

**.RECURSO DE REPOSICION Y SUBSIDIO RECURSO DE APELACION CONTRA
PROVIDENCIA 22 -02 -2023 RADICADO No. 54-001-31-53-003-2022-00131-00**

Mario Rivera <marioenriquerm04@hotmail.com>

Mar 28/02/2023 09:58 AM

Para: Juzgado 03 Civil Circuito - N. De Santander - Cúcuta

<jcivccu3@cendoj.ramajudicial.gov.co>;patricia.lobo31@hotmail.com

<patricia.lobo31@hotmail.com>;marfloca2006@yahoo.com

<marfloca2006@yahoo.com>;tasajero@termotasajero.com.co <tasajero@termotasajero.com.co>

📎 1 archivos adjuntos (233 KB)

CARBONES EL EDEN VS TERMOTASAJERO RECURSO CONTRA AUTO QUE RECHAZA PRUEBA.pdf;

Señor (a)

JUEZ TERCERA CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE CÚCUTA

Ciudad.-

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO

DEMANDANTE: TERMOTASAJERO S. A. E. S. P.

DEMANDADA. CARBONES EL EDEN S. A.

S.

Radicado No. 54-001-31-53-003-2022-00131-00

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN

MARIO ENRIQUE RIVERA MELGAREJO, abogado en ejercicio, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.456.824 de Cúcuta, con tarjeta profesional número 57.907 del C. S. de la J., obrando como apoderado de la sociedad **CARBONES EL EDEN S. A. S.**, identificada con NIT No. 900.488.092-7, conforme al poder conferido por la señora **MARLENI FLOREZ CASTELLANOS**, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con la C. C. No. 63.390.778 de Malaga, con el debido respeto, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN y en SUBSIDIO EL RECURSO DE APELACION** en contra del auto de fecha Veintidós (22) de Febrero de Dos Mil Veintitrés (2023), notificado por estado el 23 de Febrero de 2023, en los siguientes términos:

Señor (a)

JUEZ TERCERA CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE CÚCUTA

Ciudad.-

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO

DEMANDANTE: TERMOTASAJERO S. A. E. S. P.

DEMANDADA. CARBONES EL EDEN S. A. S.

Radicado No. 54-001-31-53-003-2022-00131-00

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN

MARIO ENRIQUE RIVERA MELGAREJO, abogado en ejercicio, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.456.824 de Cúcuta, con tarjeta profesional número 57.907 del C. S. de la J., obrando como apoderado de la sociedad **CARBONES EL EDEN S. A. S.**, identificada con NIT No. 900.488.092-7, conforme al poder conferido por la señora **MARLENI FLOREZ CASTELLANOS**, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con la C. C. No. 63.390.778 de Malaga, con el debido respeto, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN y en SUBSIDIO EL RECURSO DE APELACION** en contra del auto de fecha Veintidós (22) de Febrero de Dos Mil Veintitrés (2023), notificado por estado el 23 de Febrero de 2023, en los siguientes términos:

PROCEDENCIA DEL RECURSO:

EL de reposición procede de conformidad con lo previsto en el *artículo 318* del Código General del Proceso sobre Procedencia y oportunidades en su cuarto inciso: “(...) *El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.* (...)”. (El subrayado y resaltado no corresponde al texto original).

En el caso concreto el despacho judicial denegó el medio probatorio que se encontraba en discusión y que fue rechazado bajo una argumentación completamente nueva y diferente a la del auto que fue materia de recurso inicial y a los argumentos sobre los cuales se hincaron el sustento del impugnante.

Por su parte el artículo 321 sobre PROCEDENCIA de la apelación, dispone: “Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.”

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

“(....)1. ...2. **3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.** (El subrayado y resaltado no corresponde al texto original).

En el sub examine se el auto que se recurre niega la práctica de la prueba que inicialmente fue decretada, pero que en la decisión del recurso se rechaza.

Normas que por tanto, no suponen duda alguna sobre las procedencia de los recursos que se interponen.

RAZONES DE INCONFORMIDAD:

- 1- Sea lo primero precisar que su despacho, a pesar de que la discusión se ciñó acorde con el recurso interpuesto inicialmente por la señora apoderada de la activa en el tema de la privacidad de los documentos y reserva, que fueron solicitados al momento de proponer excepciones en el acápite de oficios: “(...) **OFICIOS:** Solicito se oficie a la sociedad *TERMOTASAJERO S. A. E. S. P.*, para que remita copia de por lo menos cinco contratos de suministro que celebra con empresas naturales jurídicas para la venta de carbón para su actividad de generación de energía eléctrica vigentes entre el año 2021 y 2022, con la finalidad de que se conozcan los términos y condiciones en que se contrata el suministro de carbón con otros empresarios del ramo.”, NO fue resuelto por su despacho judicial, conforme a lo dirimido, sino bajo un nuevo argumento, con el cual concluyo en el rechazo de este medio probatorio en clara afectación a los intereses de mi cliente.

- 2- Se esgrime por parte de su señoría que el aspecto que tiene mayor trascendencia es el de la *“finalidad de la prueba respecto del litigio planteado con la actitud de las partes y con ello la pertinencia de la misma a las voces del artículo 169 del C.G.”*, y para sustentar tal conclusión arguye que en el caso concreto la prueba en mención es impertinente por no tener relación directa o indirecta al caso en cuestión para lo cual se remite a algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales: “(...) Precisamente sobre la **PERTINENCIA** de las pruebas el Autor *Henan Fabio López Blanco* en su obra *Código General del Proceso- Pruebas*, Página 110 y 111 expuso: **“El concepto de pertinencia**, igualmente recogido en el art. 169 del CGP, se explica advirtiendo que de acuerdo con el respectivo caso las pruebas, así sean conducentes, o sea que el medio es apto para demostrar el hecho que se quiere establecer. Deben estar referidas al objeto del proceso y versar sobre hechos que conciernan con el debate, porque si nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia. (...)”

- 3- De lo anterior y con fundamento en el artículo 169 del C. G. del P., colige que la prueba en mención no guardan relación directa con los hechos que conciernen al debate litigioso.
- 4- Al contrario de la decisión del despacho, debo rememorar como lo hice en la respuesta al traslado del recurso de reposición que importa traer a colación que el objeto del proceso según Hernando Devís Echandía en su libro Teoría General del Proceso, página 156, “es la **relación jurídica o los actos jurídicos o los hechos**, a la cual o a los cuales debe aplicarse en el caso concreto las normas que los regulan, **para decidir sobre su existencia y sus efectos jurídicos.**”

En ese contexto, y habida cuenta que el despacho desconoció esta argumentación al momento de desatar el inicial recurso, no puede perderse de vista que la réplica de la pasiva a la demanda, tiene como fundamento, entre otros, la verdadera naturaleza del contrato suscrito entre las partes **-de adhesión-** dada la posición dominante de la sociedad demandante que se acredita con su misma actividad comercial en la contratación con diversas personas naturales y jurídicas, incluida mi cliente, para lo cual, es necesario verificar su modo de contratación ordinario a fin de comprobar que el acto jurídico celebrado con la acá demandada no es producto de la libre discusión, al punto que con los demás contratista impone las mismas condiciones.

En efecto, los argumentos de esta defensa, expuestos en la contestación al hecho primero -y que por ende comportan el objeto del proceso- precisamente refieren a que el contrato de suministro “*si bien fue suscrito por la representante legal de la sociedad CARBONES EL EDEN S. A. S., el mismo, no es consecuencia de un genuino acuerdo entre las partes, sino de la imposición de una de las partes, que aprovechándose de su condición dominante como empresa dedicada a la generación de energía eléctrica ubicada en el Departamento Norte de Santander, requiere de grandes volúmenes de carbón, **que los adquiere bajo esta clase de contratos a la empresas (personas naturales y jurídicas) dedicadas a la explotación y comercialización del carbón, bajo cláusulas completamente leoninas y abusivas, que interpretadas de manera individual y en su conjunto, es fácil concluir, que no encontramos ante un contrato más de adhesión, que un contrato bilateral, prueba de ello, son las cláusulas contenida en dicho contrato (...)**”*

En el mismo sentido, están los fundamentos de la contestación al hecho segundo, numeral 4, y al hecho 6; al paso que todas las excepciones propuestas, se basan, entre otros fundamentos, en la verdadera naturaleza del contrato suscrito -de adhesión- a partir de la posición dominante de la sociedad que demanda y su modo ordinario de contratación.

Significa entonces que la prueba requerida en verdad versa necesariamente sobre el objeto del proceso y por ende resulta procedente lo ordenado en la decisión inicialmente adoptada por el despacho y que ahora rechaza bajo un argumento que pugna con los fundamentos facticos que son materia de prueba.

- 5- Ahora bien, no puede desconocer la señora Juez, que con la proposición de excepciones se hizo expresa referencia a una serie de cláusulas leoninas o abusivas de parte de la demandante al momento de suscribir el contrato que se constituye en la base de ejecución y que se tornan en los supuestos de hecho a demostrar, por tanto, usualmente cuando se incurren estas prácticas abusivas y arbitrarias siempre se trata de contratos preestablecidos de quien ostenta la posición dominante y se la impone a la parte más débil de la relación contractual, en sus actividades comerciales, que son utilizadas por igual a sus otros clientes o usuarios en similares negocios, como sucede con los contratos de seguros, la venta de pasajes y otras modalidades de contratos de adhesión, situación que le exige al juzgador de instancia agotar todos los medios legales para auscultar esta conducta que normalmente esta prevalida de mala fe. En sentencia doce (12) de febrero de dos mil dieciocho (2018), SC129-2018, Radicación n° 11001-31-03-036-2010-00364-01, Magistrado Ponente Doctor AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, así se refirió a la obligatoriedad del Estado de y de los jueces mismos al investigar esta conductas:

“(...) En tales eventos, la doctrina de la Corte ha sido enfática en señalar que es deber del juez delimitar el contenido de pactos que excluyan o minimicen los deberes del extremo contractual predisponente en la relación negocial de que se trata, en perjuicio del adherente, porque lo contrario traduciría causa de exoneración unilateral de las obligaciones inicialmente adquiridas por aquella empresa, además es desmedro del objeto bien intencionado que posee el contrato de seguro.

Específicamente aludiendo a las cláusulas aludidas, la Sala anotó:

“...Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como -por regla- sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido,

particularmente para “excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual” (...)

Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas –que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones -de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio -por regla general- para su negociación individual.

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que ‘el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio’, en cualquier caso, ‘no puede discutirse que existe voluntad contractual’, o que ese acto no revista ‘el carácter de contrato’, sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador -consumidor, lato sensu- deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle -figuradamente- un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. de Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando éste muda su condición ontológica (in potencia a in actus), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su ‘expectativa objetivamente razonable’, como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro. (CSJ SC de 2 feb. 2001, rad. nº. 5670).

Tal deber interpretativo en el juzgamiento de las referidas cláusulas es de orden constitucional, comoquiera que la Carta Política, como también lo expuso esta Corte en la providencia citada, **previó que es deber del Estado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art. 333, inc. 4º).**

Esta tendencia asimismo ha sido expuesta por la doctrina especializada, al señalar, refiriéndose al control de las condiciones generales abusivas de los contratos, que «(l)os límites al ejercicio de la actividad empresarial están entonces ordenados también a perseguir aquella situación de aprovechamiento económico. Las formas en que se manifiesta este desequilibrio son innumerables: (...) En breve reseña, dichos instrumentos consisten particularmente, y en primer término, en la predisposición unilateral de condiciones negociales uniformes y abusivas. (...) **El derecho del consumidor a la seguridad económica y su correlato, el deber**

legal de garantía de la empresa, abrazan, como sustento de jerarquía constitucional y dentro de un plexo defensivo de derechos humanos fundamentales, el imperativo del control de las cláusulas abusivas predispuestas en los contratos por adhesión. El objetivo de la protección postulada en estos términos es tema central de los modernos sistemas de control de los contratos, y –cuadre destacarlo una vez más- no consiste en hacer triunfar los derechos de una categoría social sobre los de otra, sino, en un marco de convivencia de intereses, restablecer la igualdad real en las relaciones negociales, amenazada en detrimento del consumidor.» (...)

- 6- De tal forma, que del análisis que el despacho realice objetivamente de contratos de naturaleza similar realizados por la accionante TERMOTASAJERO S. A., con otros de sus proveedores, podrá dilucidar que se trata de una parte, de imposiciones en que las hace prevalecer por su posición dominante en el mercado, no solo con mi cliente sino con otros empresarios del ramo del carbón, que se deben plegar a sus condiciones y de otra que efectivamente estamos frente a contratos de adhesión en que NO hay posibilidad de negociación alguna, para poder vender su carbón, que conlleva un actuar notoriamente de mala fe, que es otro tema de trascendencia que se acreditara con dicha prueba.

- 7- Como se advirtió al descorrerse el traslado de la reposición inicial y volviendo al tema de la privacidad, el despacho judicial tiene todos los poderes y medidas para evitar que dichos documentos puedan ser conocidos por terceros, que es en ultimas la preocupación de la actora, por lo que se reitera, la parte demandante puede remitir los documentos solicitados con cifrado o contraseña que solo pueda conocer el despacho y las partes únicamente para los derechos de contradicción y de defensa. Adicional a ello, se solicita a su señoría que en cumplimiento del deber que impone el artículo 4 del CGP que refiere a la igualdad de las partes “El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes.”, mantenga su decisión por cuanto la sociedad demandante incluso en el terreno judicial quiere imponer su posición dominante para torpedear la práctica de pruebas que ayudan a esclarecer los hechos sobre los cuales versa la controversia.

Las consideraciones anteriores, son las que imponen que en el caso concreto la señora Juez debe proceder a REVOCAR la decisión adoptada en auto de fecha 22 de Febrero de 2023 al REPONER el subnumeral 2.2. del NUMERAL CUARTO del auto de fecha 20 de octubre de 2022 que rechazo la prueba ahí mencionada y en su lugar la decreta como inicialmente se había realizado en la referida providencia.

Los argumentos y consideraciones son los mismos que **SUSTENTAN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN SUBSIDIO**, en el evento que su despacho resuelva mantener la decisión objeto de recursos.

Atentamente,



MARIO ENRIQUE RIVERA MELGAREJO
C. C. No. 13.456.824 de Cúcuta
T. P. NO. 57.907 del C. S. de la J.,