

RECURSO REPOCISION SUBSIDIO APELACION AUTO QUE DECIDIO EXCEPCIONES PREVIAS NOT. POR ESTADOS EL 30 DE OCTUBRE

CARLOS ARTURO AMAYA MARCHESIELLO <amayaabogado@hotmail.com>

Jue 5/11/2020 3:29 PM

Para: Juzgado 10 Civil Circuito - Santander - Bucaramanga <j10ccbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>; jmanrique@gmsconsultores.com <jmanrique@gmsconsultores.com>; abogado.ysanchez@gmail.com <abogado.ysanchez@gmail.com>; gfranco@alianza.com.co <gfranco@alianza.com.co>; contador@inverlemersa.com <contador@inverlemersa.com>; FRANK GALVIS AGUILAR <frankgalvisaguilar@gmail.com>; erwingarcia01@hotmail.com <erwingarcia01@hotmail.com>; ismega781@hotmail.com <ismega781@hotmail.com>; natavega19@hotmail.com <natavega19@hotmail.com>; angelica goemz <angelica.gomez@urviviendas.com>; amayaabogado@hotmail.com <amayaabogado@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (9 MB)

RECURSO REPOSICION PROCESO ELIAS GALVAN EP.pdf;

Bucaramanga, noviembre 05 de 2020

Señor (a)

Juez Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga

E. S. D.

Ref. Proceso verbal declarativo de mayor cuantía radicado número 2018-00369-00

Con todo comedimiento, allego al juzgado en el término, memorial recurso de reposición en subsidio de apelación, contra su proveído que denegó las excepciones previas.
De este mismo se ha dado traslado a todas y cada una de las partes.

Cordialmente,

CARLOS ARTURO AMAYA MARCHESIELLO

T.P. 54702 C.S.J.

C.C. 91.229.369 de Bucaramanga.

Notificación: amayaabogado@hotmail.com o angelica.gomez@urviviendas.com

Bucaramanga, noviembre 5 de 2020

Señor:

JUEZ DECIMO CIVIL (10) DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

E. S. D.

Radicación: 68001-31-03-010-2018-00369-00
Proceso: VERBAL MAYOR CUANTÍA
Demandante: JACKELINE GALVAN MORENO y otra
Demandado: ERWIN GARCÍA ASCANIO y otros.
Asunto: CUADERNO DDA DE RECONVENCIÓN ICONOS

CARLOS ARTURO AMAYA MARCHESIELLO, mayor de edad, vecino de Bucaramanga, abogado titulado e inscrito con tarjeta profesional vigente # 54.702 del Consejo Superior de la Judicatura y cédula de ciudadanía # 91.229.369 de Bucaramanga, obrando en este acto en nombre y representación de la compañía demandada **ICONOS INVERSIONES EN CONSTRUCCIÓN S.A.S.**, por medio del presente escrito, me permito, presentar recurso de REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACION en contra de la providencia de fecha 29 de octubre de 2020 por medio de la cual no se accedió a que prosperara alguna de las excepciones previas propuestas contra el libelo demandatorio.

SUSTENTO EL RECURSO, en los siguientes argumentos de orden legal y probatorio que organizo y abordo conforme al orden del auto recurrido:

1. La conciliación aportada como requisito de procedibilidad no cumple con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 640 de 2001, ya que no se aportó una conciliación en derecho sino una conciliación en equidad. A la conciliación en equidad no fueron convocados el señor FRANK GALVIS AGUILAR e ICONOS INVERSIONES EN CONSTRUCCIÓN.

Para negar la declaración de configuración de esta excepción previa con relación al segundo ataque su despacho responde que en el acta de conciliación aportada aparece como convocado el señor FRANK GALVIS AGUILAR y por tanto y ha contrario de lo por mí sostenido, sí fue emplazado y participó en dicha diligencia y en eso tiene razón por lo que pido formales excusas por dejar de observarlo.

Pero con lo que si no estoy de acuerdo es en que con relación a la primera razón ese despacho sostenga que en tratándose de procesos declarativos como el que nos ocupa sea claro *“que el demandante cumplió con la obligación prevista en el artículo 621 del C.G.P. con las precisiones hechas en el artículo 35 de la Ley 640 del 2001, que permite que el requisito pueda cumplirse mediante la conciliación en equidad”*, ya que eso NO ES CIERTO, ello NO OCURRIÓ.

Las razones de mi diferencia son todas de tipo legal.

En primer lugar, y de acuerdo con lo prescribe y ordena el artículo 13 del CGP hago trascender que *“las normas procesales son de orden público, y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”* (Destacados en negrillas y subrayados fuera de texto).

La norma invocada que es de carácter procesal y por tanto de **ORDEN PÚBLICO** textual y literalmente reza:

“ARTÍCULO 621. Modifíquese el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, el cual quedará así:

*“Artículo 38. Requisito de procedibilidad en asuntos civiles. Si la materia de que trate es conciliable, la conciliación extrajudicial **en derecho** como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados.*

PARÁGRAFO. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso". (Destacado en negrillas y subrayado fuera de texto).

Como se extracta del tenor literal de la norma, el legislador, para que se entienda acatado el requisito de procedibilidad de la acción judicial, lo que exige es que se agote realizando una "conciliación extrajudicial **EN DERECHO**", y no "EN EQUIDAD" como la que se aportó con la demanda, lo cual significa que **NO SE CUMPLIÓ** con esta condición legal.

Además, ese juzgado al aceptar la conciliación "EN EQUIDAD" como el requisito de procedibilidad que exige la norma lo que está haciendo es "MODIFICARLA" porque en ella LITERALMENTE se lee que se requiere una conciliación EN DERECHO, NO EN EQUIDAD, **figuras diferentes**, y en donde el legislador NO DISTINGUE NO LE ES DABLE DISTINGUIR AL INTÉRPRETE, MODIFICACIÓN DE LA NORMA que expresamente le está **PROHIBIDA al juez** (art. 13 CGP), razones por las cuales NO SE PUEDE CONCLUIR como lo hace ese juzgado **que estrictamente** se cumplió con lo que dispone el art. 621 del CGP que modificó el artículo 38 de la Ley 640 de 2001.

En segundo lugar, la conciliación EN DERECHO y EN EQUIDAD son dos **figuras diferentes** en razón de las calidades que debe tener quien interviene como conciliador en cada una de ellas.

Mientras que el artículo 5° de la Ley 640 de 2001, exige que "El conciliador que actúe en derecho **deberá ser abogado titulado**, es decir, que conozca de las normas, el conciliador en equidad no debe reunir este requisito profesional especial, porque la conciliación en equidad generalmente "es un mecanismo que surge del principio de la justicia comunitaria cuyo propósito es ayudar en la preservación del orden, la tranquilidad y la paz a partir de unas reglas propias acordes a sus tradiciones, principios y costumbres, en forma tal, que los conflictos que surjan entre las personas que integran esa comunidad son solucionados con mediación de miembros de la misma comunidad, es decir, es un ejercicio enmarcado en la regulación del orden para este grupo específico, como respuesta alternativa a la justicia formal estatal"¹, y por ello estos conciliadores tienen una preparación muy básica antes de ser nombrados, su conocimiento es limitado a las condiciones socioeconómicas de su territorio, y se limita a lo que indica la Ley 446 1998, Artículo 108, alineados a los principios de informalidad y celeridad para el logro de un arreglo amigable.

Como se puede ver los conciliadores EN EQUIDAD no son profesionales especializados en leyes como son los abogados, argumento adicional que muestra que lo que exige la norma es una CONCILIACIÓN "EN DERECHO", NO CUMPLIDA, que nos lleva a solicitarle muy respetuosamente revocar por estos motivos la decisión recurrida.

2. Con respecto a la INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES trascendidos, a saber:

a. Inobservancia del requisito consagrado en el artículo 82 numeral 2° parte final del CGP, en el sentido que en la demanda "se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce, y tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT)."

Si se observa, lee, estudia, y asimila el libelo demandatorio, en efecto el actor NO CUMPLIÓ con este requisito formal, **como tampoco bajo la gravedad de juramento afirmó que lo desconocía**, luego es obligación de su despacho **INADMITIR** la demanda y ordenar que se corrija, porque así lo dispone otra norma de ORDEN PÚBLICO, de obligatoria observancia para el señor juez y las partes (art. 13 CGP), el art. 90 del CGP que en procedimiento estrictamente reglado prescribe:

"ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. (...)

"Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibile la demanda solo en los siguientes casos:

¹ Minjusticia link

<http://sej.minjusticia.gov.co/AccesoJusticia/Documents/Documento%20Conciliacio%CC%81n%20en%20Equidad.pdf>

1. 1. Cuando no reúna los requisitos formales.
2. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.
3. Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.
4. Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.
5. Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.
6. Cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario.
7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

En estos casos el juez señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo. Vencido el término para subsanarla el juez decidirá si la admite o la rechaza. (Destacados en negrillas y subrayados fuera de texto).

Señor juez, regresamos al mismo problema jurídico que planteé en el aparte anterior:

Conforme a lo que dispone el art. 13 del CGP **“las normas procesales son de orden público, y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”** (Destacados en negrillas y subrayados fuera de texto).

Entonces, si se incumple un requisito formal de la demanda como este que se hice trascender al plantearlo como excepción previa, **no se compadece del debido proceso que usted exprese que “como el demandante al descorrer el traslado de las excepciones manifestó que ignoraba ese número de NIT, se entienda subsanado el defecto” Y DE PASO CONDENE A LA PARTE POR MI REPRESENTADA A PAGAR AGENCIAS EN DERECHO QUE TASA ABULTADAMENTE.**

NO, señor juez, sinceramente su conducta y actuar no se apiadan del debido proceso.

En casos como éste en el que el demandante deja de observar en la demanda uno de los requisitos formales que exige la ley, es su obligación LEGAL INADMITIRLA, sometiéndola al procedimiento de ley, es decir, otorgándole al demandante un término de 5 días para que la corrija.

Pero no tampoco de esta forma, porque como lo ordena el art. 93 del CGP en su numeral 3° **“Para reformar la demanda (que incluye corregirla), es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito”** lo cual significa que el texto completo de la demanda original **debe reemplazarse por otro en que se subsane este defecto, pues no de otra forma se puede enmendar.** En ese sentido usted lo hizo por fuera del debido proceso.

También hago trascender que en casos como estos de ignorarse el # del NIT del patrimonio autónomo y éste **“no conste en las bases de datos de las entidades públicas y privadas que tengan a su cargo el deber de certificarla”**, ordena el art. 85 del CG del P., que el demandante **“deberá aportar la prueba de la existencia y representación legal del demandante y del demandado, de su constitución y administración, cuando se trate de patrimonios autónomos”** (subrayo y destaque), para que el señor juez le ordene a éste (num. 2) **“con las previsiones del inciso siguiente, que al contestar la demanda allegue las pruebas respectivas.”**

Así las cosas, no es con este tipo de juramento en un momento procesal NO PERMITIDO y sin cumplir los requisitos de ley como puede subsanarse este defecto formal de la demanda.

Su despacho sin violar la ley no puede omitir el cumplimiento de estas normas que son de orden público y por tanto de obligatoria observancia para el juez y las partes, razones que me llevan a solicitarle que el auto recurrido sea revocado y en su lugar accederse a lo pedido.

3°. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO EN MATERIA DE CUANTIFICACIÓN DE LOS PERJUICIOS MORALES.

Sostiene su despacho que acorde a lo que dispone el artículo 206 del C.G.P. al ser los perjuicios morales de carácter extrapatrimonial el actor no está obligado a estimarlos.

NADA MÁS ALEJADO DE LA REALIDAD Y EL DEBIDO PROCESO.

El juzgado por esta vía desconoce no solo la ley que obliga al actor a observar **“los parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda”** (inc. final del art. 25 del CGP), sino igualmente el precedente jurisprudencial de nuestra corte suprema de justicia, sala de casación civil, contenido en la sentencia AC4338-2017 del siete (7) de julio de dos mil diecisiete (2017), radicado 70001-31-21-001-2014-00147-01, HMP DR. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, según el cual el perjuicio moral, **“(…) no puede ser estimado por el demandante o considerado por el sentenciador de segundo grado, de manera incondicional, para efectos del interés aludido”** porque **“La normatividad vigente, ... repele aceptar pretensiones inmateriales, siguiendo la estimación de la parte, perviviendo, por lo tanto, para fulminar una condena o ponderar la cuantía ... , el precedente judicial, según el cual el “(…) recto criterio del fallador (...) viene a ser el adecuado para su tasación (...)” , todo, por supuesto, según las circunstancias concretas en causa.”**

Así las cosas en casos como el que nos ocupa, tanto el actor como el juez y como lo ordena la norma deben **“observar las directrices jurisprudenciales”**, aclarando la corte renglones atrás que **“En la época del Código del Código de Procedimiento Civil, se aceptaba su valoración por la propia parte, al decir de la Sala, cuando respondía a los “montos fijados en la jurisprudencia” o respetaba los “límites legales (artículo 97 del Código Penal) (...)” . No obstante, el primer criterio, en la sistemática del Código General del Proceso, es el actualmente aplicable, no sólo porque para efectos de determinar competencia, en la susodicha materia, se autorizó tener en cuenta los “parámetros jurisprudenciales máximos” (artículo 25, ibídem), lo cual debe tenerse como referente, sino porque el arbitrio judicial fue reafirmado en el artículo 206, inciso 6º, ejúsdem, a cuyo tenor el “juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales”.** (Destacado y subrayado fuera de texto).

Por tanto, por estas otras razones la demanda también debe ser inadmitida abriéndose camino el revocatorio de la decisión recurrida.

4°. EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO DE OTRO REQUISITO FORMAL DE LA DEMANDA COMO ES EL DE NO HABERSE EXPRESADO EN ELLA “LO QUE SE PRETENDA, CON PRECISIÓN Y CLARIDAD” (artículo 82 numeral 4 del CGP), su despacho no dijo nada al respecto, dejó de juzgarlo, por lo que debo insistir en su omisión, ya que, en efecto,

- a. Resulta más que indebido y no CLARO que se pretenda como PRIMERA petición PRINCIPAL la declaración de la NULIDAD del modo y NO LA DEL TÍTULO.

En el DERECHO COLOMBIANO ese tipo de NULIDAD, NO EXISTE. Las causales de NULIDAD son TAXATIVAS (artículos 1741 del código civil y 899 del código de comercio) y en ninguna de ellas se contempla que se pueda pedir la nulidad de un MODO. Lo que se puede pedir es la NULIDAD de los actos jurídicos y contratos en general y no de la TRADICIÓN que es un simple modo de transferir el dominio

- b. Otro tanto sucede con la tercera pretensión principal de INOPONIBILIDAD del contrato de fiducia que tampoco es clara y precisa.

Esto porque la institución de la INOPONIBILIDAD solo se produce frente a TERCEROS de BUENA FE tal y como lo consagra el artículo 901 del código de comercio, y además el negocio jurídico que se impugne, debe haber incumplido el requisito de PUBLICIDAD que en bienes inmuebles se concretiza

con el registro de la respectiva escritura pública en la oficina de registro de instrumentos públicos que corresponda.

En el presente caso, ni en el petitum, ni en los hechos, el abogado actor especifica y concretiza en favor de quién se debe declarar esa INOPONIBILIDAD.

Además es claro que el contrato de fiducia protocolizado mediante escritura pública # 4347 del 24 de septiembre de 2015 otorgada en la notaría 2 del círculo de Bucaramanga se encuentra debidamente registrada desde el día 1° de octubre de 2015 en el FMI # 300-326547, como consta en la anotación # 016, luego el actor debe hacer claridad sobre a qué se está refiriendo, pues en esas condiciones está obligando a las partes a defenderse de cargos que no se conocen en su dimensión y alcance violándoles de esta manera sus derechos esenciales al debido proceso y de defensa porque los obliga a defenderse de una incertidumbre.

Por tanto, ruego al señor juez complementé o adicione su decisión, juzgando estos aspectos dejados de lado, y de prosperar ordene a las demandantes corregir la demanda y organizar las pretensiones con precisión y claridad, como ordena la ley, soportándola en el debido fundamento fáctico y jurídico que tampoco cumplen a pesar de así ordenarlo los numerales 5° y 8° del art. 82 del CGP (Toda demanda debe cumplir entre otros requisitos con la obligación de relacionar "5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.

Como no se hizo de esta manera se incumple este otro requisito de ley que lleva a la revocatoria del auto recurrido.

5°. EL ACTOR TAMPOCO CUMPLE CON EL REQUISITO ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 8 DEL ARTÍCULO 82 DEL CGP DE RELACIONAR LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE SUS PRETENSIONES.

Cita como tales los artículos 833 a 841 del código de comercio, y el 744 del código civil que hacen referencia a los negocios jurídicos que realice una persona en representación de otra, y en el presente caso el contrato de FIDUCIA lo celebra el señor ERWIN GARCÍA ASCANIO en nombre PROPIO y no de un tercero, y por tanto tales normas no son pertinentes.

Tampoco es pertinente el art. 1766 del código civil referido a la SIMULACIÓN DE CONTRATOS porque el actor en ninguna de sus pretensiones pide se declare SIMULADO el contrato de FIDUCIA ni ningún otro contrato de los que relaciona en su muy confusa demanda.

Lo que pide es la NULIDAD DE LA TRADICIÓN y en ese sentido para cumplir con este requisito formal de la demanda debe citar las normas legales que le dan fundamento a esa pretensión, y las causales de nulidad que invoca, pero no lo hace, **y no lo puede hacer porque causales de NULIDAD DE LA TRADICIÓN, NO EXISTEN.**

Y los fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios que cita tampoco son pertinentes porque hacen alusión a la INOPONIBILIDAD de los actos jurídicos celebrados por representante legal de personas jurídicas que estatutariamente o por autorización expresa de la junta de socios o directiva no contaban con facultades para celebrar el respectivo acto o contrato, supuesto fáctico que tampoco se da en este caso porque itero que el señor ERWIN GARCÍA ASCANIO actuó en nombre PROPIO y no de un tercero, y por tanto tales citas jurisprudenciales y doctrinarias no son pertinentes.

Por estas razones el actor no cumple con el requisito de expresar los fundamentos de derecho de sus pretensiones y por tanto el auto recurrido debe ser revocado.

6°. SOBRE LA CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO.

En este alegato he demostrado que su despacho acepta que efectivamente el actor incumplió por lo menos el requisito formal de expresar el # de nit del patrimonio autónomo porque dice que lo subsana cuando al descorrer el traslado de las excepciones expresó bajo juramento que lo desconocía. Es decir, usted por esta potísima razón de haber prosperado mi excepción no podía realizar esta condena porque bajo estas condiciones la ley no lo autoriza para que lo haga, y ello basta para pedirle que revoque esa condena.

Pero existen otras razones:

El numeral 1° inciso 2° del art. 365 del CGP establece que "se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable la formulación de excepciones previas..." y Numeral 8. "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación." (Destaco y subrayo).

Es INDUDABLE que aquí no existe ninguna prueba que demuestre o compruebe que se causaron COSTAS y menos que se hayan COMPROBADO, y mucho menos en TAN EXAGERADA CUANTÍA.

Agrega el art. 366, num. 4 del CGP: "4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas." (subrayo y destaco).

NADA DE ESTO TUVO USTED EN CUENTA SEÑOR JUEZ PUES LAS FIJÓ INMOTIVADAMENTE, NO EXISTEN CRITERIOS RACIONALES ni legales esgrimidos que le den fundamento a esa fijación.

Por las anteriores razones respetuosamente ruego que la providencia recurrida sea revocada y que se acceda a lo pedido.

Del señor Juez con todo comedimiento,



CARLOS ARTURO AMAYA MARCHESIELLO

T.P. # 54.702-C, S. de la J.

C.C. # 91.229.369 de Bucaramanga.