

Recurso de reposición y en subsidio apelación - Rad. 2020-0189

Julian Molina <jmolina.lawyers@outlook.com>

Mié 29/06/2022 4:43 PM

Para:

- Juzgado 38 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto38bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC:

- bmwences@gmail.com <bmwences@gmail.com>

Cordial saludo.

Dentro del término legal y oportuno, me permito allegar memorial concerniente al **recurso de reposición y en subsidio apelación** contra los autos de fecha 22 y 23 de junio de 2022, mediante los cuales, se dejó sin efecto el trámite de Nulidad de notificación presentado mediante las excepciones previas.

Por su atención, muchas gracias.

Atentamente;

JULIAN MOLINA
ABOGADO

Señor

JUEZ TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Ciudad

E. S. D.

Referencia: Proceso Ejecutivo de la sociedad ACERCASA S.A.S., contra ALEXANDER RIVERA y otros.

Radicado: 2020-0189

ASUNTO: Recurso de reposición y en subsidio de apelación.

JULIAN MOLINA, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma domiciliado en la ciudad de Bogotá, de conformidad con el poder que me ha sido conferido por el demandado ALEXANDER RIVERA dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, **me permito presentar en el término de ley ante su Despacho recurso de reposición y en subsidio de apelación** contra los autos de fecha de 22 de junio de 2022 y notificados en el estado del 23 de junio de 2022, mediante el cual se dejó sin efecto el trámite de nulidad de notificación presentado mediante excepciones previas y se ordenó seguir adelante con la ejecución, en los siguientes términos:

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se dispuso en su artículo 8 que las notificaciones personales se podrían realizar mediante correo electrónico previo cumplimiento de ciertos requisitos legales dentro de los cuales se encontraba afirmar bajo juramento como obtuvo el correo electrónico del demandando o de la parte a notificar y probar la forma como obtuvo dicha información.

***“Artículo 8. Notificaciones personales.** Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.*

*El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, **informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.***

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.” (Subrayado y negrilla por fuera de texto)

De la misma manera este artículo previó que en la eventualidad que existiera discrepancia sobre la forma en la cual se había practicado la notificación podría la parte interesada manifestar bajo juramento tal situación y solicitar la nulidad de lo actuado.

*“Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al **solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado**, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso.”*

Así las cosas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, 133 y 134 y subsiguientes del C.G.P, dentro de las nulidades se encuentra la de indebida notificación la cual podría alegarse en cualquiera de las instancias antes que se dicte sentencia, en el caso en particular se realizó mediante excepción previa con la contestación de la demanda de conformidad al artículo 135 del C.G.P.

Sobre el caso en concreto tal y como se manifestó la parte demandante o en su escrito de demanda y de subsanación, indico que la dirección electrónica de mi representando el señor ALEXANDER RIVERA es alexriv2008@hotmail.com, la cual según manifestación del apoderado se otorgo al momento de la solicitud del crédito, **sin embargo, NO SE ACREDITÓ** con ninguna prueba sumaria que verdaderamente esta fuera la dirección electrónica de mi poderdante, pues se obtuvo de un certificado de Cámara de Comercio de la empresa MERCARIVER dentro de un proceso que cursa en contra de esta sociedad y de la cual mi representado fue hasta el año 2018 representante legal, razón por la cual no puede tenerse como dirección de notificación de una persona natural la dirección de notificaciones judiciales de una empresa que nada tiene que ver con este proceso.

Hay que mencionar además, que la aquí demandante radicó al Juzgado notificación personal con sus anexos enviada al correo electrónico alexriv2008@hotmail.com el pasado 14 de septiembre de 2021, aun cuando conocía que este correo electrónico era el de notificaciones judiciales de la sociedad MERCARIVER y no la dirección personal de mi representado, es decir mi mandante nunca ha informado a la aquí

demandante que su dirección de correo electrónico fuera la informada al despacho y mucho menos existió conocimiento de la demanda a través de este sino con la comunicación por parte de su hermana quien también es demandada en este proceso y por lo cual decidió hacerse parte del proceso otorgándole poder abogado para su representación legal.

Acorde con lo anterior no se puede afirmar de ninguna manera que la dirección personal de correo electrónico de mi representado fue la informada por el demandante, pues la realidad es que su correo electrónico personal es el que se le informó al despacho en las excepciones previas donde se alegó la nulidad alex.rivera.ruiz@hotmail.com, del cual se anexo prueba de lo pertinente al momento de proponer la excepción y del cual se manifestó lo siguiente:

“En consideración a que no se realizaron las notificaciones personales y de aviso conforme a lo preceptuado en la ley y al decreto 806 de 2020 y que mi poderdante fue notificado a una dirección de correo electrónico que no es la suya, solicito al señor Juez no tener en cuenta como positivas las notificaciones enviadas y sus certificaciones por el apoderado de la parte actora pues son sustancialmente nulas y deberá de realizarlas nuevamente, sin embargo solicito tener por notificado a mi mandante por conducta concluyente a partir de la contestación de la presente demanda y de la presentación de estas excepciones. tal y como consta dentro del proceso con el poder allegado y el acta suscrita.

Y tal y como lo establece el Decreto 806 de 2020 mi representado manifiesta bajo la gravedad de juramento que no se enteró de la providencia que libro mandamiento de pago y por tal motivo es de aplicación al último párrafo de dicha norma.”

Ahora bien, resulta oportuno manifestar que respecto del trámite de notificación, se solicitó al despacho efectuar el mismo de acuerdo con lo previsto en artículo 301 del C.G.P., alusivo a la **notificación por conducta concluyente**, oportunidad en la cual, se allegó otorgamiento de poder especial, y como quiera que el Despacho elevó requerimiento respecto de la evidencia de mensaje de datos, se arrió el documento concerniente a **otorgamiento de poder** por escritura pública 0962 de fecha 17 de marzo de 2020, a efectos de no tener previsto el registro de datos, toda vez que conforme a las facultades conferidas por mi prohijado, el instrumento público me facultaba para representarle en todas las actuaciones de carácter judicial a título personal, y pese a ello, el Despacho tuvo a bien desconocer dicho

poder para dar trámite a la solicitud de **notificación por conducta concluyente**, obviando correr traslado de la demanda y sus anexos a efectos de proceder con la respectiva contestación conforme a los términos de Ley, de acuerdo con el correo de fecha 13 de enero de 2022.

Con respecto a lo afirmado por el Despacho donde se indica que no debió de darle trámite a las excepciones previas donde se alega la nulidad.

“(...) Mediante auto de 25 de abril del cursante, se dispuso impartir trámite al escrito de excepciones previas como si fuera de nulidad lo que no debió suceder, pues conforme al numeral 3º del artículo 442 del Código General del Proceso, lo hechos que constituyen excepciones previas deben ser alegados vía recurso de reposición, y de la lectura del escrito se alega como excepción previa la indebida notificación. Así las cosas, el escrito luce extemporáneo, máxime cuando el demandado fue notificado el 29 de septiembre de 2021 y el escrito en comento es de 13 de enero de 2022.”

He de manifestar e indicar que el Código General del Proceso en su artículo 135 establece como requisitos de la nulidad que esta sea presentada por quien está legitimado en la causa para alegarla indicando cual es la causal, además de lo anterior menciona que no podrá alegar la nulidad **quien omitió alegarla como excepción previa** si tuvo oportunidad para hacerlo, es por esta razón que la norma es clara en indicar lo siguiente:

*“Artículo 101. Oportunidad y trámite de las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán **en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan**. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.”*

Consecuencia de lo anterior el Despacho si debió de dar traslado y trámite a la nulidad de indebida notificación de mi representado el señor Alexander Rivera la cual fue propuesta de conformidad a la ley procesal correspondiente y ordenar que se realizará en debida forma según lo ordenado por el Decreto 806 de 2020, y mucho menos podrá desconocer que no podía tener por notificado a este en la fecha señalada aun cuando el demandante proporciono una dirección de correo electrónico errada y de un proceso en contra de la sociedad quien utiliza dicha dirección electrónica, razón por la cual nos encontramos ante una violación inminente del debido proceso por parte del Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La **INDEBIDA NOTIFICACION DEL AUTO ADMISORIO** es una de las causales de nulidad contempladas en el C.G.P.

“Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.”

“Artículo 135. Requisitos para alegar la nulidad. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

*No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, **ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo**, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.”(Negrilla y subrayado por fuera del texto)*

De la misma manera para ser tenida en cuenta en la oportunidad legal oportuna se ha definido que deberá de ser alegada con el traslado de contestación de la demanda.

“Artículo 101. Oportunidad y trámite de las excepciones previas. Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.”

De otra parte se exhorta al Despacho a tener en cuenta los argumentos de la Corte Constitucional frente al debido proceso

“El defecto procedimental absoluto, ocurre cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, bien sea porque sigue un trámite ajeno al pertinente y en esa medida equivoca la orientación del asunto, o porque omite etapas sustanciales del procedimiento establecido, con lo que afecta el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso.

(...)

La notificación judicial constituye un elemento básico del derecho fundamental al debido proceso, pues a través de dicho acto, sus destinatarios tienen la posibilidad de cumplir las decisiones que se les comunican o de impugnarlas en el caso de que no estén de acuerdo y de esta forma ejercer su derecho de defensa.”(Sentencia T025-2018)

En el mismo sentido se pronunció la sentencia T-996 de 2003, en la que señaló que:

“La Corte ha explicado que cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa, con fundamento en su sola voluntad, se configura el defecto procedimental. En este sentido, estaría viciado todo proceso en el que se pretermitan etapas señaladas en la ley para el desarrollo de un asunto relevante para asegurar las garantías de los sujetos procesales, como la solicitud y práctica de pruebas o la comunicación de inicio del proceso que permita su participación en el mismo”.(Negrilla fuera del texto original).

Con respecto a este tipo de nulidades, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha dicho:

“El vigor normativo de los fallos judiciales solamente se predica n respecto de las personas que han intervenido como parte (participes) en

el juicio respectivo, pero no respecto de quienes han sido extraños a este, por lo cual el fallo dictado en el mismo ni les aprovecha ni les perjudica: es para ellos res inter alios iudicata. Por tanto, el presupuesto procesal que acarrea la nulidad consiste siempre y exclusivamente en que habiéndose dirigido la demanda contra una persona, esta no sea notificada o emplazada con las ritualidades prescritas por la ley, omisión que es la que vulnera su derecho individual de defensa. Y en Auto AC8213 “2017 de 5 de diciembre de 2017, expuso: ” 1 Como desarrollo de la garantía constitucional del debido proceso, elevado a rango constitucional en el artículo 29 de la Constitución Política, la legislación procesal civil ha regulado de manera detallada las causales de nulidad en que puede incurrirse en la tramitación total o parcial del proceso, con el fin de garantizar a las partes el ejercicio del derecho de defensa, contradicción, publicidad y, en general, el ajuste a las formas básicas propias de cada juicio. Este instituto de las «nulidades procesales», de origen legal, se rige por el postulado de la “taxatividad o especificidad”; es decir, que no se estructura la irregularidad capaz de anular el proceso, a menos de que se encuentre contemplada en los motivos consignados expresamente el artículo 133 del Código General del Proceso, a los que se suma el consagrado en el último inciso del precepto 29 de la Carta Magna, según la cual es “nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Dentro de las causales mencionadas, se encuentra aquella que reza que el proceso es nulo en todo o en parte, cuando «...no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas»”

En particular, la **sentencia C-670 de 2004**[\[61\]](#) resaltó lo siguiente:

*“[L]a Corte ha mantenido una sólida línea jurisprudencial, en el sentido de que **la notificación, en cualquier clase de proceso, se constituye en uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso** mediante la vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada, así como que es un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones. De igual manera, es un acto procesal que desarrolla el principio de la seguridad jurídica, pues de él se deriva la certeza del conocimiento de las decisiones judiciales. (Negrilla fuera del texto original).*

Por su parte, en la **sentencia T-081 de 2009**, señaló que en todo procedimiento se debe proteger el derecho de defensa, cuya primera garantía se encuentra en el derecho que tiene toda persona de conocer la iniciación de un proceso en su contra en virtud del principio de publicidad. De conformidad con lo anterior, reiteró la **sentencia T-489 de 2006** en la que se determinó que:

*“[E]l principio de publicidad de las decisiones judiciales hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, como quiera que todas las personas tienen derecho a ser informadas de la existencia de procesos o actuaciones que modifican, crean o extinguen sus derechos y obligaciones jurídicas. De hecho, **sólo si se conocen las decisiones judiciales se puede ejercer el derecho de defensa que incluye garantías esenciales para el ser humano**, tales como la posibilidad de controvertir las pruebas que se alleguen en su contra, la de aportar pruebas en su defensa, la de impugnar la sentencia condenatoria y la de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.* (Negrilla fuera del texto original).

Adicionalmente, en esa oportunidad, la Corte Constitucional enfatizó en que la indebida notificación es considerada por los diferentes códigos de procedimiento de nuestro ordenamiento jurídico como un defecto sustancial grave y desproporcionado que lleva a la nulidad de las actuaciones procesales surtidas posteriores al vicio previamente referido.

En lo relativo al Debido proceso este es un derecho constitucional el cual deberá de ser garantizado en todas las actuaciones judiciales.

“ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado en sentencia T-051/16:

*“... (...) el debido proceso comprende: “a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. **c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.** d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.”(Subrayado y Negrilla por fuera del Texto)*

Así las cosas y con lo manifestado en los hechos anteriormente narrados la notificación fue remitida a un correo electrónico que no es de uso ni conocimiento por parte del señor ALEXANDER RIVERA y deberá de darse trámite a la nulidad presentada.

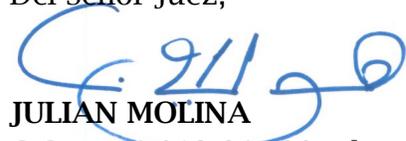
PRETENSIONES

PRIMERO: Se revoquen los autos de fecha de 22 de junio de 2022 y notificados en el estado del 23 de junio de 2022, mediante los cuales se dejó sin efecto el trámite de nulidad de notificación presentado mediante excepciones previas y se ordenó

seguir adelante con la ejecución, y en consecuencia se dé trámite a la nulidad alegada y se ordene realizar la notificación con el cumplimiento de los requisitos legales vigente en consideración a lo expuesto anteriormente.

SEGUNDO: En caso de no revocar los autos de fecha de 22 de junio de 2022, se conceda el recurso de apelación según lo previsto en el C.G.P.

Del Señor Juez,



JULIAN MOLINA

C.C. No. 1.013.647.987 de Bogotá D.C.

T.P. No. 324.248 del C.S. de la J