El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Salvamento de voto

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Proceso: Ordinario laboral - Auto del 19 de mayo de 2017

Radicación No. : 66001-31-05-003-2006-00829-01

Demandante Fernando Ospina Onatra

Demandados: Megabus S.A. y otros

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito Pereira

Magistrado ponente: Dr. Julio César Salazar Muñoz

Tema :

**Salvamento de voto - El emplazamiento en materia laboral debe hacerse conforme al nuevo artículo 318 del C. de P.C. al cual se remite el artículo 29 del C.P.L.:** Cuando el artículo 29 del C. de P.L. se remite al artículo 318 de su homólogo civil se entiende que se refiere al artículo 318 modificado por el artículo 30 de la Ley 794 de 2003 y no al antiguo artículo 318 del Decreto 2289 de 1989, porque de lo contrario se estaría dando una aplicación ultractiva a una norma que fue modificada en su redacción y alcance. En ese orden de ideas, hay necesidad de armonizar el artículo 29 con el artículo 318 (hoy artículos 293 y 108 del C.G.P.), por cuanto el inciso 2º de la norma anterior se reformó y prácticamente pasó a ser el inciso 6º y por esa razón la remisión no puede ser exegética sino lógica, sistemática, teleológica e incluso histórica, de donde se infiere que si el emplazamiento en materia laboral ha de hacerse conforme las normas procesales civiles, aquella debe ceñirse a las directrices del artículo 318 del C. de P.C., reproducidas en los artículos 293 y 108 del C.G.P.

# SALVAMENTO DE VOTO

Frente al proyecto mayoritario aprobado por la Sala manifiesto mi inconformidad total frente al argumento de que la nota impresa en la publicación del emplazamiento genera la nulidad contemplada en el numeral 8º del artículo 140 del C. de P.C., hoy 133 del Código General del Proceso, por las siguientes razones:

1. **La publicación del emplazamiento se hizo conforme al artículo 318 del C. de P.C. al cual se remite el artículo 29 del C.P.L.:** La referida nulidad se cimienta en el hecho de que la nota de pie de página hecha en la publicación del emplazamiento no se acompasa a lo establecido en el artículo 29 del C. de P.L., pues de acuerdo a esta norma se debió advertir al emplazado que ya se le **designó** curador ad litem, en tanto que en el periódico se le advierte que se le **designará** curador ad-litem si no comparece al proceso transcurridos 15 días después de la publicación del listado*.* Es decir, el problema es de una sola palabra o de una sola conjugación verbal: “**designó”** por “**designará”**, porque el resto de la nota de pie de página se ciñe estrictamente a lo contemplado en el artículo 318 del C. de P.C. norma al cual se remite el artículo 29 del C. de P.L. cuando dice: *“El emplazamiento se efectuará en la formas prevista en el inciso 2º del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y no se dictará sentencia mientras no se haya cumplido”.*

Ahora bien, cuando el artículo 29 del C. de P.L. se remite al artículo 318 de su homólogo civil se entiende que se refiere al artículo 318 modificado por el artículo 30 de la Ley 794 de 2003 y no al antiguo artículo 318 del Decreto 2289 de 1989, porque de lo contrario se estaría dando una aplicación ultractiva a una norma que fue modificada en su redacción y alcance. En ese orden de ideas, hay necesidad de armonizar el artículo 29 con el artículo 318 (hoy artículos 293 y 108 del C.G.P.), por cuanto el inciso 2º de la norma anterior se reformó y prácticamente pasó a ser el inciso 6º y por esa razón la remisión no puede ser exegética sino lógica, sistemática, teleológica e incluso histórica, de donde se infiere que si el emplazamiento en materia laboral ha de hacerse conforme las normas procesales civiles, aquella debe ceñirse a las directrices del artículo 318 del C. de P.C., reproducidas en los artículos 293 y 108 del C.G.P.

Bajo esa perspectiva, la suscrita encuentra que en el presente caso, la publicación del emplazamiento en el periódico se ciñe estrictamente a lo estipulado en esa norma y la nota de pie de página corresponde a la transcripción literal del inciso 6º del artículo 318 del C. de P.C., que a letra dice: *“El emplazamiento se entenderá surtido transcurridos quince (15) días después de la publicación del listado. Si el emplazado no comparece, se le* ***designará*** *curador ad-litem, con quien se surtirá la notificación”.*

En realidad la importancia de esa advertencia, es el término que se le da al emplazado para comparecer al proceso, cuyo incumplimiento es, por una parte, no tener la posibilidad de asumir su propia defensa y por otra, la de tomar el proceso en el estado en que se encuentre. Y la relevancia del término para concurrir al proceso está precisamente en el hecho de que no puede quedar la administración de justicia supeditada al querer del demandado, razón por la cual para superar la renuencia de la parte pasiva o el desconocimiento de su domicilio actual, el Derecho Procesal instituyó las figuras del emplazamiento y el curador ad-litem a fin de asegurar que el proceso llegue a feliz término y al mismo tiempo garantizar el derecho de defensa de quien no concurre al proceso. De manera que si transcurridos 15 días después de la publicación *–antes 20 días en el anterior art. 318-* el emplazado no concurre, el proceso continuará con la designación de un curador ad-litem en materia civil o con el curador ad-litem que ya designó en materia laboral. Igual, tanto en materia laboral como en la civil, con curador designado o por designar, **si el emplazado concurre al proceso dentro de esos 15 días**, se le debe garantizar su derecho de defensa, entendido éste como la posibilidad de contestar la demanda, proponer excepciones, pedir pruebas e incluso presentar demanda de reconvención. Caso contrario, es decir, no permitirle al emplazado, que concurre en término, ejercer su defensa en la forma antes dicha porque de ello ya se encargó el curador ad-litem designado antes del emplazamiento, desnaturalizaría la figura del emplazamiento y aún la figura del curador ad-litem y violaría flagrantemente el derecho de defensa del emplazado; de ahí que la práctica jurídica en materia laboral ha optado por emplazar al demandado en la primera etapa del proceso, y continuar la etapa probatoria una vez vencido el término del emplazamiento precisamente para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa. Por esa razón en mi concepto resulta desproporcionado el argumento de la Sala mayoritaria de que si en la publicación no se advierte al emplazado de que ya se le designó curador ad-litem, el emplazamiento queda sin peso. Como se advirtió anteriormente, el juez no puede dictar sentencia sin que haya transcurrido 15 días después de la publicación, término dentro del cual, se itera, el emplazado puede concurrir y en tal virtud puede ejercer su derecho de defensa en la forma dicha. Por el contrario si no concurre, su renuencia tiene unas implicaciones procesales como la de tomar el proceso en el estado en que se encuentra. Luego entonces, en realidad lo trascendente de la advertencia no es si se le designó curador o no, sino el término para concurrir al proceso.

Con todo, la inclusión de la palabra “designará” por “designó” no me parece que tenga la trascendencia suficiente para configurar la causal octava de nulidad y en tal virtud debió decidirse el asunto de fondo.

1. **La forma no es un fin sino un medio:** En este aparte de mi salvamento hago propias las palabras del Maestro HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO[[1]](#footnote-1) que sobre el particular en su obra “Procedimiento Civil Parte General”, novena edición, dijo lo siguiente:

*“He mencionado que uno de los más frecuentes ataques que se realizan al derecho procesal es el que sacrifica el fondo del derecho en aras de la forma, pero reitero que el respeto de éstas, si bien es cierto constituye un factor importante por cuanto genera el orden que es básico para la vida en colectividad, no puede extremarse su acatamiento para llegar a la errada conclusión de que siempre que exista inobservancia de aquellas formas consideradas como esenciales y por eso tipificadas como causales de nulidad, necesariamente se invalida la actuación, independientemente de toda otra consideración diversa a la falta de cumplimiento de determinados requisitos, porque no fue esa la filosofía que orientó el Estatuto Procesal Civil, y menos las reformas del decreto 2282 de 1989.*

*(…) la forma no es un fin y es por eso precisamente que actos que formalmente pueden ser nulos son eficaces si, no obstante la irregularidad, teóricamente generadora de nulidad, el acto cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa, tal como lo pregona el art. 144 del C. de P.C., que en este aspecto acertada e incuestionablemente tomó partido por la teoría del finalismo en virtud de la cual, por regla general, el acto no puede ser anulado si se alcanzó el objetivo con él perseguido sin menoscabo de la defensa de las partes, así objetivamente quede tipificado como causal de nulidad en uno de los textos legales que las consagran”.*

En el presente caso, la Sala mayoritaria ni siquiera se tomó el trabajo de analizar otras cuestiones diferentes a la mera redacción de la nota de pie de página de la publicación del emplazamiento, porque si lo hubiera hecho se habría dado cuenta de lo siguiente: a) Que el juzgado intentó primeramente notificar personalmente y por aviso a la parte demandada sin ningún éxito, según el informe de la empresa de correos; b) que a raíz de lo anterior y por petición de la parte demandante, el juzgado procedió a emplazar a la parte demandante y a designarle curador ad-litem en la primera etapa del proceso, esto es, cuando se estaba trabando la Litis; c) que el juzgado sólo continuó el proceso una vez vencidos los 15 días que se le otorgó a la parte demandada, para que concurriera al proceso, sin que aquella lo hubiera hecho ni en esa oportunidad ni posteriormente; y, d) que el curador ad-litem designado fue debidamente notificado y procedió a contestar la demanda en representación de la parte demandada. Todo este panorama nos muestra que se garantizó el derecho de defensa y el debido proceso de la parte emplazada durante toda la tramitación de este asunto, de manera que el error en la digitalización de la palabra **“designará”** a cambio de la palabra **“designó”** realmente en nada incide en el rigor que se mantuvo en la forma como se realizó el emplazamiento, porque en todo caso, se itera, ese acto alcanzó su objetivo, como era el de poner en conocimiento de la parte demandada que en su contra se instauró un proceso, se hizo mención del nombre de las partes, la clase de proceso y el juzgado que lo requiere y se publicó en un medio escrito de amplia circulación con la advertencia de que debía concurrir al proceso dentro de los 15 días posteriores a la publicación. Si la parte demandada fue renuente a concurrir al proceso, no veo de qué manera se le viola su derecho de defensa por el solo hecho de no habérsele advertido que se le designó curador, en tanto que se dijo que se le designará curador. En otras palabras, si de todas maneras la parte emplazada no iba a concurrir al proceso, como en efecto sucedió, no veo en que hubiera cambiado las cosas si se le hubiera advertido que se le designó curador. Será que la inclusión de esa palabra, tendría la fuerza suficiente para que aquella concurriera? Creo que no, en nada hubiera incidido y de todas maneras el proceso habría continuado su curso en la misma forma como se tramitó en este caso.

Realmente, la decisión de la Sala mayoritaria resulta en extremo formalista y sacrifica el fondo del asunto por una irregularidad menor, que como acaba de verse no violó el derecho de defensa y el debido proceso de la parte emplazada porque la publicación del emplazamiento en el medio escrito cumplió su objetivo.

Es una lástima que bajo esta tesis, la Sala mayoritaria esté declarando la nulidad de varios procesos, poniendo en entredicho con esa decisión los principios de celeridad, economía procesal, la primacía de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, por cuanto retrotraer el proceso a una etapa anterior, no solo implica un desgaste de la rama judicial en tiempo y en presupuesto, sino que hace más costosa la tramitación de este proceso para la parte demandante, quien además debe someterse otra vez a la agenda del juzgado de primera instancia y hacer lo propio con la agenda de esta Sala, que bastante congestionada se encuentra en la actualidad, máxime cuando este asunto se inició hace dos años.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

1. LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. Procedimiento Civil.- Parte General, Tomo I, novena edición, DUPRE Editores, Bogotá D.C., Colombia, páginas 891 y 892. [↑](#footnote-ref-1)