



MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA
Abogado
Universidad del Cauca

Señora

JUEZ 2 CIVIL MUNICIPAL DE POPAYÁN

E. S. D.

Ref. Nulidad de Acto Jurídico Radicación 2021-00339-00
Demandante: JUAN CAMILO PERAFAN CARRILLO
Demandado: ANA MARIA LOPEZ PAREJA

MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA, mayor de edad, domiciliado y residente en Popayán, identificado con la cédula de ciudadanía N° 76'307.943 de Popayán, abogado titulado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional N° 114025 del Consejo Superior de la Judicatura, correo electrónico cdiderecho@hotmail.com, obrando en mi condición de apoderado del demandante en el proceso de la referencia, teniendo en cuenta LA SENTENCIA proferida por el despacho, habiéndose interpuesto en la debida oportunidad el recurso de apelación; por medio del presente escrito y estando dentro del término legal, presento los reparos a la decisión apelada así:

1. Indebida aplicación del artículo 281 del CGP e Indebida aplicación del principio de Congruencia, por atarla solo al acápite de las pretensiones sin considerar los hechos de la demanda y lo realmente probado
2. Total procedencia de la nulidad absoluta, por cuanto el acto jurídico demandado se constituyó bajo la omisión o formalidad exigida para el mandato en el artículo 2.471 del CC, pues no existió poder expreso tanto para la transacción como tampoco para que se fijara cuota alimentaria en la escritura de divorcio. Esta no es una situación puntual del estado o calidad de las partes, por cuanto para ese efecto la calidad de las partes como cónyuges a divorciarse se acreditó con el respectivo registro civil de matrimonio.
3. Solo se analizó el vicio en el consentimiento y no se analiza el objeto ilícito de transar o negociar sobre la acción penal. Esta última genera nulidad absoluta.
4. Claridad en la prueba que sustenta que, desde los hechos de la demanda, lo que se pide es una declaración de una nulidad relativa, que al ser negada, genera ausencia de aplicación de la primacía del derecho sustancial alegado y probado, frente a la formalidad procesal.



MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA
Abogado
Universidad del Cauca

Como sustento a los reparos propuestos se tiene:

1. Indebida aplicación del artículo 281 del CGP e Indebida aplicación del principio de Congruencia, por atarla solo al acápite de las pretensiones sin considerar los hechos de la demanda y lo realmente probado

Describe el artículo 281 del CGP que el principio de consonancia y congruencia, deber imperativo para el Juez al momento de proferir una sentencia.

En el caso que nos ocupa, la decisión proferida encuentra una solución un tanto facilista al conflicto que se pone de presente ante la judicatura, por cuanto, no la resuelve de fondo, no soluciona el conflicto y no se administra justicia. Dicha decisión es una apología a la inhibición de fallar.

El despacho solo dedicó su análisis al fenómeno jurídico de la nulidad relativa y concluye que como en el acápite de las pretensiones se pidió la declaratoria de la nulidad absoluta del acto demandado, se atiende solo a la literalidad de la pretensión, sin tener en cuenta que ya desde los hechos de la demanda (concretamente el hecho 14) ya se da cuenta de las coacciones de que fue objeto el demandante coacciones que fueron debidamente probadas en el debate judicial, por ende, el verdadero requerimiento al servicio de justicia era la declaratoria de una nulidad del acto demandado.

Pasa por alto el fallador de primera instancia que hoy nuestro derecho procesal ha evolucionado de la extrema exegesis a la principalidad y que la Carta Magna obliga a la aplicación de la primacía lo sustancial sobre las formas.

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, regula textualmente el artículo 281 CGP; pero la sentencia que ahora se apela, solo analizó que no hubo consonancia de lo



MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA
Abogado
Universidad del Cauca

probado con el acápite de las pretensiones; dejando por alto que el verdadero querer de la parte demandante era la declaratoria de una nulidad sea esta absoluta y/o relativa, al final nulidad del acto demandado; asunto este que quedo efectivamente probado en el proceso.

La irradiación de los principios constitucionales del proceso en las reglas procesales, conlleva a que éstas se apliquen mediante la ponderación, porque se deben resolver los conflictos que entre los principios se presentan, esto se refleja, por ejemplo, en la tensión entre el principio a ser juzgado por las reglas propias de cada juicio, con el de prevalencia del derecho sustancial; entre el principio de acceso a la justicia con el de seguridad jurídica; el de bilateralidad o defensa, con el de economía o celeridad procesal. La impregnación de las reglas procesales por los principios se demuestra a través de la línea jurisprudencial elaborada por la Corte Constitucional colombiana, del exceso de rigor manifiesto, mediante la cual se resuelve el conflicto entre el principio del formalismo y el principio de la prevalencia del derecho sustancial, dándole primacía al derecho sustancial.

En el presente asunto fue fácil para el fallador declarar de oficio una excepción de improcedencia de la nulidad absoluta, y así liberarse sin tener que hacer una debida ponderación entre la prevalencia del derecho sustancial y lo formal.

El maestro Hernán Fabio López Blanco en su obra, Código General del Proceso – parte General – comentado – Dupre editores Pagina 660 expresa: *“El proceso civil – de esto no se puede tener duda alguna – tiene y cumple en la actualidad una función social de importancia idéntica a la del proceso penal. Ya no es válida la afirmación de que a la sociedad tan solo le interesa la solución de las controversias en el ramo penal por el carácter público que éste tiene, en tanto que los asuntos civiles no pasan de la simple esfera de quienes son parte en el proceso. A diario vemos como procesos civiles conmueven a la sociedad y despiertan un interés similar a los penales, por cuanto desaparece en ellos el aspecto absolutamente privado, que por lo general caracterizó las cuestiones civiles y comerciales. Por ello no existe razón alguna para impedir al juez que falle con base en lo que se pruebe dentro del proceso y eliminar, de una vez por todas, al menos los fallos ultra petita, porque no parece justo que por una indebida apreciación del actor, por falta de experiencia de su*



MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA
Abogado
Universidad del Cauca

apoderado, o, en fin, por cualquier motivo, la limitación que haga en sus pretensiones impida el logro completo del derecho que le asiste, ya que, de este modo, se echa al olvido la función restauradora del orden jurídico que le corresponde, como representante del Estado, al juez y menos cuando no se tiene un adecuado equilibrio porque respecto de las excepciones del demandado el juez tiene unas amplias posibilidades para decidir de acuerdo con lo probado y no con lo solicitado.

Así las cosas, la impregnación de los principios constitucionales del proceso en las reglas procesales puede considerarse como una superación del positivismo que ha caracterizado al derecho procesal. En el presente fallo, se da un positivismo y culto exagerado a la forma y no a la sustancia.

2. Total, procedencia de la nulidad absoluta, por cuanto el acto jurídico demandado se constituyó bajo la omisión o formalidad exigida para el mandato en el artículo 2.471 del CC, pues no existió poder expreso tanto para la transacción como tampoco para que se fijara cuota alimentaria en la escritura de divorcio. Esta no es una situación puntual del estado o calidad de las partes, por cuanto para ese efecto la calidad de las partes como cónyuges a divorciarse se acreditó con el respectivo registro civil de matrimonio.

El despacho de primera instancia considera totalmente probado que para el otorgamiento de la escritura pública No. 4129 de 2.020, si hubo poder expreso para la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso; pero no lo hubo para la fijación de la cuota alimentaria, como lo exige el artículo 2472 del CC. Tengamos en cuenta que el otorgamiento de un poder es una especie de mandato y en dicho poder se consignó la atribución de celebrar transacciones, pero no se especificó claramente el objeto jurídico de transar o fijar una cuota alimentaria. Está debidamente probado en el expediente, que el abogado Antonio José Valencia Fajuri no contaba con la potestad para que se fijara a cargo del demandante cuota alimentaria y menos por un monto de 10 millones de pesos mensuales. Es más, si se tomara la transacción anterior al divorcio como un acto preparatorio, para dicho acto tampoco existió poder expreso y eso quedó debidamente probado en el expediente.



MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA
Abogado
Universidad del Cauca

3. Solo se analizó el vicio en el consentimiento y no se analiza el objeto ilícito de transar o negociar sobre la acción penal. Esta última genera nulidad absoluta.

El *ius puniendi* ha sido un poder único y exclusivo del Estado, y no es una facultad de los particulares. Dice Fernández Carrasquilla en su obra (2007). Derecho Penal Fundamental 1. 3ra edición. Bogotá: Editorial Ibañez, que el *ius puniendi* “es la potestad del Estado para dictar las leyes del derecho penal, imponerlas judicialmente y ejecutar las sentencias correspondientes”. En otras palabras, es la facultad penal del Estado, en virtud de la cual puede determinar que ciertos actos o conductas son punibles y por ende, en caso de que se cometan, imponer penas o medidas de seguridad. El *ius puniendi* es un poder único y exclusivo del Estado para ejercer la acción penal o persecución penal. Lo anterior tiene como consecuencia que, “es al Estado a quien corresponde el monopolio de la pena y de la prohibición de conductas, a quien corresponde el monopolio de la restricción de la libertad”.

En el caso que nos ocupa, a más de la fuerza moral ejercida sobre el demandante para que aceptase la fijación de un pago que se denominó cuota alimentaria, está la contraprestación que este recibiría, cuál era el no ser denunciado penalmente, lo que significa que, la demandada Ana María López Pareja, siempre estuvo negociando sobre la acción penal, acción que como se ha dicho y es conocido en todo el ámbito jurídico, es potestad exclusiva del estado.

Queda claro entonces, que el objeto jurídico de la transacción o fijación de una cuota alimentaria, no era el fin de ella, es decir alimentos congruos, si no por el contrario, era prescindir de la acción penal, es decir, transar sobre la facultad de denunciar un delito, negociar sobre el deber de denunciar y de no generar consecuencias penales, potestad esta que solo está en cabeza del estado. La negociación que nos trae a este proceso, desde su acto preparatorio, está afectada por objeto ilícito y su castigo jurídico es la Nulidad Absoluta, como se regula en el artículo 1741 del Código Civil. Para la demandada, el objeto de transar una cuota alimentaria, era no denunciar al hoy demandante; y para el demandante la causa de la misma transacción era no ser denunciado penalmente. Todo lo anterior está debidamente probado en el expediente.



MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA
Abogado
Universidad del Cauca

4. Claridad en la prueba que sustenta que, desde los hechos de la demanda, lo que se pide es una declaración de una nulidad relativa, que al ser negada, genera ausencia de aplicación de la primacía del derecho sustancial alegado y probado, frente a la formalidad procesal.

La Constitución Política de Colombia de 1991, ha tenido una gran fuerza expansiva, irradiando todas las normas del ordenamiento jurídico, pero dicho fenómeno ha tenido una importante trascendencia en las normas del derecho procesal originando su constitucionalización, la cual se visualiza sobre todo a partir del año 2000 cuando la Corte Constitucional así como los operadores jurídicos, utilizan cada vez más al momento de aplicar reglas procesales, los principios constitucionales del proceso. Todo lo cual, puede denominarse como la principalización de las reglas procesales, que conlleva a que se complementen la subsunción y la ponderación. En efecto, se acude en primer lugar a la subsunción, para buscar la norma jurídica al caso y los efectos del acto procesal que estaban dados por la misma, pero luego, en virtud de la principalización de las reglas procesales, es necesario continuar buscando los principios constitucionales del proceso que se vinculan con la regla procesal y con el caso, en la medida en que las reglas procesales no son otra cosa que la expresión de los principios procesales. Ahora bien, se hace necesario realizar un juicio de ponderación que permita resolver los conflictos que se presentan entre los principios constitucionales del proceso, ya que ellos muchas veces establecen finalidades contradictorias entre sí que permiten la prevalencia en ese caso de un determinado principio y la postergación de otro.

El 29 de julio del 2021, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con Aroldo Wilson Quiroz como magistrado ponente, profirió un fallo bastante enriquecedor, por cuanto nos hace recobrar la fe en el Derecho, en nuestras cortes y, especialmente, en la justicia. El mencionado fallo STC9507-2021 hace un llamado a los jueces, a quienes les manifestó que “la Sala llama la atención a los operadores de justicia, comoquiera que sus conocimientos, experiencia, capacidad reflexiva, destreza y sensibilidad en el desempeño de su labor de impartir justicia no sólo trae consigo la imposición de las mejoras conductas éticas, también el esfuerzo continuo en la aprehensión de los saberes jurídicos propios de su época, así como de los posteriores, con el fin de garantizar la



MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA
Abogado
Universidad del Cauca

prevalencia del ordenamiento jurídico y, por ese sendero, consolidar la confianza de la comunidad en general y en particular del usuario que acude al estamento jurisdiccional en procura de una tutela judicial efectiva”.

En el fallo que nos ocupa, no se da una tutela judicial efectiva del derecho reclamado, por cuanto, en la aplicación del principio de congruencia, no solo se debe analizar la pretensión de manera aislada, sino que se debe ponderar lo narrado en los hechos, con lo probado en el debate para que así el juez desde su capacidad reflexiva, destreza y sensibilidad acoja que lo solicitado en el presente asunto es una nulidad relativa y no simplemente una nulidad absoluta. En este caso, como ya se dijo, declarar de oficio una excepción de improcedencia de la nulidad absoluta es una denegación de justicia.

Quedan así presentados y sustentados los reparos a la sentencia.

PETICIONES

- 1ª. Estudiado el asunto, se deje el recurso de alzada ante el superior jerárquico.
2. envíese el expediente en su integridad al Juez de segunda instancia para lo de su cargo.

Atentamente,

MILTON JAVIER LÓPEZ GARCIA

CC .No 76'307.943 Popayán

T.P. N°. 114.025 del C.S.J.