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.

Providencia: Auto - 2ª Instancia -20 de marzo de 2018

Radicación Nro. : 2017-00002-01 (Antes 2014-00245)

Demandante: Gilberto de Jesús Castro Roldán

Demandado: Jorge Neyor Hernández Echeverry

Proceso:                 Ejecutivo - Hipotecario

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: INDEBIDA NOTIFICACIÓN / ENTREGA DE CITACIÓN EN DIRECCIÓN DIFERENTE / CAUSAL DE NULIDAD / DECLARADA LA NULIDAD DEBE ENTENDERSE SURTIDA LA NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE.** Esta Magistratura de entrada halla que le asiste razón al recurrente; en efecto, la falta de estimación probatoria del testimonio de la empleada de la empresa de correo, señora Lorena Loaiza López, desvirtúa la conclusión del a quo, circunstancia que fácil se revela en el cuerpo del proveído cuestionado (Folios 217 a 221 (Sic), copias cuaderno principal), toda vez que se trata de la declaración de la persona que tiene conocimiento directo de los hechos relevantes para resolver la nulidad invocada; personalmente llevó las comunicaciones y dejó las constancias respectivas.

(…)

De lo expuesto, se halla evidente el incumplimiento de las formalidades legales para que se pueda considerar surtida la comunicación al ejecutado, sobre la existencia del proceso y la citación para acercase al despacho a notificarse personalmente del mandamiento de pago, puesto que se entregó en una dirección diferente, de tal suerte que era inviable practicar la notificación por aviso (Artículo 315-3º, CPC).

(…)

En suma, se revocará la decisión recurrida y, en su lugar, se declarará que la actuación es anómala por tipificarse la causal del artículo 133-8º del CGP. Se precisa que los efectos de esta declaratoria afectan todo lo actuado, conservando vigencia el auto calendado 08-09-2014 mediante el cual se libró el mandamiento pago, pero se tendrá notificado por conducta concluyente al ejecutado desde el 05-04-2016, día de solicitud de la nulidad.



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

Asunto : Apelación de auto que niega una nulidad

 Tipo de proceso : Ejecutivo con garantía real - Hipotecario

 Ejecutante : Gilberto de Jesús Castro Roldán

Ejecutado : Jorge Neyor Hernández Echeverry

Procedencia : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Radicación : 2017-00002-01 (Antes 2014-00245)

 Temas : Indebida notificación - Formalidades procesales

Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso ordinario interpuesto, en el proceso de la referencia, por el apoderado judicial de la parte ejecutada contra el auto del 17-11-2017, al tenor de las consideraciones jurídicas que siguen.

1. LA RESEÑA DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Negó la nulidad impetrada y condenó en costas al peticionario porque la citación y la notificación por aviso fueron entregadas en el inmueble objeto del presente proceso, que es propiedad del ejecutado, quien, por demás, había autorizado a sus ocupantes para recibir la correspondencia y entregarla a su sobrina encargada de recaudar los cánones. Asimismo, le reprochó que en su declaración refiriera que no avisó a su contraparte sobre el cambio de residencia y que desconocía a las personas a quienes dio en arrendamiento el bien (Folios 217 a 221, copias cuaderno principal).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Se pide revocar la decisión, y en su lugar, dictar “fallo” (Sic) con el que se “anule” (Sic). Se duele de que el *a quo* haya dejado de valorar el testimonio de la señora Lorena Loaiza López, mensajera de la empresa de correo, quien manifestó que había entregado la notificación por aviso en una dirección diferente. Además, refiere la pérdida de competencia del juzgador, porque dictó el proveído un (1) año después de haber asumido el conocimiento del proceso (Folios 222 y 224, copias cuaderno principal).

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 o *condiciones para tener la posibilidad de recurrir[[1]](#footnote-1)*, al decir de la doctrina procesal nacional [[2]](#footnote-2)-[[3]](#footnote-3), 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 B.[[4]](#footnote-4): “*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.*”. Y lo explica el profesor Rojas G.[[5]](#footnote-5) en su obra: *“(…) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició.”*.

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 Civil del Circuito de Dosquebradas, que denegó la nulidad formulada por la parte actora, según lo argüido en este recurso?
1. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Delimitados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 328, CGP, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos aspectos cuestionados.

* 1. El régimen de las nulidades procesales

La institución está consagrada con el propósito de salvaguardar el derecho constitucional del “debido proceso” y su derivado natural, el derecho de defensa (Artículo 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, CGP.

En este sentido, en forma pacífica, puede consultarse a los profesores Canosa T.[[6]](#footnote-6), López B.[[7]](#footnote-7), Azula C.[[8]](#footnote-8), Miguel E. Rojas G.[[9]](#footnote-9) y Henry Sanabria S.[[10]](#footnote-10). Otros principios[[11]](#footnote-11) de igual entidad, que permean la figura en comento, son el de preclusión, protección, convalidación y trascendencia, reconocidos por la jurisprudencia de la CSJ[[12]](#footnote-12). Se destaca que el sistema del CGP está inspirado, esencialmente, sobre los mismos principios y reglas de CPC[[13]](#footnote-13).

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

También debe considerarse otra causal que se agregó al CPC con las sentencias C-491 de 1995 y C-217 de 1996: *“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 (...)”;* hoy reconocida en el CGP (Artículos 14, 164 y 168); y, revalidada para el CGP con la C-537 de 2016, que declaró exequible, entre otros, al mentado artículo 133, y que es distinta de la prevista en su numeral 5º.

* 1. Los presupuestos de las nulidades procesales

Estriban en la concurrencia de: (i) Legitimación, (ii) Falta de saneamiento, y (iii)

Oportunidad (Artículos 134, 135 y 136, CGP); verificado su cumplimiento, 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[[14]](#footnote-14).

En este caso, con relación a la nulidad por indebida notificación, todos se encuentran reunidos: (i) Existe interés en la persona del ejecutado que la invoca, pues se duele de que no haya sido notificado del mandamiento de pago; (ii) Tampoco ha sido saneada por la actividad recurrente, ya que su primera intervención se encaminó a cuestionar la irregularidad procesal (Folios 103 110 (Sic), copias cuaderno principal); y, (iii) fue oportuna porque la ejecución aún no ha terminado (Artículo 134-3º, CGP). Respecto de este último presupuesto puede consultarse a Sanabria S.[[15]](#footnote-15).

* 1. La nulidad por indebida notificación al demandado

El artículo 133-8º, CGP, establece que cuando no se practica en forma legal, la notificación al demandado de la providencia que admite la demanda o libra mandamiento ejecutivo, será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida por el legislador (Artículo 136-1º y 4º, CGP).

Este acto procesal, tiene el carácter de principal, dado que pretende asegurar la debida vinculación de la parte pasiva, con miras a que pueda ejercer su derecho de defensa, así lo ha sostenido la jurisprudencia de la CSJ[[16]](#footnote-16):

… la primera notificación que se hace en un proceso tiene como finalidad enterar al convocado de la existencia del trámite judicial iniciado en su contra, para que en ejercicio del derecho de contradicción y de defensa formule los reparos que considere pertinentes para la protección de sus derechos, motivo por el cual el legislador ha dispuesto que ésta se realice, en línea de principio, de manera personal, para garantizar ese efectivo enteramiento o en su defecto a través de los otros mecanismos que igualmente se han dispuesto, para lo cual se deben atender cabalmente los requerimientos de ley.

Por ello, es de vital importancia que al practicarse, so pena de declararse defectuosa, se cumplan las formalidades previstas por ley procesal vigente (CPC o CGP). Habrá, entonces, que verificar su cumplimiento estricto, ya que su desacato puede configurar una nulidad por indebida notificación.

En palabras del profesor Sanabria S.[[17]](#footnote-17): *“(…) lo que esta causal de nulidad protege es la vigencia del derecho de defensa del demandado, y no simplemente la observancia de las formalidades con que el ordenamiento ha dotado al acto procesal de la notificación, de manera que la simple omisión de dichas formalidades no es lo que genera la nulidad, sino la verdadera vulneración de su derecho de defensa al no haber gozado de la oportunidad defenderse por no enterarse de la existencia del proceso, como consecuencia de la indebida notificación”*.

En el escenario descrito, papel fundamental juega el juzgador para garantizar el agotamiento, íntegro, de los trámites notificatorios. Siempre debe tenerse presente que la mejor forma de vinculación procesal es la personal, y que para acudir a las demás, la fase previa debe cumplirse con la estrictez debida, pues su teleología es lograr certeza sobre la imposibilidad de ubicar a la parte, porque solo así se salvaguarda el derecho de defensa.

1. EL CASO CONCRETO ANALIZADO
	1. La nulidad procesal porque se incumplió el plazo para decidir

Previo a continuar con el análisis jurídico correspondiente al objeto de la alzada, la Sala desde ya descarta la aplicación del artículo 121, CGP, pretendida por el ejecutado, en razón a que se advierten dos (2) circunstancias que, individualmente, llevan a la misma conclusión, a saber:

(i) Para el momento en que se formuló la nulidad, el proceso ya contaba con decisión que ordenó la venta en pública subasta del bien gravado con hipoteca datada el 06-08-2015, esto es, antes de la vigencia del CGP; y, (ii) La norma refiere es a la demora del juez en proferir sentencia de primera o de única instancia, situación distinta a la de los tiempos para proveer sobre la nulidad invocada (Indebida notificación al ejecutado). Por lo tanto, la “sanción” de que trata la mentada disposición es inaplicable para este asunto en particular.

* 1. La irregular entrega de la comunicación al ejecutado

Conviene señalar que la temática de esta alzada, en acatamiento del artículo 328 del CGP, se circunscribe a lo discutido por el recurrente, esto es, a la ausencia de valoración del testimonio de la señora Lorena Loaiza López, mensajera que llevó las comunicaciones libradas por el juzgado, quien cuenta que el “aviso” (Sic) lo entregó en una dirección diferente a la mencionada en la demanda.

Ahora, en el auto se sostuvo que la notificación se efectuó adecuadamente porque las personas que ocupaban el inmueble del ejecutado estaban autorizadas para recibir toda su correspondencia, la que fuera entregada a una familiar suya, encargada de recibir los cánones; así lo corroboran los testimonios de las empleadas y de la directora del arrendatario, “Hogar de Ancianos Santa Catalina”.

Para este preciso caso, debe verificarse el cumplimiento de las formalidades previstas por el

CPC, puesto que la notificación se practicó durante su vigencia (2015), a saber: (i) Elaborar comunicación dirigida al demandado que indique la existencia del proceso, su naturaleza, la fecha de la providencia que se va a notificar y la prevención de que debe comparecer al juzgado dentro del término establecido, según la ciudad de destino; (ii) Enviar, a través de un servicio postal autorizado, a la dirección(es) informa(das); (iii) Allegar al proceso copia de la comunicación, previamente cotejada por la empresa de correo, con informe que dé cuenta de la entrega en la dirección respectiva (Artículo 315, CPC).

En este punto puede ocurrir que, la persona concurra al despacho para la notificación, con lo que finaliza el procedimiento, o puede suceder también que haya incomparecencia, pero siempre debe existir certeza de que el llamado está radicado en esa dirección, por lo que el trámite puede concluir vía notificación por aviso (Artículo 320, CPC). Pero es posible que la persona no concurra y tampoco se pueda certificar que resida, tenga su lugar de trabajo en esa dirección o simplemente que esa nomenclatura sea inexistente, caso en el cual podrá surtirse el emplazamiento (Artículo 318, CPC).

Como las comunicaciones al ejecutado por regla general se envían por intermedio de una empresa de correo, se presenta de trascendental relevancia la glosa que se ha de dejar con relación a esa tarea, pues de ella depende que se libre la notificación por aviso o se efectúe el emplazamiento, según sea el caso. Válido es recordar lo dicho por el profesor López B.[[18]](#footnote-18):

La norma plantea una inquietud adicional y es de que el “cartero” o funcionario de la empresa de correo al ir a entregar la comunicación debe indagar si a quien va dirigido vive o trabaja en el lugar, no para hacerle entrega personal del documento pues esta formalidad no está prevista en la ley, sino para que si se le responde que no es así, se abstenga de dejarlo y pueda darse, ante el informe en tal sentido, el eventual trámite de emplazamiento, pero dejando claro que si la respuesta es afirmativa dejará el documento a quien lo atienda, sin que deba rendir informe reafirmando que si vive o trabaja allí, pues la entrega que hizo permite asumir que verificó esas circunstancias. Sublínea fuera de texto.

Esta Magistratura de entrada halla que le asiste razón al recurrente; en efecto, la falta de estimación probatoria del testimonio de la empleada de la empresa de correo, señora Lorena Loaiza López, desvirtúa la conclusión del *a quo*, circunstancia que fácil se revela en el cuerpo del proveído cuestionado (Folios 217 a 221 (Sic), copias cuaderno principal), toda vez que se trata de la declaración de la persona que tiene conocimiento directo de los hechos relevantes para resolver la nulidad invocada; personalmente llevó las comunicaciones y dejó las constancias respectivas.

Revisada la prueba testimonial (Tiempo 10:00 a 17:00 del audio “audiencia 2 hipotecario jorge neyor” del disco compacto visible a folio 184 (Sic), copias cuaderno principal), se advierte que la primera comunicación (No el aviso) se entregó en una dirección diferente, así lo reconoce la señora Loaiza López, pues refiere que luego de tres (3) visitas infructuosas decidió entregarla a una señora “Gilma”, vecina del lugar. Hecho que se corrobora con la constancia de la empresa de correo (Folio 7 (Sic), vuelto, copias cuaderno No.3). Debe decirse que se desconoce si esa señora (Gilma) entregó la comunicación a algún empleado del hogar de ancianos o al ejecutado, ninguna prueba hay en ese sentido.

De lo expuesto, se halla evidente el incumplimiento de las formalidades legales para que se pueda considerar surtida la comunicación al ejecutado, sobre la existencia del proceso y la citación para acercase al despacho a notificarse personalmente del mandamiento de pago, puesto que se entregó en una dirección diferente, de tal suerte que era inviable practicar la notificación por aviso (Artículo 315-3º, CPC).

Pese a lo dicho, mal haría esta Sala si descalificara el laborío de la secretaría del Juzgado que inicialmente conoció de la ejecución respecto del aviso enviado, toda vez se trató de un error inducido por causa de la engañosa constancia rendida por la empleada de la empresa de correo. Así las cosas, no ofrece dificultad concluir que al recurrente se le impidió ejercer su derecho de defensa y contradicción producto de la irregular notificación del mandamiento de pago.

En todo caso, resulta importante referir que la nulidad invocada también pudo ser declarada con fundamento en el restante material probatorio, por dos (2) razones: (i) El inmueble al que se enviaron las comunicaciones no era el lugar de habitación o de trabajo del ejecutado (Artículo 315-1º inciso 3º, CPC), es de su propiedad, pero estaba arrendado.

Y, (ii) De aceptarse la autorización del ejecutado, a sus ocupantes, para recibir correspondencia y entregarla a una familiar como suficiente para que allí se surtan las notificaciones, es inexistente prueba sobre la entrega efectiva del aviso a la persona que recibía los cánones; la secretaria del hogar de ancianos, encargada de dicho cometido, carece de recibido de esa documental; además, no recuerda el nombre de quien le recibía, ni siquiera la finalidad del aviso (Audio “2014-00245 testimonio Adriana Silva” del disco compacto visible a folio 184 (Sic), copias cuaderno principal).

En suma, se revocará la decisión recurrida y, en su lugar, se declarará que la actuación es anómala por tipificarse la causal del artículo 133-8º del CGP. Se precisa que los efectos de esta declaratoria afectan todo lo actuado, conservando vigencia el auto calendado 08-09-2014 mediante el cual se libró el mandamiento pago, pero se tendrá notificado por conducta concluyente al ejecutado desde el 05-04-2016, día de solicitud de la nulidad (Artículo 301-3º, CGP).

1. LAS DECISIONES

En armonía con las premisas expuestas, (i) Se revocará la decisión recurrida; (ii) Se declarará la nulidad de lo actuado exceptuando el auto de fecha 08-09-2014; (iii) Se tendrá al ejecutado notificado por conducta concluyente del mandamiento de pago (Artículo 301-3º, CGP); (iv) Se advertirá que el material probatorio está excluido de la anulación, no obstante, el ejecutado podrá controvertirlo, si así lo estima (Artículo 138-2º, CGP); (v) Sin condena en costas, por la prosperidad de la alzada (Artículo 365, CGP); y también, (vi) Se advertirá que esta decisión es irrecurrible (Artículo 35, CGP).

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. REVOCAR en su integridad el auto datado el 17-11-2017, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, que negó la nulidad invocada.
2. DECLARAR la nulidad de todo lo actuado exceptuando el auto del 08-09-2014. Las medidas cautelares practicadas continuaran vigentes.
3. ADVERTIR que el material probatorio está excluido de la anulación, no obstante, el ejecutado podrá controvertirlo, si así lo estima.
4. TENER al señor Jorge Neyor Hernández Echeverry notificado por conducta concluyente del auto que libro mandamiento de pago datado el 08-09-2014 a partir del 05-04-2016, día en que radicó la solicitud de nulidad. El término de ejecutoria dicho proveído y el traslado para contestar la demanda empezará a correr a partir de la notificación del auto de obedecimiento que profiera el *a quo*.
5. NO CONDENAR en costas en esta instancia.
6. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
7. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

Notifíquese,

*DGH / ODCD / 2018*

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

1. ESCOBAR V. Édgar G. Los recursos en el código general del proceso. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2015, p.37. [↑](#footnote-ref-1)
2. LÓPEZ B., Hernán F. Código general del proceso, tomo I, parte general, Bogotá, Dupré editores, 2016, p.769-776. [↑](#footnote-ref-2)
3. PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá DC, Temis, 1992, p.276. [↑](#footnote-ref-3)
4. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.769. [↑](#footnote-ref-4)
5. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2017, 6ª edición, Bogotá, p.429. [↑](#footnote-ref-5)
6. CANOSA T., Fernando. Las nulidades en el derecho procesal civil, 3ª edición, Ediciones Doctrina y ley, 1998, p.26. [↑](#footnote-ref-6)
7. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.909 ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. AZULA C., Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo II, 4ª edición, editorial Temis, Bogotá, 1994, p.303. [↑](#footnote-ref-8)
9. ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.459 a 462. [↑](#footnote-ref-9)
10. SANABRIA S., Henry. Nulidades en el proceso civil, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2011, p.124. [↑](#footnote-ref-10)
11. CANOSA T., Fernando. Ob. cit., p.19 y ss. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. SC15413-2014. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. CC. C-491 de 1995 y C-537 de 2016. [↑](#footnote-ref-14)
15. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Sanabria Santos, Henry. Ob. cit., p.264 [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ. AC8665-2017, también pueden consultarse las sentencias del 11-10-1999, MP: Nicolás Bechara S., No.6398, y la STC4610-2014. [↑](#footnote-ref-16)
17. SANABRIA S., Henry. Ob. cit., p.335. [↑](#footnote-ref-17)
18. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil, tomo I, parte general, 11ª edición, Bogotá, Dupré editores, 2012, p.729. [↑](#footnote-ref-18)