

Señor

JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.

PROCESO: DIVISORIO
RADICADO: 2018-00223
DEMANDANTE: DAVID PACCINI CEPEDA
DEMANDADO: NICOLAS PACCINI MANOTAS Y OTRO

Paccini
Feb 12/2020

ASUNTO: Recurso de apelación contra el numeral segundo del auto de fecha 06 de Febrero de 2020 de conformidad con el artículo 321 numeral 6 y 322 numeral 2 del código general del proceso

OSCAR EDUARDO BORJA SANTOFIMIO, en mi calidad de abogado inscrito a la sociedad apoderada de la parte demandante, concuro ante usted con la finalidad de solicitarle se sirva revocar la decisión adoptada en el numeral segundo del auto de fecha 06 de Febrero de 2020.

Existe una dualidad de criterios al momento de resolver la solicitud de nulidad presentada por este litigante frente a la decisión adoptada mediante auto de fecha 5 de Diciembre de 2014; a propósito de ello debe advertirse que la solicitud de nulidad fue presentada mediante escrito dirigido al despacho en el cual se expuso en forma clara y precisa las razones de hecho y derecho en la que se fundamentada tal solicitud. En ella se invocó como causal de nulidad la estipulada en el numeral 2 del artículo 133 del Código General del proceso en la modalidad prefermitir íntegramente la respectiva instancia.

Adujo el despacho en sus consideraciones que la solicitud no fue presentada en debida forma, ya que según su apreciación no se señalaron los hechos constituyos de nulidad y no fueron solicitadas las pruebas con las cuales se debió demostrar, por lo que debía proceder a rechazarse de plano.

Se interpone el presente recurso por considera que no le asiste razón al despacho en el fundamento aludido por cuanto el mismo no solo es violatorio del debido proceso sino que además ambas decisiones van en contravía de los principios procesales que rigen un ordenamiento basado en la oralidad y en la prevalencia del derecho sustancial. Dado lo anterior es necesario exponer claramente los fundamentos en los que se apoya la presente solicitud:

FUNDAMENTOS

Para avocar de forma correcta el recurso debemos tener presente que la decisión del despacho no fue declarar no probada la nulidad invocada, muy a pesar de que como bien lo expreso "a gracia de discusión" realizara ciertas observaciones a la misma; por lo cual es necesario enfocar nuestra atención en que la decisión adoptada fue "*negar la nulidad alzada...*, por no cumplir con los requisitos formales".

De acuerdo con la decisión y del análisis que este abogado realiza a las consideraciones transcritas en ese sentido. Advirtiendo que en las consideraciones solo expresó:

"...de entrada se deberá decir que esta solicitud no fue presentada en debida forma, es decir no se señalaron los hechos constitutivos de nulidad y fueron solicitadas las pruebas con las cuales pretendía demostrarla, así las cosas se deberá dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 130 del CGP (también se rechazará el incidente cuando no reúnan los requisitos formales) y se rechazará de plano..."

Puedo llegar, quizás a la errada conclusión de que los requisitos a los que hace alusión, teniendo en cuenta que ha resuelto entender que a la solicitud de nulidad invocada, ha decidido llamarla **incidente**, son los establecidos en los artículos 128 y 129 del Código General del Proceso. Apréciese que solo se limitó a decir que no se cumplió con los requisitos formales, sin precisar con exactitud de cuales requisitos adolecía expresamente la solicitud impetrada.

Haciendo las veces de abogado del diablo, ya que con la forma como se motivó la decisión, se viola el derecho a la defensa por no ser posible establecer con claridad las fallas formales cometidas al momento de presentar la solicitud, debo asumir que los requisitos, como ya lo exprese son los estipulados en los artículo 128 y 129 Ibídem y demostrar que el escrito presentado si reúne los requisitos consagrados en los mismos o que por el contrario dicho requisitos no son dables exigirlos al tipo de solicitud presentada.

El artículo 128 dispone:

"El incidente deberá proponerse con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad"

Mientras que el artículo 129 establece:

"Quien promueva un incidente deberá expresar lo que pide, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer.

Las partes solo podrán promover incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia. Del incidente promovido por una parte se correrá traslado a la otra para que se pronuncie y en seguida se decretarán y practicarán las pruebas necesarias.

En los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por tres (3) días, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes.

Los incidentes no suspenden el curso del proceso y serán resueltos en la sentencia, salvo disposición legal en contrario.

Cuando el incidente no guarde relación con el objeto de la audiencia en que se promueva, se tramitará por fuera de ella en la forma señalada en el inciso tercero"

Con base en esta apreciación tenemos que en el escrito en que se presentó la solicitud se puede leer en forma clara, nítida, diáfana y transparente: (Adjunto imagen del escrito)

Al momento de contestar la demanda la parte demandada presentó excepción de mérito denominada "COMPENSACIÓN", excepción que fue dada en traslado el día 24 de Agosto de 2018 y debidamente descomida por este apoderado el 30 de Agosto del mismo año.

Dado el cumplimiento de las etapas procesales descrita, sería del caso entrar a analizar si le era dable a la señora juez proferir auto decretando la venta del inmueble objeto de recaudo sin haber emitido auto convocando a audiencia para resolver la excepción de mérito.

Si bien el proceso divisorio es denominado por nuestro legislador como un proceso especial, valga decir con un trámite y requisitos consagrados exclusivamente para su trámite, no por ello se debe desconocer su naturaleza, esto es "Declarativo" y en ese medida es por el trámite establecidos para esta clase de procesos que debe el juez dar solución a las distintas situaciones que saquen de la órbita del trámite previamente establecido para el especial. El artículo 372 del Código General del Proceso establece que establece: "El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

Se debe tener en cuenta además que tanto la parte demandada, en la contestación de la demanda, como la parte demandante, al descorrer el traslado de las excepciones, solicitaron como medio de prueba interrogatorio de parte: haciendo totalmente necesario que el juez se pronuncie respecto de las

Borja & Asociados Abogados S.A.S
Dirección: Marbella Cra 3 # 46 a - 51 Edificio Laguna 46 Oficina 1603
Cel: 3114016348 - 3156274909 - Correos: oscarceduardoborja@gmail.com, oscarborja@oscarborja.com
www.oscarborja.com

pruebas solicitadas ya fuera negándolos o decretándolos. En todo caso nuestro actual ordenamiento jurídico en su artículo 3º estableció la oralidad para todas las actuaciones que se deben surtir en el proceso, consagrando inmediatamente la salvedad a dicha regla "salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva"; salvedad a la que no se encuentra ajustado el proceso que nos ata muy a pesar de que el artículo 409, en el que se apoya el despacho para proferir auto decretando la venta, solo hace inferencia al caso hipotético en que el demandado alegue pacto de indivisión para proceder a la celebración de la audiencia; lo cual a pesar de ser jurídicamente viable no es aplicable al caso por cuanto el proferir auto decretando la venta antes de resolver las excepciones de mérito presentadas y practicadas las pruebas a las que hubiere lugar para resolverlas, generan una violación al debido proceso.

La regla general indica que las excepciones de mérito deberán ser resueltas en la audiencia, para el caso particular muy a pesar de haberse dado traslado de ellos no existe evidencia que el despacho haya fijado fecha para resolverlas; razón por la cual al haber proferido auto decretando la venta en pública subasta se ha pretermitido integralmente la respectiva instancia.

Dejando expresado con ello los hechos en los que se fundamenta la solicitud que si se quiere se resume en uno solo: **La juez del proceso ha incurrido en nulidad porque debió convocar a audiencia y no lo hizo**, de lo que se deriva la petición: **declare la nulidad** y aunque no se aducen pruebas debe tenerse en cuenta que la prueba no es otra más que **el proceso mismo**, el trámite dado, las solicitudes presentada por las partes y la decisión que se pide sea declarada nula.

Sin embargo, voy a expresar que es totalmente errada la apreciación del despacho, en pretender que una solicitud de nulidad sea tramitada como incidente y en tal sentido sea necesaria que la misma cumpla con los requisitos establecidos en los artículos referidos; tal cual como le fue dicho por el tribunal en el proceso con radicado 13001310300220190009600 en el que el superior en sus consideraciones expresó:

PROCESO:	EJECUTIVO / SINGULAR
DEMANDANTE (S):	BANCO BBVA COLOMBIA
DEMANDADO (A):	ADIV CHAMS MARTÍNEZ Y OTRA
RAD. NO	13001310300220190009602

2. En lo que al presente caso respecta, debe tenerse en cuenta que la solicitud de nulidad formulada por **ADIV CHAMS MARTÍNEZ y ROSSANA COLOMBIA TINOCO MASS** fue presentada por escrito radicado el 6 de agosto de 2019, esto es, en vigencia del C. G. del P.

En ese sentido, aunque la parte demandada alegue que la mencionada petición debió resolverse en audiencia con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 129 *ibidem*, lo cierto es que hoy por hoy, las solicitudes de nulidad no se tramitan como incidentes.

En torno al punto, se ha señalado que "si la solicitud de nulidad se presenta antes del 1° de enero de 2016, se rige por el artículo 142 del C. de P. C.; pero si se presenta con posterioridad a esa fecha, se rige por el artículo 134 del C. G. del P., que, entre otras cosas, ya no establece la posibilidad de tramitarla como incidente".

Lo que nos conduce a centrarnos en el artículo 134 del CGP que establece el trámite a seguir ante la solicitud de nulidad y que en el primer inciso al tener reza:

"Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella" (Negrilla es mía)

Nótese que los verbos rectores son "podrá" y "alegar", con lo que podemos decir que el legislador:

Primero: Al dejar de tramitar las nulidades como incidentes, suprimió las ritualidades exigidas para los asuntos que deben ser resueltos mediante este procedimiento.

Segundo: Al implementar el verbo "alegar", dispuso que bastaba con poner de presente la situación que adolece de tal circunstancia.

Por lo que el estudio de una nulidad debe someterse únicamente; en cuanto a su formalidad, al requisito de taxatividad de acuerdo con el artículo 133 y en cuanto a su trámite al consagrado en el artículo 134 del Código General del Proceso, con lo que podemos concluir que una vez presentada la solicitud de nulidad, el juez este deberá limitar el estudio de la misma a determinar si en realidad se dan los presupuestos de la causal que se aduce.

Por tal y de conformidad con todos y cada uno de los argumentos esbozados me permito en forma comedida realizar las siguientes:

169
23
3

SOLICITUDES

PRIMERA: Conceder el recurso de apelación.

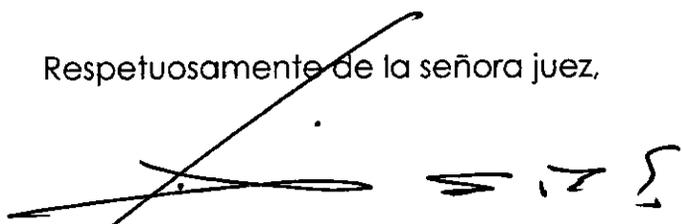
SEGUNDA: Revocar el numeral segundo del auto de fecha 06 de Febrero de 2020.

TERCERA: Ordenar al despacho, realizar el estudio de la solicitud de nulidad impetrada.

PRUEBAS

Téngase como prueba copia de la decisión proferida por el tribunal superior del distrito judicial de Cartagena, al resolver recurso de apelación impetrado dentro del proceso con radicado 13001310300220190009600.

Respetuosamente de la señora juez,



OSCAR EDUARDO BORJA SANTOFIMIO
CC. 93.372.007
T.P. 176.834 del C. S. de la J.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA CIVIL - FAMILIA

PROCESO: EJECUTIVO / SINGULAR
DEMANDANTE (S): BANCO BBVA COLOMBIA.
DEMANDADO (A): ADIV CHAMS MARTÍNEZ Y OTRA
RAD. No.: 13001-31-03-002-2018-00096-02

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto de 23 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. En el escrito presentado el 6 de agosto de 2019, los demandados **ADIV CHAMS MARTÍNEZ** y **ROSSANA COLOMBIA TINOCO MASS** solicitaron declarar la nulidad de todo lo actuado con fundamento en el artículo 133 (numeral 8) del C. G. del P., puesto que, en su criterio, no habían sido notificados en debida forma del mandamiento de pago.
2. A través del auto de 23 de septiembre de 2019, el *a quo* accedió a lo pretendido y, en consecuencia, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación de los demandados.
3. Contra esa decisión, el extremo pasivo interpuso el recurso de apelación, tras considerar que la nulidad invocada debió resolverse a través de audiencia, esto es, como lo prevé el inciso 3° del artículo 129 del C. G. del P., según el cual "*en los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por tres (3) días, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes*".
4. Mediante auto de 1° de octubre de 2019, el *a quo* concedió el recurso de apelación y ordenó el envío de las copias del expediente a esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. De entrada, es preciso señalar que a la luz del artículo 320 del C. G. del P., "*el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*".

169
235
4

2. En lo que al presente caso respecta, debe tenerse en cuenta que la solicitud de nulidad formulada por **ADIV CHAMS MARTÍNEZ y ROSSANA COLOMBIA TINOCO MASS** fue presentada por escrito radicado el 6 de agosto de 2019, esto es, en vigencia del C. G. del P.

En ese sentido, aunque la parte demandada alegue que la mencionada petición debió resolverse en audiencia con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 129 *ibídem*, lo cierto es que hoy por hoy, las solicitudes de nulidad no se tramitan como incidentes.

En torno al punto, se ha señalado que *"si la solicitud de nulidad se presenta antes del 1º de enero de 2016, se rige por el artículo 142 del C. de P. C.; pero si se presenta con posterioridad a esa fecha, se rige por el artículo 134 del C. G. del P., que, entre otras cosas, ya no establece la posibilidad de tramitarla como incidente"*¹.

Por lo demás, vale la pena resaltar que como la solicitud de nulidad se formuló por escrito, tampoco era necesario que el *a quo* convocara a las partes a audiencia, pues finalmente no se trata de una de las etapas que debía ser agotada en las audiencias que regulan los artículos 372 y 373 del C. G. del P.

3. Puestas de esa manera las cosas, se confirmará el auto objeto de alzada, comoquiera que la solicitud de nulidad debió desatarse de forma escrita. No se impondrá condena en costas por no aparecer causadas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Despacho, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º. **CONFIRMAR** el auto de 23 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, dentro del asunto de la referencia.

2º. Sin costas en esta instancia.

3º. Previas las anotaciones del caso, regrésese la actuación al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.


JOHN FREDDY SAZA PINEDA
Magistrado

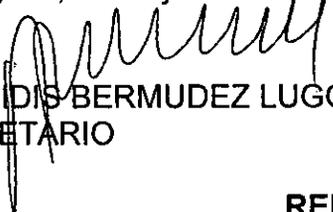
¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil-Familia, auto de 22 de marzo de 2019. Exp. No. 13001-31-03-008-2012-00324-02.

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

SECRETARIA.-

Doy cuenta a la señora juez con el presente proceso, y escrito mediante el cual el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación en contra del numeral 2 del proveído de fecha 06 de febrero del año en curso.-

Cartagena, 16 de julio de 2020.


NOREIDIS BERMUDEZ LUGO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO CARTAGENA
Dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

Rad. N.13001310300220180022300

Proceso: DIVISORIO

DTE. DAVID PACINI CEPEDA

DEMANDADO. NICOLAS PACINI MANOTAS Y OTRO

Visto el informe secretarial que antecede, el despacho **DISPONE:**

CONCEDER el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 06 de febrero del año en curso, por ser procedente conforme a lo establecido en la causal 6 del art. 321 del C.G.P, en el efecto DEVOLUTIVO. Por consiguiente, en vista a que la alzada se surtirá de manera virtual, se ordena que por secretaria se escaneen las siguientes piezas procesales: De la demanda (fls.1 a 32), de la contestación de la demanda (fls.62 a 163), escrito de fecha 30 de septiembre de 2018 (fls.166 a 168), escrito descorre excepciones de mérito (fls.169 a 171), auto proveído de fecha 29 de enero 2019, (fls.172 y 173), proveído de fecha 21 febrero de 2019 (fl.177), escrito de informe pericial (fls.180 a 197), complementación de dictamen pericial fecha de recibido 26 de abril de 2019 (fls.199 a 203), escrito de fecha 29 de mayo de 2019, (fls.205 a207), proveído de fecha 11 de julio de 2019 /fls.208 y 209), proveído de fecha 05 de diciembre de 2019 que ordena la venta en pública subasta de los inmuebles objeto de proceso (fls216 a 221), escritos de fecha 11 de diciembre de 2019, (fls.222 al 225), escrito de fecha 11 de 2019, solicitud de aclaración y adición de proveído de fecha 05 de diciembre de 2019 (fl.s226 y 227), proveído de fecha 06 de febrero de 2020 (fls.228^a 231, escrito de fecha 12 de febrero de 2020 (fls.232 a 235).

NOTIFIQUESE


NOHORA GARCIA PACHECO
JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

PROCURADOR CIVIL DEL CIRCUITO

ESTADO No. 65

FOR EL CUAL SE

NOTIFICA A LAS PARTES QUE NO LO HAN

SIDO PERSONALMENTE DE LA PROVIDENCIA

EN FECHA

Julio 16 - 2020

17 - 2020

SECRETARIO

[Handwritten signature]