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 respectiva Secretaría.

Asunto : Apelación de auto interlocutorio

Tipo de proceso : Ordinario – Pertenencia

Demandante : Camilo Jiménez Bernal

Demandado (s) : Diana Janeth Ossa Holguín y personas indeterminadas

Procedencia : Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía

Radicación : 66001-31-03-004-2014-00191-01

Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

**TEMAS: NULIDAD PROCESAL / POR INDEBIDO EMPLAZAMIENTO / CIRCUNSTANCIAS QUE LA GENERAN / PROCESO ORDINARIO DE PRESCRIPCIÓN ORDINARIA / PERO LA DEMANDA SE ADMITIÓ Y EL EMPLAZAMIENTO SE HIZO POR PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA.**

Entre las causales (de nulidad), se halla la del indebido emplazamiento de las personas indeterminadas (Artículo 133-8º, ib.), que implica, cuando menos, retrotraer el trámite hasta esa diligencia; sin embargo, se itera que esta no puede ser la regla general, toda vez que es dable que el hito sea distinto a dicha actividad.

Aquella inconsistencia se verifica, generalmente, cuando se incumple cualquiera de los requisitos del artículo 108, CGP, ya sea porque: (i) Carece de la información necesaria; (ii) Se publicó en un medio distinto al dispuesto por el juez; (iii) Se publicó por escrito, pero un día diferente al domingo; y, (iv) No se inscribió en el registro nacional de personas emplazadas (El artículo 318, CPC, solo contemplaba los primeros tres presupuestos); ahora, en tratándose de procesos de pertenencia, la irregularidad también acaece cuando se omite la instalación previa de la valla referida en el canon 375-7º, Código General del Proceso…

Todas esas incorrecciones tocan con el acto mismo del emplazamiento (Elaborado por la Secretaría del a quo y publicado por la parte actora… y, como se anotó, la invalidez lo afecta, por eso debe rehacerse.

A pesar de que los argumentos del apelante no son compartidos, aprecia este Magistratura que le asiste razón en cuanto a que el proceso debe retrotraerse hasta el auto admisorio, pero, esencialmente, porque fue el genitor del desacierto. Mírese que admitió la demanda como ordinaria de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y ordenó el mentado emplazamiento (Folios 72-73, ibídem), pese a que el libelo refiriera a la prescripción ordinaria. Sin dudas, fue la causa del error y por eso es necesario que desde allí mismo se repare.



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

Pereira, R., trece (13) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación que presentó, en el proceso referenciado ya, el apoderado judicial de la parte actora, contra el auto que declaró una nulidad, de acuerdo con las apreciaciones jurídicas que a continuación se expondrán.

1. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Emitida en la audiencia del 14-06-2019, negó la nulidad fundada en el artículo 140-4º, CPC, porque el CGP, que actualmente rige este trámite, no la contempla como causal. Empero, de oficio, anuló lo actuado desde el emplazamiento de las personas indeterminadas (Artículo 133-8, CGP), porque la comunicación los instó a participar en un proceso de pertenencia extraordinaria, cuando en realidad se trataba de una ordinaria.

Aclaró que la admisión quedaba incólume, en razón a que se enmendó en la etapa de fijación del litigió, al decir que estaría circunscrito a probar los presupuestos de una prescripción adquisitiva de dominio ordinaria (Tiempo 51:29 – 59:16 del video obrante en el disco compacto visible a folio 364, tomo II del cuaderno principal).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Alude que el proceso está viciado desde que inició porque el poder fue otorgado para presentar una demanda por prescripción extraordinaria y las pretensiones referían a la ordinaria, por lo tanto, solicita que se declare la nulidad de lo todo lo actuado, incluido, el auto admisorio (Tiempo 59:18 – 01:01:08 del video obrante en el disco compacto visible a folio 364, tomo II del 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 (Artículos 31-1º y 35, CGP), dada su condición de superiora jerárquica del Juzgado emisor de la decisión apelada.

* 1. Los requisitos de viabilidad de un recurso

Desde la óptica procesal, en presencia de los recursos, deben siempre concurrir los llamados presupuestos de viabilidad o trámite 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 de apelación.

Se dice que los aludidos presupuestos son una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión. Así lo anota el maestro López B.: “*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*”[[4]](#footnote-4). Y lo explica el profesor Rojas G. 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*” [[5]](#footnote-5).

Los mencionados requisitos son concurrentes y necesarios, ausente uno se malogra el estudio de la impugnación. La misma CSJ así lo ha enseñado: “*(…) al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (C. de P.C., art.358), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación, y en el evento de hallarlos ajustados a la ley, admitirá el recurso, y en caso contrario lo declarará inadmisible (…)*”[[6]](#footnote-6). Y en decisión más próxima (2017)[[7]](#footnote-7) recordó: “(…) *Por supuesto que, era facultad del superior realizar el análisis preliminar para la «admisión» de la alzada, y conforme a la regla cuarta del canon 325 del C.G.P.* *(…)”.*

Esos supuestos son legitimación, oportunidad, procedencia y cargas procesales (Sustentación, expedición de copias, etc.), es necesario precisar desde ya que, los tres primeros implican la inadmisibilidad del recurso mientras que, el cuarto, provoca la deserción, tal como acota la doctrina patria[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9).

Para este caso se encuentran cumplidos, hay legitimación en la parte que recurre porque hay mengua en sus intereses con la decisión atacada; el recurso es tempestivo (Artículo 322-1º, CGP); la aludida providencia es susceptible de apelación (Artículo 321-6º, ibídem) y está cumplida la carga procesal de la sustentación (Artículo 322-3º, ib.).

* 1. El problema jurídico para resolver

¿Debe variarse, confirmarse o revocarse el auto del Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, que declaró la nulidad desde el emplazamiento de las personas indeterminadas, según los argumentos de la apelación?

1. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Delimitados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento de los artículos 320 y 328, CGP, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos aspectos cuestionados, esto es, establecer el momento a partir del cual debe enderezarse el proceso.

1. EL ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Sin matices, hay que decir que el instituto de las nulidades procesales tiene como propósito salvaguardar el derecho al debido proceso, con arreglo a las causales taxativamente fijadas por el legislador (Artículos 14, 16, 36, 38, 40, 107, 121, 133 y 164, CGP)[[10]](#footnote-10); por lo tanto, es indispensable que el juzgador compruebe, realmente, cuál fue el origen de la irregularidad, para que se rehaga el trámite con las garantías debidas. Desacertar, supondría su persistencia, y peor aún, el desgaste judicial en actuaciones que en el futuro también tendrán que invalidarse.

Entre las causales, se halla la del indebido emplazamiento de las personas indeterminadas (Artículo 133-8º, ib.), que implica, cuando menos, retrotraer el trámite hasta esa diligencia; sin embargo, se itera que esta no puede ser la regla general, toda vez que es dable que el hito sea distinto a dicha actividad.

Aquella inconsistencia se verifica, generalmente, cuando se incumple cualquiera de los requisitos del artículo 108, CGP, ya sea porque: (i) Carece de la información necesaria; (ii) Se publicó en un medio distinto al dispuesto por el juez; (iii) Se publicó por escrito, pero un día diferente al domingo; y, (iv) No se inscribió en el registro nacional de personas emplazadas (El artículo 318, CPC, solo contemplaba los primeros tres presupuestos); ahora, en tratándose de procesos de pertenencia, la irregularidad también acaece cuando se omite la instalación previa de la valla referida en el canon 375-7º, CGP (El artículo 407-7º, CPC, disponía que la publicación se hiciera en dos oportunidades dentro de un plazo de 20 días).

Todas esas incorrecciones tocan con el acto mismo del emplazamiento (Elaborado por la Secretaría del *a quo* y publicado por la parte actora, folios 149-154, tomo I, cuaderno principal) y, como se anotó, la invalidez lo afecta, por eso debe rehacerse.

A pesar de que los argumentos del apelante no son compartidos, aprecia este Magistratura que le asiste razón en cuanto a que el proceso debe retrotraerse hasta el auto admisorio, pero, esencialmente, porque fue el genitor del desacierto. Mírese que admitió la demanda como ordinaria de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y ordenó el mentado emplazamiento (Folios 72-73, ibídem), pese a que el libelo refiriera a la prescripción ordinaria. Sin dudas, fue la causa del error y por eso es necesario que desde allí mismo se repare.

Es que la *a quo* de la época realizó un defectuoso control formal de la demanda, si bien la inadmitió para que se trajeran los certificados de tradición actualizados (Folio 59, ib.), pasó inadvertida la inconsistencia entre el poder y el escrito introductorio; pero también hubo descuido de la parte demandada, al omitir la respectiva excepción previa (Artículos 97-7, CPC, y 100-5º, CGP), anomalía que ya no pude invocar (Artículos 143-1º, CPC y 135-2º, CGP).

No obstante, el actual juez cognoscente contaba con el mecanismo del control de legalidad (Artículos 42-12º y 132, CGP) y lo empleó en la audiencia del 14-06-2019, mas, resultó ineficaz para enmendar esa imprecisión. Se discrepa que afirme que en la fijación del litigio corrigió la falla del proveído admisorio, porque esa actuación también fue arrasada por la nulidad declarada en la audiencia. Además, aun cuando no sea el objeto de la impugnación, esta Sala Especializada precisa reseñar que el propósito de esa actuación es la fijación de los hechos probados y por probarse, y no una oportunidad para plantear las pretensiones.

En ese orden de ideas, no queda más que atender los reparos del opugnante; por lo tanto, se modificará el proveído recurrido en el sentido de que la invalidez será desde el 12-08-2014, inclusive (Auto admisorio), y se dispondrá rehacer la actuación desde la etapa de admisibilidad.

Importante destacar que el plazo para decidir (Artículo 121, CGP), se reanudará desde el día en que retorne el expediente al juzgado de instancia, de conformidad con la reciente jurisprudencia constitucional de la CSJ[[11]](#footnote-11). Criterio auxiliar, pero que acoge esta Corporación para este asunto ordinario.

1. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo explicado: (i) Se modificará la decisión apelada; (ii) Se advertirá que esta decisión es irrecurrible (Artículo 35, CGP); (iii) No se condenará en costas al recurrente porque triunfó su recurso; y, (iv) Se ordenará devolver el expediente al juzgado de origen.

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. MODIFICAR el proveído dictado en la audiencia 14-06-2019, para DECLARAR la nulidad de lo actuado en este proceso desde el 12-08-2014, data en que se profirió el auto admisorio, inclusive, para que se rehaga la etapa de admisibilidad de la demanda.
2. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
3. NO CONDENAR EN COSTAS a la parte actora, ante la prosperidad del recurso.
4. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de la Sala.

N O T I F Í Q U E S E

*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, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2016, p.769-776. [↑](#footnote-ref-2)
3. PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., 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. CSJ. Sala Civil. Sentencia del 17-09-1992; MP: Ospina B. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. STC12737-2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.776. [↑](#footnote-ref-8)
9. ROJAS G., Miguel E. Código General del Proceso comentado, ESAJU, 2017, Bogotá DC, p.511. [↑](#footnote-ref-9)
10. ROJAS G., Miguel E. Ob. cit, p.602. Señala el autor: *“(…) Las causales de nulidad del proceso civil están específicamente relacionadas en el código. Sin embargo, tal vez sea bueno advertir que no todas se hallan en el mismo precepto (art. 133), por lo que luce inexacto el enunciado de la disposición cuando expresa que “solamente en los siguientes casos” el proceso puede ser anulado (…)”* [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ. STC6720-2019 y STC10522-2019. [↑](#footnote-ref-11)