Providencia : Auto del 19 de febrero de 2018

Radicación No. : 66001-31-05-002-2010-01432-02

Proceso : Ejecutivo Laboral

Demandantes : EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA

Demandada : JHON JAIRO RIVERA RIVERA.

Magistrada ponente : Dra. ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Juzgado de Origen : Primero Laboral del Circuito de Descongestión de Pereira

Temas: Consecuencias del silencio de la contraparte frente a la irregularidad en la forma de solicitar la nulidad dentro del proceso ejecutivo: No obstante, como en el presente caso, ningún reparo hizo la parte ejecutante respecto a que la solicitud de nulidad se presentó como incidente y no como excepción, su silencio subsanó tal irregularidad en virtud al principio de convalidación consagrado en el parágrafo del artículo 132 ibídem.

**Quién está facultado para convalidar la causal de indebida notificación:** Dicha manera de subsanar las irregularidades en la notificación, por supuesto supera los errores en que pueden incurrir los propios juzgadores, dejando en manos únicamente del afectado la posibilidad de subsanarla, bien alegando la respectiva nulidad o bien guardando silencio a pesar tener conocimiento de ella.

**Derecho de defensa de quien no es emplazado en debida forma:** El hecho de volver a reponer la actuación invalidada desde el proferimiento de la sentencia inclusive, le permite al demandado ejercer por lo menos dos actos de defensa: Presentar alegatos de conclusión y apelar la decisión en caso de no estar de acuerdo con ella, dos poderosas herramientas que desconoce el apelante en su disertación, amén de la facultad de la jueza de instancia de decretar pruebas de oficio, en caso de considerarlo necesario, antes de dictar la respectiva sentencia.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No.\_\_\_\_**

**AUTO INTERLOCUTORIO**

Pereira (Risaralda), 19 de febrero de 2018

**PUNTO A TRATAR:**

Por medio de la presente providencia se entra a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto que declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia dictada en el proceso ordinario.

En sesión previa que se hizo constar en la mencionada acta, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó la Magistrada Ponente, el cual alude al siguiente **auto interlocutorio**:

**I.- ANTECEDENTES PROCESALES:**

Para mejor proveer conviene aclarar que el presente proceso ejecutivo se inició para que se diera cumplimiento a la sentencia de primera instancia proferida el 20 de abril de 2012 (folio 66 a 70), mediante la cual se declaró que el demandado adeuda al demandante la suma de $61.200.000 por concepto de los honorarios profesionales pactados entre las partes. En consecuencia se condenó al demandado a pagar la suma anterior debidamente indexada a la fecha de la sentencia la cual arrojó el monto de $74.885.284,75, para cuyo pago se otorgó el plazo de un mes.

Según da cuenta la solicitud visible a folio 77 a 80, la ejecución se solicitó para lograr el pago coactivo de esa condena, más los intereses moratorios del 2.5% liquidados sobre el capital, más las cotas procesales del proceso ordinario.

El juez de conocimiento mediante auto del 10 de julio de 2012 (folio 81) adoptó las siguientes decisiones: 1. Libró el respectivo mandamiento de pago por las siguientes sumas: a) $74.885.284,75 a título de honorarios; b) $11.705.400 por concepto de las costas procesales del proceso ordinario. 2. A pesar de que no se expresó en la parte resolutiva, no libró mandamiento de pago por concepto de los intereses moratorios por no encontrarse contenidos en la sentencias objeto de ejecución.

El 28 de enero de 2014, el juzgado de conocimiento dispuso la notificación personal del mandamiento ejecutivo (folio 96), diligencia que efectivamente se llevó a cabo el 30 de abril de los corrientes. Dentro de término, el demandado propuso incidente de nulidad por indebida notificación, aportando para el efecto varias pruebas documentales (folios 101 a 121), incidente del cual se dio el respectivo traslado a la parte demandante. El juez de instancia, no abrió el incidente a pruebas y lo decidió con las documentos que obran en el proceso mediante auto del 10 de junio de 2015 (folio 135 a 137) en virtud del cual declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia del proceso ordinario inclusive, determinación que fue revocadas por esta Corporación el 4 de diciembre de 2015 en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada (163 a 166).

En cumplimiento de la orden del Tribunal, el juzgado de instancia abrió el incidente a pruebas y luego de decretadas y practicadas, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia del proceso ordinario inclusive, decisión que fue apelada por la parte ejecutante y que ahora es materia de análisis.

**II. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD**

 Empecemos por decir que la solicitud de nulidad se pidió a partir de 3 momentos: Que se declare la nulidad del proceso desde el auto que decretó el emplazamiento en el trámite ordinario, por no haber aportado el demandante la dirección que conocía para se realizara la citación al ejecutado; en subsidio, desde la notificación a la curadora ad litem por no haber desarrollado una defensa técnica; o, en subsidio de las anteriores, desde la sentencia del proceso ordinario por no haberse efectuado la publicación del emplazamiento en un periódico de amplia circulación nacional.

 Como quiera que la jueza de instancia descartó los dos primeros momentos de nulidad y acogió el tercero de ellos *-como se explicará más adelante-*, y tal determinación no fue atacado por quien pidió la nulidad, resulta inútil referirnos a los fundamentos fácticos de aquellos.

**III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

 La jueza descartó la petición principal de declarar la nulidad desde el auto que decretó el emplazamiento en el trámite ordinario, porque no advirtió errores o irregularidades en la actuación por las razones que allí se exponen y a las cuales nos remitimos por economía procesal, cuyo análisis no mereció reproche alguno. También negó la solicitud de nulidad desde la notificación a la curadora ad-litem, que se pidió en subsidio de la anterior, porque la *“falta de defensa técnica”* no está contemplada como causal de nulidad, decisión que tampoco fue atacada.

En cambio consideró que la nulidad debía declararse a partir de la sentencia proferida en el proceso ordinario porque no existe evidencia en el expediente de que el edicto emplazatario se hubiere publicado como ordena el artículo 318 del C. de P.C. y lo reitera el artículo 29 del C. de P.L. al advertir que no se dictará sentencia mientras no se haya cumplido el emplazamiento en la forma prevista en el mentado artículo 318. En refuerzo de esa decisión agregó que la nulidad por indebida notificación o emplazamiento en legal forma, puede alegarse *“en el proceso ejecutivo donde ocurran, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores, o por causa legal”,* de conformidad al inciso 3° del artículo 134 del Código General del Proceso.

**IV. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido la parte ejecutante presentó recurso de apelación bajo los siguientes fundamentos (folio 185 a 188): 1) Que la norma que debió tenerse en cuenta es el inciso segundo del artículo 134 ibídem y no el inciso 3°, toda vez que al tratarse de la ejecución de una sentencia, la solicitud de nulidad por falta de notificación o emplazamiento, debió presentarse en el proceso ejecutivo como excepción y no como incidente de nulidad. Agrega que revisada la contestación de la demanda de ejecución en ningún momento se propuso excepciones y por lo tanto la jueza debió sancionar al ejecutado denegando su solicitud de nulidad por falta de formalidades. 2) Que si bien no aparece en el expediente prueba del edicto emplazatorio, la jueza debió tener en cuenta que al momento de dictarse la sentencia ordinaria, se revisó el proceso tanto por el juez del momento como por las partes, sin que encontraran causal de nulidad alguna. Añade que se trata de un expediente con considerable tiempo, que ha estado en más de tres Despachos Judiciales, que fue sometido a constantes traslados, lo que facilita que se pueda traspapelar o extraviar una hoja de periódico. 3) El demandado contó con una defensa técnica durante todo el proceso por lo que la indebida notificación no le ocasionó ninguna violación de derechos fundamentales *“y su presencia en el proceso puede ser subsanada por el hecho de notificarse al proceso ejecutivo”* (sic). 4) La nulidad fue declarada a partir de la sentencia proferida el 20 de abril de 2012, situación que le impide el ejercicio del derecho de defensa al demandado, por lo que si se pretendía sanear el litigio, debió declararse la nulidad a partir de la notificación al demandado, *“dándole la oportunidad de que comparezca al proceso, hecho que ya ocurrió y se encuentra saneado con la notificación y comparecencia del mismo al proceso, sin que hasta la fecha haya propuesto alguna excepción”.*

 Corolario de lo anterior solicita la revocatoria del auto, especialmente por no haberse propuesto la solicitud de nulidad como excepción.

#### IV.- CONSIDERACIONES

* 1. **Problemas jurídicos por resolver:**
* ¿La irregularidad cometida en el proceso ejecutivo, al solicitar la nulidad por indebida notificación como incidente de nulidad y no como excepción, se convalida ante el silencio de la contraparte?
* ¿Quién está facultado para convalidar la causal de indebida notificación?
* ¿Cómo ejerce el derecho de defensa quien no es emplazado en debida forma?
	1. **Consecuencias del silencio de la contraparte frente a la irregularidad en la forma de solicitar la nulidad dentro del proceso ejecutivo:**

Como quiera que uno de los argumentos de la apelación se fundamenta en el supuesto error en el que incurrió la primera instancia respecto a la norma que disciplina este asunto, vale la pena advertir que ya esta Sala había definido tal cosa en el auto 4 de diciembre de 2015, al considerar que era el inciso 3° del entonces artículo 142 del Código de Procedimiento Civil (hoy inciso 2° del artículo 134 del Código General del Proceso, cuya redacción no varió sustancialmente), de modo que tiene razón la parte apelante, pero ello per se, no es razón suficiente para revocar el auto apelado, como pasa a explicarse.

Reza el inciso 2º del artículo 134:

“La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o **como excepción en la ejecución de la sentencia**, o mediante el recurso de revisión si no se alegó por la parte en las anteriores oportunidades”. (Negrilla fuera de texto).

En efecto, la norma establece que la susodicha nulidad en el proceso ejecutivo que busca la ejecución de una sentencia, formalmente debe proponerse como excepción dentro de la contestación de la demanda y no como incidente de nulidad.

No obstante, como en el presente caso, ningún reparo hizo la parte ejecutante respecto a que la solicitud de nulidad se presentó como incidente y no como excepción, su silencio subsanó tal irregularidad en virtud al principio de convalidación consagrado en el parágrafo del artículo 132 ibídem, que establece *“Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.*

De manera que se descarta este argumento de la apelación.

* 1. **Quién está facultado para convalidar la causal de indebida notificación:**

Pretende la apoderada de la parte ejecutante, que se convierta en fuente de convalidación de la causal de nulidad por indebida notificación, el silencio de quien propicio tal cosa, esto es, la propia parte demandante, a quien en este caso le correspondía allegar al proceso la publicación del edicto emplazatorio, y/o el error del juzgado al no advertir la falta de dicho emplazamiento antes de dictar la sentencia. Lo primero es nada menos que alegar su propia torpeza, lo cual repugna al derecho, y, lo segundo, acabar con el régimen de nulidades establecidas en el Código General del Proceso, pues precisamente para superar las irregularidades en la notificación durante el proceso ordinario, se le permite al afectado solicitar la respectiva nulidad en el proceso ejecutivo, cuando quiera que no se le notificó en debida forma el auto admisorio de la demanda ordinaria. Dicha manera de subsanar las irregularidades en la notificación, por supuesto supera los errores en que pueden incurrir los propios juzgadores, dejando en manos únicamente del afectado la posibilidad de subsanarla, bien alegando la respectiva nulidad o bien guardando silencio a pesar tener conocimiento de ella.

Ahora, como quiera que la parte ejecutante no aportó la respectiva publicación del edicto emplazatorio ni probó que se hubiera traspapelado o extraviado la hoja de periódico durante las veces en que el proceso se trasladó de un Despacho judicial a otro, se rechaza este fundamento de la alzada.

* 1. **Derecho de defensa de quien no es emplazado en debida forma:**

Con relación a los dos últimos fundamentos de la apelación que tienen que ver con el derecho de defensa del demandado, pues se alega, por un lado, que el demandado contó con una adecuada defensa técnica, y por el otro, que aquél no puede ejercer su derecho de defensa porque la nulidad se decretó desde la sentencia del proceso ordinario, hay que decir lo siguiente:

Frente a lo primero: Si en un proceso bastara el nombramiento del curador ad-litem sin el correspondiente emplazamiento, sobraría la causal octava de nulidad del artículo 133 del C. G. del P. Sin embargo, precisamente porque ello no es suficiente para garantizar el derecho de defensa de quien es vinculado al proceso en calidad de demandado, por cuanto el curador ad litem desconoce los pormenores de los hechos objeto del litigo, el legislador estableció la posibilidad de que el juez **emplazara** (citara, ubicara, requiriera a través de un medio de amplia circulación) a quien no fue posible notificarlo personalmente, para presentarse ante el Despacho Judicial, en un plazo determinado, a ejercer su derecho de defensa y contradicción y a presentar y pedir las pruebas que considere pertinentes. De manera que mientras no se lleva a cabo dicho emplazamiento, no puede hablarse de una adecuada defensa técnica como pretende el apelante.

Respecto a lo segundo: El hecho de volver a reponer la actuación invalidada desde el proferimiento de la sentencia inclusive, le permite al demandado ejercer por lo menos dos actos de defensa: Presentar alegatos de conclusión y apelar la decisión en caso de no estar de acuerdo con ella, dos poderosas herramientas que desconoce el apelante en su disertación, amén de la facultad de la jueza de instancia de decretar pruebas de oficio, en caso de considerarlo necesario, antes de dictar la respectiva sentencia. Además de lo anterior, puede solicitar la celebración de otra audiencia de trámite, o hacerlo de manera oficiosa el juzgado de conocimiento, conforme lo faculta el inciso 4º del artículo 30 del C. de P.L.

En este orden de ideas, se confirmará el auto apelado y se condenará en costas al apelante en pro de la parte ejecutada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA DE DECISIÓN LABORAL**,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** el auto apelado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- CONDENAR** en costas a la parte ejecutante, en pro de la parte ejecutada, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 **Aclara voto Aclara voto**