



Señor Juez.
Primero Civil del Circuito de Cartagena.
En Su Despacho.

Rad: 13-001-31-03-001-2019-00338-00
Tipo de Proceso: Ejecutivo Singular
Demandante: Bancolombia S.A.
Demandado: Fideicomiso Nao Fun & Shopping, Otros
Asunto: Recurso de Reposición de fecha 08 de marzo de 2021.

1

JAIRO DELGADO ARRIETA, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, domiciliado en Cartagena, conocido dentro del proceso como apoderado judicial especial de la sociedad **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S.**, y de **ALIANZA FIDUCIARIA S. A.**, entidad de servicios financieros que actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo denominado **NAO FUN & SHOPPING**, partes demandadas, con todo respeto concurro ante su Despacho para presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** y en subsidio **RECURSO DE APELACION** en contra del auto de fecha 02 de marzo de 2021, mediante el cual se decretó la práctica de unas pruebas, providencia adicionada mediante auto de fecha 15 de junio de 2021, en los siguientes términos:

1. OPORTUNIDAD PROCESAL:

La parte demandante presentó solicitud de adición al auto de fecha 02 de marzo de 2021, mediante el cual el Despacho fijó fecha para la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P., y decretó las pruebas a practicar dentro del proceso, así mismo en dicha providencia se niega la práctica de otras pruebas. El día 15 de junio de 2021, el Juzgado profirió auto resolviendo la solicitud de adición.

Señalan los incisos 3 y 4 del artículo 287 del Código General del Proceso, lo siguiente:

“Artículo 287. Adición. (...)

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal” (Negrilla fuera del texto original)



Siendo que el auto que resolvió la solicitud de adición se notificó por estado No. 63 del 16 de junio de 2021, a partir del jueves 17 de junio de 2021, comenzó a correr el término de tres (3) días para interponer el recurso de reposición contra dicha providencia y contra el auto de fecha 02 de marzo de 2021; siendo que el presente escrito de reposición se presenta hoy lunes 21 de junio de 2021, nos encontramos dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

2. CONSIDERACIONES DEL RECURSO DE REPOSICIÓN:

En el auto de fecha 2 de marzo de 2021, el Despacho en el numeral segundo de la parte resolutive respectó de las pruebas solicitadas por la defensa dispuso lo siguiente:

*“(...) INSPECCIÓN JUDICIAL: **se deniega dicha prueba**, como quiera que de conformidad con el artículo 236 del C.G.P “solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.”. (negrillas y subrayas fuera de texto)*

*EXHIBICION DE DOCUMENTOS: **Se deniega la práctica de esta prueba** en la medida en que de acuerdo con el artículo 266 del C.G.P “Quien pida la exhibición expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento o la cosa se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, su clase y la relación que tenga con aquellos hechos.” (...)” (negrillas y subrayas fuera de texto)*

Respecto de las pruebas solicitadas, considera esta defensa técnica que las mismas son pertinentes y conducentes para verificar las premisas establecidas en las excepciones de mérito propuestas con la contestación de la demanda, de acuerdo con los argumentos que procedo a esbozar a continuación:

La exhibición de documentos es un medio probatorio, que busca que la Parte que la solicita aporte o introduzca al proceso un documento privado, que en este proceso se refiere al contrato subyacente o a la negociación que dio origen a los pagarés objeto de cobro en este proceso ejecutivo.

Ahora bien, tratándose de contratos suscritos con entidades Bancarias, es conocido que los mismos son contratos de adhesión y se caracterizan porque una sola de Las Partes redacta el contenido del contrato y la otra solo decide si se adhiere o no, en este sentido, es de uso frecuente que las entidades bancarias al celebrar este tipo de contratos se quede en su poder con el original del contrato y no entreguen copia del mismo a la otra parte.



En el caso sub-examine, el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Nao Fun And Shopping suscribió o celebró con Bancolombia un contrato de crédito respaldado por los pagarés objeto de cobro por lo tanto no es necesario que en la petición de prueba se haga la afirmación de que se encuentra en poder de Bancolombia, ya que es algo que viene implícito en la afirmación.

Este contrato es el que contiene las condiciones con las cuales se otorgó el crédito que aparece respaldado en el pagaré No. 2270-186475, por lo que es este documento privado el que permitirá esclarecer si hubo o no un cambio en las condiciones iniciales del contrato.

En ese mismo contrato, se establecieron las garantías, que respaldan la obligación principal, concerniente a la Hipoteca Abierta de Primer Grado constituida en la Escritura Pública No. 861 otorgada ante la Notaria Novena del Circulo Notarial de Bogotá sobre los inmuebles identificados con los Folios de Matrícula Inmobiliaria 060-81534, 060-81535, 060-81536, 060-68748, 060-49083, 060-49084, 060-49085, 060-79875 060-54335, 060-75182 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.

Por lo tanto, estando plenamente establecidas las condiciones del préstamo en el contrato, era innecesario que Bancolombia excediera la ejecución de las garantías conferidas, por como ocurrió en el presente proceso, de tal suerte, que la prueba de exhibición de documentos, se convierte en un elemento de defensa de vital para demostración de las excepciones de mérito alegadas en el escrito de contestación de demanda.

Si bien, considera el Despacho que esta prueba debe ser negada por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 266 del CGP, es menester, que se revoque tal decisión por cuanto la incorporación de esta prueba en el proceso, forma parte de la garantía del derecho de defensa y contradicción, lo que se ve reafirmado con la garantía constitucional que señala que el Derecho Sustancial prima sobre el Derecho meramente procesal o procedimental.

El contrato suscrito entre Bancolombia S.A. y el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Nao Fun And Shopping, es la prueba que constituye mejor evidencia de la existencia de un contrato subyacente, que es respaldado por los pagarés contentivos de las obligaciones exigidas en este proceso.

Señala la Corte Constitucional en Sentencia C290 de 1995 que:

*“Cuando se habla de derecho **sustancial** o **material**, se piensa, por ejemplo, en el derecho civil o en el derecho penal, por oposición al derecho procesal, derecho formal o adjetivo. Estas denominaciones significan que el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos,*



mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos.”

Si la prueba de exhibición de documento, no se practica en el proceso, la Parte Demandada difícilmente podrá demostrar las excepciones de mérito propuesta, vulnerando el ejercicio de derecho de defensa, pues se coarta o limita el ejercicio material del derecho de contradicción haciendo más gravoso demostrar la existencia del negocio jurídico, con lo cual el Despacho daría prevalencia a las formas y no a la discusión de fondo que es en esencia la materialización del acceso a la administración de justicia.

Es deber del Juez aplicar las normas procesales de forma flexible, dúctil, maleable, de manera que prevalezca el derecho sustancial.

Tratándose de contratos que constan por escrito debe prevalecer el escenario procesal donde se demostrará la existencia del mismo y en el cual se aporte al proceso copia en físico (digitalizada) de dicho documento, en las pruebas aceptadas por el Despacho no hay ninguna que constituya o brinde una mejor oportunidad procesal para que sea allegada dicha prueba documental contentiva del contrato objeto de reproche procesal.

Las Partes del proceso tienen derecho a solicitar y aportar las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos, con los cuales se permitan esclarecer los hechos objeto de la demanda.

En el texto de la contestación dentro de las excepciones de mérito se plantean situaciones fácticas que están contenidas en el contrato de mutuo, por lo que insistimos el medio de aprensión y convencimiento no es otro que el documento mismo contentivo del contrato el cual se encuentra en poder de la parte demandante, permitiendo el esclarecimiento de los hechos, tales como las condiciones inicialmente pactadas en el contrato respaldado con los pagarés, así como la garantía hipotecaria, por lo que objetivamente resulta pertinente y legal el decreto y la realización de esta prueba, en aras de garantizar el derecho al debido proceso, como derecho fundamental, que debe prevalecer dentro de todas las actuaciones ante las autoridades judiciales y una de las formas de materialización es través del derecho de contradicción o defensa.

El Derecho de Defensa se garantiza, al permitir a Las Partes, presentar pruebas, contestar la demanda, solicitar y aportarlas, tal como lo hicieron mis poderdantes quienes dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentaron escrito de excepciones de mérito y solicitaron las pruebas que son pertinentes para demostrarlas.



Señala el artículo 228 de la Constitución Nacional que *“Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.”*

Señala entonces la Corte Constitucional por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización; es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas.

Con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, La Corte Constitucional ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por *“exceso ritual manifiesto”* cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales¹.

En el auto de fecha 2 de marzo de 2021, no solo se negó la exhibición de documentos, sino que también se negó la prueba de inspección judicial, que tiene por objeto que el Juez conozca todos los documentos que contienen las tasas de interés y cada uno de los conceptos acordados, las garantías constituidas, los abonos y pagos hechos, con lo cual se pretende probar los hechos principales de las excepciones de mérito propuestas.

Por lo anterior, consideramos que negar las peticiones de pruebas de la parte demandada constituye una vulneración manifiesta del derecho al debido proceso, pues deja a la defensa sin pruebas, que efectivamente le sirve para demostrar las excepciones de mérito planteadas, es decir, habría una clara denegación de justicia.

La Parte Demandada no tienen en su poder los documentos que acreditan las condiciones del negocio subyacente celebrado con la Parte Demandante, por tratarse de contratos de adhesión donde el Banco es el que señala las condiciones de los contratos.

En el auto que niega la inspección judicial el Despacho manifiesta que *“solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.”*

¹ Sentencia T-268 de fecha 19 de abril de 2010, Corte Constitucional, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio P.



Sin embargo, negó la exhibición de documentos, dejando sin otro medio de prueba en el proceso a los demandados para demostrar los hechos y las excepciones presentados con la contestación de la demanda.

Ante la falta de medios adicionales para ejercer correctamente el derecho de defensa y contradicción, el Juez del proceso en pro de obtener la verdad procesal, debe valerse de todos los medios probatorios que le permitan llegar al grado de certeza donde pueda establecer las verdaderas condiciones de tiempo, modo y lugar que surgieron en el contrato celebrado entre Las Partes, y las desavenencias que conllevaron a una mutación en las condiciones inicialmente pactadas que sirven de sustento a las pretensiones de la demanda.

La autonomía de la voluntad de Las Partes forma parte de la esencia misma de los actos mercantiles objeto de controversia en el presente proceso, es de recordar que la ley le permite a los particulares alcanzar o llegar a acuerdos de voluntades en donde los efectos de los mismos producen consecuencias jurídicas y en el presente caso el acuerdo celebrado consistió en la celebración de un contrato de mutuo, respaldado por un grupo de pagarés junto con los documentos preparatorios y autorizaciones, en donde desarrollando el principio de la autonomía privada de los particulares se establecieron condiciones especiales a las que quedaban sometidas Las Partes, esas condiciones se convierten en elementos que deben ser contextualizados, por lo que las pruebas solicitadas por mis representados son necesarias para dicho esclarecimiento.

Por lo anterior, con todo respeto presento la siguiente:

3. PETICIÓN:

Primera: Respetuosamente solicitamos al Despacho **REPONER** el auto de fecha 02 de marzo de 2021, y en su lugar se decrete la práctica de las pruebas de Inspección Judicial con Intervención de Perito y la Exhibición de Documento solicitadas por la parte demandante dentro del presente proceso.

Segundo: En caso de negarse el presente Recurso de Reposición interpuesto contra el auto del 02 de marzo del 2021, sírvase conceder el Recurso de Apelación para que sea el Superior quien al decidir la alzada acoja las pretensiones.

La anterior petición respetuosa la elevo ante el Despacho por ser esta decisión en terrenos de lo jurídico además de justa, sin lugar a duda necesaria al ser inequívoca para garantizar el derecho de defensa de mis poderdantes, y justa de conformidad con las pruebas decretadas dentro del proceso para un adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción.



4. EFECTOS DEL PRESENTE RECURSO FRENTE A LA EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES:

Señala el artículo 302 del C.G.P., lo siguiente:

“Artículo 302. EJECUTORIA: *Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.*

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueron procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.”

Así las cosas, la interposición del presente recurso de reposición por mandato legal suspende los términos que surgen como consecuencia de la notificación del auto de fecha 02 de marzo de 2021.

Para efectos de notificación, el suscrito abogado las recibe en la siguiente dirección: Bocagrande Carrera 2a # 10 – 59 Edificio Sky II, piso 2 Cartagena – Bolívar o al correo electrónico: jaiomigueldelgado@gmail.com

Atentamente,

JAIRO DELGADO ARRIETA.
C. C. 73.579.646 de Cartagena.
T. P. 100.689 del C S de la J.