

DOCTOR

JULIAN GUERRERO CORREA

JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLANTICO.

E.

S.

D.

REF: PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE REINALDO DIMAS ESCOLAR FONTALVO CONTRA JOSUE ANTONIO FONTALVO COLPAS Y CINDY MARIA FERNANDEZ OROZCO.

RADICACION GENERAL. No. 08-634-40-89-001-2016-00290-01.

RADICACION INTERNA No. 2019-00619.

ASUNTO: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION.

YIMY GUTIERREZ FELAIFEL, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en mi condición de apoderado judicial de la parte actora, señora **CINDY MARIA FERNANDEZ OROZCO**, dentro del proceso de la referencia, de manera comedida me dirijo a usted, a efecto de manifestarle que mediante el presente escrito, estando dentro de oportunidad legal para hacerlo, me permito recorrer el traslado que viene ordenado en auto, el cual surge de la interposición del **Recurso de Apelación contra la sentencia fechada Junio Trece (13) de Dos Mil Diecinueve (2019)**, mediante la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande – Atlántico, resuelve: **1.- “Declarar no probadas las excepciones de mérito alegadas por los apoderados judicial de la demandada y del demandado por lo expuesto en la parte motiva.” 2.-Seguir adelante la ejecución contra la demandada en la forma indicada en el mandamiento de pago de fecha noviembre 4 de 2016.” “3.- Practíquese la liquidación del crédito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 446 de C.G.P.” “4.- Condenar en costa a la demandada. Tásense”**. Todo con fundamento en los argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que a continuación me permito exponer:

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

En primer término, nuestra inconformidad radica en que el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico haya dispuesto:

1.- “Declarar no probadas las excepciones de mérito alegadas por los apoderados judicial de la demandada y del demandado por lo expuesto en la parte motiva”. Y

2.- Seguir adelante la ejecución contra la demandada en la forma indicada en el mandamiento de pago de fecha noviembre 4 de 2016.

Decisión esta que adolece por una parte, de un **defecto procedimental absoluto** por parte del ad – cuo, al desconocer la ritualidad procesal señalada en la ley, y por otra parte, adolece de un defecto factico por no valorarse las pruebas debidamente recaudadas en el curso del proceso.

Irregularidades éstas que constituyen una vulneración del **debido proceso por vía de hecho**, como quiera que la inobservancia de la ley procesal y de la valoración de la prueba en su conjunto, deslegitiman la decisión judicial por haberse adoptado bajo el criterio particular, arbitrario y caprichoso del juzgador, pues, se tiene en primer lugar, que en el proceso está probada la transgresión de la ley procesal, y en segundo término, establecido está, que esta defensa al contestar la demanda allegó con la misma, las pruebas documentales que acreditan la existencia de una sola obligación y su correspondiente pago. Al respecto tenemos:

A). Dieciséis (16) recibo de pago ante el BANCO CORPBANCA de la ciudad de Barranquilla y Ocho (8) recibos a manuscrito, los cuales corresponden a pagos efectuados personalmente al demandante, diligenciado por la señora LUCY GUERRERO, esposa del demandante, que el demandado JOSUE ANTONIO FONTALVO COLPAS realizó a favor del ejecutante con respecto a la verdadera obligación, que fue por la suma de \$16.000.000, y no por \$49.000.000, pagando en su totalidad al demandante la cantidad de \$23.000.000, tal como se establece de los referidos recibos. Ellos muestran con meridiana claridad, que el ejecutado para la fecha de 26 de mayo de 2015, todavía se encontraba pagando tal obligación, así se evidencia del sello impreso por la entidad bancaria arriba mencionada, lo que denota una clara contradicción en los argumentos del demándate, pues no se entiende, que no obstante, no haberse pagado aún la obligación por parte del ejecutado, el demandante viene y le entrega la suma de \$49.000.000, conociendo de antemano la ya precaria situación económica del ejecutado, es decir, ya se tenía conocimiento de que el demandado no tenía capacidad económica de pago, pues, así lo aseveró el propio demandante cuando declaró que el ejecutado trabajaba con “mi plata”. Elementos éstos de juicio y convicción que no valoró el ad-cuo, por manera que, establecido está, que la valoración de la prueba no se hizo en su conjunto, sino de manera parcial, omitiéndose así la ritualidad procesal debida y por ende, la vulneración del debido proceso.

Se encuentra establecido también en el proceso que el demandante en el hecho primero de la demanda manifiesta: ***“El ejecutado recibió a título de mutuo con intereses de manos del ejecutante la cantidad de CUARENTA Y NUEVE MILLONES CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$49.000.000) M/L, garantizando su pago con una letra de cambio AVALADA ésta por la señora CINDY FERNANDEZ OROZCO.”***

Es claro también, que al descorrerse la demanda, la misma se contestó en su oportunidad legal y se propusieron las siguientes excepciones de mérito:

1. De inexistencia de la obligación, 2. De pago de lo no debido, 3. De Alteración del texto del título, 4. Prescripción de la acción cambiaria y 5. De falta de carta instrucciones para llenar letra en blanco.

Se destaca entonces, que la parte demandante presentó letra de cambio, documento que contiene la obligación base de la presente ejecución, ésta tiene la virtualidad de constituir título ejecutivo por ser un título valor y cumplir a cabalidad con los requisitos contenidos en los artículos 621 y 671 del Código de Comercio, que señalan los requisitos generales que debe llenar todo documento para ser título valor y los especiales para la creación de la letra de cambio respectivamente, y a su vez con los demás preceptos establecidos en el artículo 422 del C.GP., el cual señala que el título debe contener en sí mismo una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

Del análisis de los documentos traídos con la demanda, es claro que se encuentra la excepción propuesta por la parte demandada, la denominada **inexistencia de la obligación**, con fundamento en el contenido probatorio, la cual vislumbra con claridad de que el título valor (letra de cambio), no representa suma de dinero alguna que fuera en verdad adeudada por los demandados al demandante, porque nunca existió entre las partes el referido contrato de mutuo o de préstamo de dinero que aduce el demandante en el hecho primero de la demanda, que explique y justifique la creación de la letra de cambio.

Esta excepción se planteó en los siguientes términos:

1.- EXCEPCIÓN DE FONDO DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

“Señor juez, esta excepción está motivada en el hecho de haber pagado ya el demandado una obligación que se pretende cobrar doblemente a través de este proceso, con base en una letra de cambio girada en blanco por mi procurado a favor del demandante, cuando el día 26 noviembre de 2012, celebraron un crédito por valor DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$16.000.000), los cuales fueron cancelados en su totalidad, Los demandados si suscribieron la letra de cambio base de este recaudo ejecutivo pero en blanco, es decir, nunca se llenaron los espacios con el valor ni la fecha, y fue suscrita para respaldar una deuda totalmente distinta a la que se reclama en este proceso, es decir, fue suscrita por

valor de DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$16.000.000), y no por la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$49.400.000), obligación ésta contraída el día 26 de noviembre del año 2012, y no el día 5 de enero del 2015, deuda la cual fue cancelada por el demandado JOSUE ANTONIO FONTALVO COLPAS, en cuotas mensuales ante el BANCO CORPBANCA, de la ciudad de Barranquilla, y de manera personal, según acuerdo a que llegaron el demandante y el señor FONTALVO COLPAS, esto en virtud de que el demandante realizó un crédito o préstamo ante la entidad bancaria antes mencionada, y de ese dinero, le prestó a su vez la suma de DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$16.000.000), al ejecutado JOSUE ANTONIO FONTALVO COLPAS, acordándose entre ellos, que el señor JOSUE FONTALVO pagara ante el referido Banco, hasta la concurrencia de su crédito, pagando en consecuencia, la cantidad total de VEINTITRES MILLONES TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIETOS CINCUENTA Y SIETE (\$ 23. 318.557), por lo que se canceló en su totalidad la obligación contraída con el hoy demandante, a quien se le requirió por parte del señor JOSUE FONTALVO, la devolución o entrega de la letra de cambio en virtud de haberle cancelado dicha obligación, hoy objeto de un nuevo cobro a través de este proceso, pero el demandante le manifestó que la letra se le había extraviado, que no había problema, que ya quedaba a paz y salvo, pero nunca la devolvió al señor FONTALVO COLPAS. Esta letra está siendo utilizada por el demandante para el cobro ejecutivo de una obligación ya cancelada, tal como se demostrara con las pruebas documentales y las declaraciones de sus testigos de cargo, quienes estuvieron presente en el momento en que el demandado le solicitó la entrega de la letra al demandante, y escucharon cuando el demandante manifestó que la letra se le había extraviado. Por lo anterior, es claro que mi poderdante y el señor FONTALVO COLPAS jamás suscribieron la mencionada letra de cambio el 5 de enero del 2015, y menos por el valor que en ella se consigna, sino para respaldar un valor inferior, es decir, la suma de DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$16.000.000), deuda ésta ya cancelada y declarada a paz y salvo por el mismo demandante.

Por manera que, mi procurado nada debe, ya que se trata de una obligación inexistente, que deberá declarar su despacho una vez compruebe lo afirmado por el suscrito, luego de valorar las pruebas allegadas en debida forma al proceso.”

Dicha excepción se encuentra reglada en el artículo 784-12 del Código de Comercio, se origina en el principio de la autonomía de los títulos valores, principio rector establecido en los artículos 627 y 657 del mismo código; ésta no puede oponerse contra el demandado que no haya sido parte del negocio jurídico creador del título valor, como tampoco contra el ejecutante que haya obtenido el título valor, de buena fe exenta de culpa, de tal suerte que, sin efecto, como aquí acontece; el título valor no refleja ni documenta préstamo de dinero entre las partes litigantes por inexistencia del contrato de mutuo sobre dinero, pese de que existe una **confesión mediante apoderado**, al manifestarse en el hecho primero de la demanda **“ El ejecutado recibió a título de mutuo con intereses de manos del ejecutante la cantidad de cuarenta y nueve millones cuatrocientos mil**

pesos (\$49.000.000) M/L, garantizando su pago con una letra de cambio, ...".

Tenemos entonces, que el demandante atreves de su abogado admite que recibió a título de mutuo la cantidad de dinero señalada, lo que quiere decir, que entre el demandante y los ejecutados existió un negocio jurídico, el cual pudo haberse plasmado en un documento o no, pero lo innegable es que **se confesó la existencia de un negocio jurídico**, que derivó el préstamo de dinero, y por tanto, la creación del título. Circunstancias estas no probadas en el proceso, por cuanto en el expediente, no reposa contrato alguno de mutuo, y mucho menos, vestigio de negocio jurídico de ninguna índole. Entonces, mal puede hablarse de un hecho derivado del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, pues, se insiste, no existió negocio jurídico alguno entre las parte que haya servido de fuente creadora del instrumento negociable presentado como título ejecutivo.

Del análisis probatorio, se encuentra establecido que en el proceso por ninguna parte obra el contrato de mutuo que anuncia el demandante en el hecho primero de la demanda, por lo que se tiene con toda claridad, que no se probó que el ejecutado tenga relación con la obligación que se pretende cobrar en el título valor.

En el proceso no se probó la fuente de la obligación entre ejecutante y ejecutado. No está probado, en primer término, que quien ejecuta tiene un crédito en contra del ejecutado en estado de ser ejecutado forzosamente (obligación clara, expresa y exigible).

El ejecutante sobre este particular nada ha probado, solo se ha limitado a afirmar que la suma de "16.000.00, corresponde a otro préstamo que ya pagó el ejecutado, pero sin ningún soporte probatorio de tal atestación, lo que indica que el documento fue llenado a su antojo, como si tiene respaldo el dicho del demandado FONTALVO COLPAS, cuando fue enfático al aseverar que nunca recibió la suma de \$ 49.400.000. En el expediente no existe otro documento que acredite otra obligación distinta a los \$ 16.000.000, circunstancias todas estas, que llevan a que prospere la excepción de mérito de inexistencia de la obligación.

El artículo 422 del CG.P, exige que para demandar ejecutivamente obligaciones que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena pruebas contra él, éstas tienen que ser expresa, clara y exigibles, pero ocurre que en el presente caso, el documento desde el punto de vista formal se encuentra conforme a los requisitos, es decir, el documento en lo formal reúne los requisitos para

ejercer la acción cambiaria, pero en la realidad esa obligación no existe. El Código de Comercio, en su artículo 784, señala que contra la acción cambiaria solo se podrán interponer las siguientes excepciones, entre ellas, la derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa, de tal suerte que, sin efecto, como aquí acontece, el título valor no refleja préstamo de dinero entre las partes por inexistencia del contrato jurídico o nexo causal, por consiguiente, la presunción de legalidad que reviste el documento, admite prueba en contrario, por lo que se encuentra en juego es la naturaleza del negocio jurídico, entonces el problema no es el llenado de la letra, sino el negocio causal, es decir, el que dio origen al crédito de la suma de \$49.400.00, lo que permite colegir que el negocio que se ha dado entre las partes es el crédito de los \$16.000.000, ya que el acervo probatorio valorado en su conjunto llevan a concluir que no hubo ninguna negociación distinta a éste crédito, por lo tanto, aquí se partió la presunción de legalidad del título valor, lo que quiere decir, que no son los \$49.400.000 los que originó la duda, sino la suma de \$16.000.000.

De otro lado, es extraño que el demandante conociendo la precaria situación económica del ejecutado, y como él mismo lo afirma en el interrogatorio de parte, que la actividad económica que ejerce demandado es la de mecánico, y cuando se le pregunta si conocía de la capacidad económica del señor FONTALVO COLPAS, éste respondió: **“...la capacidad claro que la tenía porque él trabajaba con mi plata.”** Es obvio entonces, que quien trabaja con dinero ajeno no tiene capacidad económica propia para pagar una cifra de dinero considerable. Afirma además el demandante, que trabajaba en compañía del demandado en la actividad de la chatarrización y compartían los dividendos, circunstancias éstas tampoco probas en el proceso, simple afirmaciones y sin soporte probatorio que lo corrobore.

Declara además el demandante, que la letra fue llenada por un tercero que acompañaba a los ejecutados, atestación que no es cierta puesto que no se encuentra probado en el proceso, la existencia de ese tercero que supuestamente acompañó a los demandados al momento de la firma de la letra de cambio, lo cual desmienten los propios demandados cuando en su declaraciones fueron coincidentes en afirmar, que en el momento en que firmaron el título valor solo estuvieron presente, ellos y el demandante,

informando así mismo, que la firma del documento y la entrega del dinero se hizo en casa del ejecutante y no así, en panadería alguna como lo indica el ejecutante en el interrogatorio de parte.

Se encuentra establecido también del proceso, que junto con la demanda se aportó la letra de cambio que dice el demandante fue suscrita por “49.000.00, el 5 de enero de 2015, pero no se aportó la respectiva carta de instrucciones donde conste la forma del llenado o un documento aparte que contenga el negocio jurídico que le dio origen al título valor en blanco.

Una prueba irrefutable de que los demandados no llenaron la letra de cambio, y de que la caligrafía incorporada en ella no corresponde a los ejecutados, es el propio documento contentivo del título valor, obsérvese que la caligrafía de los demandados, es decir, su letra, es relativamente grande, solo basta con mirar sus respectivas firmas para establecerse esta circunstancia, por ello, fue imposible que los ejecutados hubiesen llenado la letra de cambio, en consecuencia, a quien le asiste mayor interés para llenarla a efecto de hacer efectivo el cobro jurídico, obviamente que es al tenedor de la letra.

Por lo anterior, se tiene que el acervo probatorio allegado al expediente, conduce a la conclusión inequívoca de la inexistencia de la obligación dineraria a cargo del ejecutado, derivada de la inexistencia del contrato entre las partes, que sirviera de fuente del crédito de la suma de dinero representada en la letra de cambio presentada como título ejecutivo, razón por la cual, en armonía con lo explicado, se abre paso a **la excepción de inexistencia de la obligación**; de tal suerte que era menester por parte del juzgado, luego de hacer una valoración seria y juiciosa de las pruebas en su conjunto, haberse dado por probada dicha excepción de mérito. Es claro entontes, que el juzgado de primera instancia **por la omisión de valorar la prueba en su conjunto, y no de manera parcial, como en efecto ocurrió, vulneró el debido proceso por vía de hecho**. Por consiguiente, si no se hubiese cometido tal omisión, desde luego que la decisión hubiese sido distinta, es decir, se hubiese acogido la memorada excepción de inexistencia de la obligación, pues claramente la conclusión judicial adoptada por el juez, con base en una valoración parcial de las pruebas es contraevidente, es decir, el juez dedujo de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados,

De ahí, que debe revocarse la sentencia recurrida, y en su defecto declarase probada la excepción de mérito de inexistencia de la obligación, y no seguirse adelante con la ejecución a favor del demandante RINALDO DIMAS ESCOLAR FONTALVO.

DEL DEBIDO PROCESO.

DE LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR OMISIÓN DE VALORACION DE LA PRUEBA, O HACERLO EN FORMA PARCIAL.

DEFECTO FACTICO POR VALORACIÓN DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO ALLAGADO AL PROCESO.

Sobre este particular tema, ha quedado claro que el ad cuo al no realizar un estudio valorativo en su conjunto del acervo probatorio obrante en el proceso, se violentó flagrantemente el debido proceso por vía de hecho.

La corte Constitucional en sentencia ST-117 de 2013, determinó:

“DEFECTO FACTICO-Se estructura siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, atribuibles a deficiencias probatorias del proceso”

“La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.”

“DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa de la prueba por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso”

“Ocurre cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.”

“DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración”

“El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y

resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.”

Se reitera entonces, que debe revocarse la sentencia recurrida, y en su defecto declarase probada la excepción de mérito de inexistencia de la obligación, y no seguirse adelante con la ejecución a favor del demandante RINALDO DIMAS ESCOLAR FONTALVO.

B). Consecuencias de la inasistencia a la audiencia inicial, contempladas en el artículo 372, numeral 4to, del C.G.P., el preceptúa que: “La inasistencia injustificada del demandante hará presumir cierto los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; las del demandado harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda.”

De la norma en cita se tiene claro que la inasistencia injustificada del demandante acarrea consecuencias jurídicas consistentes en que se tendrán por ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por la parte demandada siempre que sean susceptibles de confesión, y al respecto se tiene que el demandante no asistió a dicha audiencia a absolver el interrogatorio oficioso que señala el numeral 7to, de nuestro estatuto procesal civil, el cual señala: “Los interrogatorios de las partes se practicarán en la audiencia inicial. El Juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso...”

Como en efecto así ocurrió, es decir, El demandante no compareció a la audiencia contemplada en el artículo 372, numeral 4to, del C.G.P, y pese a tal circunstancia, y así habérselo expresado la juez al demandante en la audiencia de instrucción y juzgamiento, y de así estar certificado en constancia secretarial, por el propio Juzgado, documento éste en el cual se puede leer lo que sigue: **“Que revisado el proceso Ejecutivo, con radicación 2016-00290, en el que figura como demandante, el señor Reinaldo Dimas Escolar y demandados, los señores Josué Antonio Fontalvo y Cindy Fernández Orozco; el demandante no presentó excusa por su inasistencia a la audiencia celebrada el día 22 de mayo de 2019.”**

El ad-cuo no lo declaró confeso de conformidad con la norma en cita, se denota además, y se tiene establecido en el proceso que el demandante no presentó justificación alguna de su inasistencia, dentro de la oportunidad legal que le asistía, así está acreditado en el proceso, es claro que en el expediente no reposa prueba alguna sobre el particular, y no obstante tales circunstancias, el Juzgado nada dijo y nada resolvió al respecto, cuando es evidente que el demandante no justificó su ausencia a la audiencia inicial señalada en el artículo 372 del C.G.P.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y AGRARIA, en Sentencia STC 18105-2017, Magistrado Ponente, LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, dispuso lo siguiente:

TEMA: DERECHO PROCESAL - Proceso verbal - Audiencia inicial: procedimiento en caso de inasistencia de alguna de las partes a la audiencia

DERECHO PROCESAL - Proceso verbal - Audiencia inicial - Aceptación de las justificaciones de inasistencia presentadas por las partes o sus apoderados con posterioridad a la audiencia: efectos jurídicos

Tesis: *«El numeral tercero del artículo 372 del vigente Estatuto Procedimental Civil, establece sin ambigüedad, la forma como debe proceder el funcionario judicial frente a la inasistencia de alguna de las partes a la audiencia inicial:*

“(...) Artículo 372. Audiencia inicial. (...) La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

3. Inasistencia. La inasistencia de las partes o de sus apoderados a esta audiencia, por hechos anteriores a la misma, solo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa.

Si la parte y su apoderado o solo la parte **se excusan con anterioridad a la audiencia y el juez acepta la justificación, se fijará nueva fecha y hora para su celebración, mediante auto que no tendrá recursos.** La audiencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes. **En ningún caso podrá haber otro aplazamiento.**

Las justificaciones que presenten las partes o sus apoderados con posterioridad a la audiencia, solo serán apreciadas si se aportan dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que ella se verificó. El juez solo admitirá aquellas que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrán el efecto de exonerar de las

consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia.

En este caso, si el juez acepta la excusa presentada, prevendrá a quien la haya presentado para que concurra a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio (...)”.

Así, señala, como primera medida, que solo podrá exculparse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa. Adicionalmente, precisa dos escenarios hipotéticos posibles, derivados del espacio temporal en que los sujetos procesales se excusan por su no comparecencia, implicando consecuencias jurídicas específicas en cada uno de ellos.

El primero de estos opera cuando la justificación respecto a la no concurrencia a la diligencia, se ventila con anterioridad a la fecha programada para el desarrollo de la misma; evento en el cual, si el despacho acepta esa motivación, se fijará nueva fecha y hora para su celebración.

La segunda hipótesis plantea el supuesto fáctico en el cual la exposición de los motivos de la no presentación, se pone a consideración del juzgador luego de materializado el memorado acto procesal; en cuyo caso, la norma es diáfana en señalar, que la apreciación de estas razones por parte del juzgador, dependerá de que su aportación haya sido dentro de los tres días siguientes a la verificación de dicha actuación; imponiendo al juez el deber de estudiar solo aquellas razones que además de haber sido aducidas en el lapso estipulado, se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito.

En el marco de este segundo escenario hipotético, si en virtud de su independencia y autonomía, el funcionario judicial considera razonables los argumentos expuestos para justificar la inasistencia, la referida norma estipula los efectos jurídicos que conlleva esa aceptación.

Así, de un lado, señala que se exonerará al extremo litigioso a quién la autoridad judicial convalidó la excusa, de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de esa circunstancia. Por el otro, precisa que el titular del juzgado deberá prevenirlo, para que concurra a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio».

El Numeral cuarto del artículo 372, establece. Consecuencias de la inasistencia. La inasistencia injustificada del demandante hará presumir cierto los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; las del

demandado harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda.

De las normas citadas y de la sentencia mencionada queda claro cuál es la ritualidad que debe desplegar el juez en las justificaciones que presente las partes por su inasistencia a la audiencia inicial, de igual manera, queda claro cómo debe el juzgador proceder en los casos en que alguna de las parte no asista a la mencionada audiencia sin justificación alguna, y las consecuencias que acarrea la no justificación de su inasistencia. De modo tal, que en el caso que nos ocupa, el juzgador debió constatar en el proceso si realmente el demandante había justificado su no su comparecencia a la audiencia, y al haber verificado que el demandante no presentó excusa alguna para justificar su inasistencia, debió proceder como lo manda la ley, es decir, presumir cierto los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado por ser éstas susceptibles de confesión.

Es claro que conforme a las normas citadas previamente, es fácil concluir que juzgador de primer grado incurrió en el defecto procedimental endilgado en líneas anteriores, puesto que su actuación fue caprichosa, arbitraria y contraria al ordenamiento jurídico. Del análisis que se hace del expediente, se evidencia que la audiencia tuvo lugar el día 22 de mayo de 2019, y se tiene que dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se verificó la audiencia, no se presentó excusa alguna que justificara la inasistencia del demandante, como tampoco, se presentó ninguna excusa en ninguna otra oportunidad procesal. Siendo ello así, es evidente que el ad-cuo no dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 4to, del artículo 372 del C.G.P., Por tanto, tenemos que se vulnero el debido proceso.

pues claramente la conclusión judicial adoptada sin la observancia de la ley procesal y las pruebas debidamente allegadas, con base en ella es contraevidente, es decir, el juez dedujo de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados,

Sobre este particular tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil – Familia, en sentencia STC 18105-2017, determinó:

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - *Proceso de divorcio: vulneración al celebrar la audiencia de instrucción y juzgamiento en la misma oportunidad en que se desarrolló la audiencia inicial, pretermitiendo el término para excusar la inasistencia de la demandante*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción

Tesis:

«(...) en el trámite censurado se avizora palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, por cuanto si bien, era deber de la parte aquí tutelante asistir en la fecha y hora fijadas para el desarrollo de la audiencia inicial, o cuando menos, excusarse con anterioridad al desarrollo de la misma; esa falencia no podía ser castigada clausurando de tajo el asunto, negándole con ello la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Esa arbitrariedad de la funcionaria reprochada, da vía libre a la intervención de esta especial jurisdicción para salvaguardar las garantías constitucionales de la promotora. Al ocuparse de problemas jurídicos que guardan simetría con el aquí abordado, la Sala ha sostenido:

“(...) [E]xisten circunstancias verdaderamente excepcionales que, puntual y casuísticamente verificadas, posibilitan que sólo y únicamente cuando la decisión cuestionada encierra, per se, una anomalía en grado tal que el yerro enrostrado luzca bajo cualquier óptica inadmisibile, por causa de producir de manera desmesurada un menoscabo y “peligro para los atributos básicos”, es posible la extraordinaria intervención del juez de amparo, no obstante[,] la negligencia desplegada, por quien depreca el resguardo (...)”.

En el asunto, aun cuando la juzgadora podía llevar a cabo la práctica de la audiencia inicial, sin la concurrencia de alguna de las partes, debía esperar la presentación de la correspondiente exculpación de quien se ausentó en esa diligencia, para luego si, de aceptar esas razones, -como en efecto, en el caso ocurrió-, exonerarlo de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias a éste adversas, y convocarlo, entonces, a la etapa de instrucción y juzgamiento, tal como expresamente lo consagra el legislador.

Si la autoridad accionada halló razonables los motivos que justificaron la inasistencia de Ángela Patricia Galindo Caro, refulge a todas luces inocuo y a la vez inicuo, que dicha aceptación se tramitara habiendo adelantado ya la audiencia de instrucción y juzgamiento, y más aún, emitido sentencia, pues no se desprende ninguna consecuencia favorable para el extremo litigioso que justificó su no comparecencia, ello porque para ese momento la autoridad acusada, ya había fustigado su derecho a ser convocado, oído y vencido en juicio».

Esta vulneración sustancial del derecho al debido proceso se materializa en los distintos defectos identificados por la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, entre ellos, el **defecto procedimental absoluto**, que tiene lugar cuando el Juez actuó al margen del procedimiento establecido. Así lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia T-1103 de 2004, en la que declaró la nulidad de un auto que admitió la demanda de interdicción judicial por demencia sin el certificado médico que lo acreditará como la prueba insustituible para el efecto.

PETICIÓN

Con fundamento en las anteriores manifestaciones, le solicito al señor juez ad-quem, decretar la revocatoria de la sentencia impugnada, fechada 13 de junio de 2019, por medio de la cual el ad cuo resolvió:

- 1.- Declarar no probadas las excepciones de mérito alegadas por los apoderados judiciales de la demandada y del demandado por lo expuesto en la parte motiva.
- 2.- Seguir adelante la ejecución contra la demandada en la forma indicada en el mandamiento de pago de fecha noviembre 4 de 2016.
- 3.- Practíquese la liquidación del crédito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 446 de C.G.P.
- 4.- Condenar en costa a la demandada. Tásense”. Todo con fundamento en los argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que a continuación me permito exponer:

Deseo fervientemente señor Juez, que mi petición encuentre eco en su buen criterio, y de esa manera, sea restablecido este proceso, pues, lo pedido se fundamenta en las pruebas debidamente allegadas al proceso, en los principios que rigen nuestro estatuto Procesal Civil, y el artículo 29 de la Constitución de Nacional y los antecedentes jurisprudenciales.

NOTIFICACIONES

El suscrito recibe notificaciones en el correo electrónico yimigutierrez@hotmail.com, en el celular No. 3052284076 y en la calle 14 No. 6-21 barrio San Juan Bosco del municipio de Sabanagrande Atlántico.

Los demandantes no tienen correo electrónico, afirmación que hago bajo la gravedad del juramento, pero pueden ser notificados por mi conducto o a las direcciones que registran en la contestación de la demanda.

El demandante puede ser notificado en la dirección suministrada en la demanda, en virtud de que el suscrito desconoce si tiene correo electrónico, afirmación ésta que realizo bajo la gravedad del juramento.

Del señor Juez, atentamente,



YIMY GUTIERREZ FELAIFEL

CC No. 12.559.948 de Santa Marta.

T. P. No. 80.569 del C. S. de la J.