues bien sabido está en la teoría de la interpretación normativa que las situaciones excepcionales por su misma naturaleza, no son susceptibles de la mentada figura.

Es que se ha de entender que ningún vacío o laguna hay como para ser suplida por el ordenamiento positivo, simplemente el legislador intencionalmente somete la cuestión a la regla general, así debe comprenderse, en esa línea de pensamiento adoctrina la CSJ[[24]](#footnote-24), donde además precisa las condiciones para su aplicación, en especial que no se trata de una regla de naturaleza taxativa, excepcional o sancionatoria. Tales razonamientos son prohijados por la literatura especializada nacional[[25]](#footnote-25).

Puestas así las cosas, la negativa a tramitar la nulidad, con estribo en que el procedimiento había terminado legalmente, encuentra soporte jurídico en los razonamientos ya planteados y por ende merece confirmación en esta instancia.

Repárese que de acogerse la tesis de la alzada, habría de colegirse que en cualquier época pueden alegarse causales de anulación, ello implicaría necesariamente revivir los procesos legalmente terminados, lo que sin duda alguna atentaría flagrantemente contra la seguridad jurídica que cobija a toda decisión judicial debidamente ejecutoriada. Desde luego que se resquebrajaría con gravedad el debido proceso, como derecho fundamental y garantía judicial para los justiciables, como atrás se comentó con profusión académica. Tan cierto es lo dicho, que inclusive es una causal autónoma de nulidad procesal consagrada en el artículo 133-2º, CGP.

Anotó el recurrente en su escrito de nulidad (Folios 19 a 20, ib.), que no pudo recurrir porque se encontraba a espera del reparto de la apelación ante esta Corporación. A este respecto hay que decir que carece de toda justificación cuando se halla que la misma jueza en el proveído del 13-12-2016 le advirtió con total claridad que disponía del término de tres (3) días para sustentar la alzada (Más allá de que sea cierta y se comparta esa particular interpretación del artículo 322, folios 15 a 17, ib.).

En suma, conoció la carga procesal que se le imponía, no obstante, dejó de cumplirla, pretirió recurrirla y menos verificó, una vez culminado el plazo, si se había remitido el expediente para reparto. Así, entonces, no fue inopinada la decisión y en cambio hubo falta de diligencia de la parte.

Se itera, siendo harto discutible la inteligencia de la jueza respecto al artículo 322, es contundente que fue leal, le hizo saber al impugnante en la providencia cuestionada, de tal suerte que le brindó la opción de interponer los mecanismos legales para el caso.

De otro lado, y aun cuando no sea objeto de análisis, es decir, es una anotación marginal, necesario es relievar la ambigüedad del Despacho frente al prementado artículo y los trámites de las alzadas propuestas en este asunto; en los autos de concesión se advierten posturas diferentes, sin justificación alguna.

En el proveído del 13-12-2016, pese a resolver la reposición y conceder la apelación, dispuso que el recurrente la sustentara dentro de los tres (3) días siguientes, se cita el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322, que refiere a la apelación de sentencias, y posteriormente con proveído del 13-01-2017 lo declara desierto. Mientras, en el auto del 27-02-2017, que negó la reposición y otorgó la alzada (Esta que se tramita), ordenó acatar el numeral 3º, ibídem, sin precisar nada en torno a la sustentación, para después con decisión del 07-03-2016 (Sic) (Folio 26, ib.), remitir el expediente.

Ambos recursos se presentaron como reposición y en subsidio apelación, **pero se les dio un trámite diferente**, sin expresar el cambio de criterio, como manda el artículo 7º-2º del CGP: *“(…) Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos (…)”* (Sublíneas de la Sala).

1. LAS DECISIONES FINALES

En atención a lo explicado antes (i) Se confirmará la decisión apelada y (ii) No habrá condena en costas porque no hay contraparte.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria de Decisión,

R E S U E L V E,

1. CONFIRMAR el auto apelado, por lo razonado en la parte motiva de esta providencia.
2. ABSOLVER en costas.
3. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
4. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

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. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 9ª edición, Dupré Editores, p.742. [↑](#footnote-ref-1)
2. PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276. [↑](#footnote-ref-2)
3. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.746. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. C-012 de 2002. [↑](#footnote-ref-4)
5. RAMÍREZ G., José F. Principios constitucionales del derecho procesal colombiano, investigación en torno a la Constitución Política de 1991, Medellín, A., Señal editora, 1999, p.234. [↑](#footnote-ref-5)
6. LÓPEZ B., Hernán F. Código general del proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré editores, 2016, P.111. [↑](#footnote-ref-6)
7. CABRERA A., Benigno H. Teoría General del Proceso y de la prueba, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1988, p.29. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. C-012 de 2002. [↑](#footnote-ref-8)
9. CANOSA T., Fernando. Las nulidades en el derecho procesal civil, 3ª edición, Ediciones Doctrina y ley, 1998, p.26. [↑](#footnote-ref-9)
10. LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, tomo I, parte general, Bogotá DC, Dupré editores, 2016, p.909 ss. [↑](#footnote-ref-10)
11. AZULA C., Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo II, 4ª edición, editorial Temis, Bogotá D.C., 1994, p.303. [↑](#footnote-ref-11)
12. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo II, Procedimiento Civil, 5ª Edición, Esaju, 2013, Bogotá DC, p.459 a 462. [↑](#footnote-ref-12)
13. CANOSA T., Fernando, ob. cit., p.19 y ss. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Sala Civil. SC15413-2014. [↑](#footnote-ref-14)
15. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Sanabria Santos, Henry. Código General del Proceso, 1ª edición, Impresor Panamericana Formas e Impresos SAS, 2014, p.257. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. C-491 de 1995 y C-537 de 2016. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ, Sala Civil. Providencia del 09-05-2013, MP: Ariel Salazar R., No. 73268-31-84-002-2008-00320-01. [↑](#footnote-ref-17)
18. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Sanabria Santos, Henry. Código General del Proceso, 1ª edición, Impresor Panamericana Formas e Impresos SAS, 2014, p.264 [↑](#footnote-ref-18)
19. ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.479. [↑](#footnote-ref-19)
20. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Ob. cit., p.275. [↑](#footnote-ref-20)
21. ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.180-181. [↑](#footnote-ref-21)
22. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.945. [↑](#footnote-ref-22)
23. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil, parte general, tomo I, 11ª edición, Bogotá DC, Dupré editores, 2012, p.955. [↑](#footnote-ref-23)
24. CSJ, Sala Civil. Sentencia del 01-12-2008; MP: Arturo Solarte R., No.41298-3103-001-2002-00015-01. [↑](#footnote-ref-24)
25. CALDERÓN V., Juan Jacobo y LÓPEZ C., Yira. La analogía en asuntos de derecho privado, Legis y Universidad del Rosario, 2016, Bogotá DC, p.21. [↑](#footnote-ref-25)