

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBACO – BOLÍVAR

Turbaco-Bolívar, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I. VISTOS

Entra al despacho el presente proceso ejecutivo seguido por ANIBAL OCHOA TORO a través de apoderado judicial en contra de ALBERTO MESTRE ESPINOSA para resolver el recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por el apoderado del demandado en contra del auto adiado 30 de abril de 2019 y 8 de agosto de 2019, mediante los cuales se negó la solicitud de nulidad presentada y la adición de dicho auto respectivamente.

II. CONTENIDO DE LA SOLICITUD

2.1 PARTE DEMANDANTE:

A través de memorial recibido el 21 de agosto de 2019, el apoderado del señor ALBERTO ENRIQUE MESTRE ESPINOSA interpone recurso de reposición en subsidio de apelación en contra de los autos aditados 30 de abril de 2019 y 8 de agosto de 2019 respectivamente, argumentando en síntesis lo siguiente:

- *“(…) Erró el despacho cuando resolvió la solicitud de nulidad sin tramitar adecuadamente el incidente, es decir, sin decretar las pruebas solicitadas por el incidentante, esta omisión constituye una vía de hecho del trámite del incidente de nulidad.*
- *En cuanto a las manifestaciones que hace el despacho que la situación ya había sido resuelta por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Cartagena, esto no es cierto, si bien el tema de la nulidad guarda relación con lo decidido, en providencia del 7 de octubre de 2015, esa corporación dejó en claro que aunque consideraba debía concederse el amparo solicitado por las razones expuestas en dicha providencia pero sin perjuicio de las solicitudes que en defensa de su derecho podía ser mi anadrinado*

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE TURBACO – BOLÍVAR

Turbaco-Bolívar, cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I. VISTOS

Entra al despacho el presente proceso ejecutivo seguido por ANIBAL OCHOA TORO a través de apoderado judicial en contra de ALBERTO MESTRE ESPINOSA para resolver el recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por el apoderado del demandado en contra del auto adiado 30 de abril de 2019 y 8 de agosto de 2019, mediante los cuales se negó la solicitud de nulidad presentada y la adición de dicho auto respectivamente.

II. CONTENIDO DE LA SOLICITUD

2.1 PARTE DEMANDANTE:

A través de memorial recibido el 21 de agosto de 2019, el apoderado del señor ALBERTO ENRIQUE MESTRE ESPINOSA interpone recurso de reposición en subsidio de apelación en contra de los autos adiados 30 de abril de 2019 y 8 de agosto de 2019 respectivamente, argumentando en síntesis lo siguiente:

- *“(…) Erró el despacho cuando resolvió la solicitud de nulidad sin tramitar adecuadamente el incidente, es decir, sin decretar las pruebas solicitadas por el incidentante, esta omisión constituye una vía de hecho del trámite del incidente de nulidad.*
- *En cuanto a las manifestaciones que hace el despacho que la situación ya había sido resuelta por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Cartagena, esto no es cierto, si bien el tema de la nulidad guarda relación con lo decidido, en providencia del 7 de octubre de 2015, esa corporación dejó en claro que aunque consideraba debía concederse el amparo solicitado por las razones expuestas en dicha providencia pero sin perjuicio de las solicitudes que en defensa de su derecho podía ser mi apadrinado.*

- *En este sentido, al considerar el despacho que no debía practicarse prueba como lo afirma en el auto de fecha 8 de agosto de 2019 y sobre lo cual no hacía mención alguna en auto de fecha 30 de abril de 2019, elimina la posibilidad de que mi poderdante pueda demostrar los hechos que configuraron la nulidad alegada y que el Tribunal manifestó se podía interponer, ya que no se valora los hechos constitutivos de la nulidad.*

III. ANTECEDENTES

Para dar claridad al asunto es preciso determinar las últimas actuaciones surtidas en el proceso así:

- Mediante escrito presentado el día 12 de enero de 2016, el demandado a través de su apoderado judicial eleva solicitud de nulidad por indebida notificación.
- En auto del 18 de enero el JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL DE TURBACO resuelve dar traslado al incidentado.
- En providencia del 30 de abril de 2019, este juzgado niega la solicitud de nulidad invocada.
- A través de auto del 8 de agosto de 2019 se niega la solicitud de adición de auto del 30 de abril de 2019.
- Posteriormente, la parte demandada estando dentro de la oportunidad legal, presenta recurso de reposición en subsidio de apelación en contra de los aludidos autos, por lo que, mediante fijación en lista del día 23 de enero de 2020 se da traslado.

IV. CONSIDERACIONES

El artículo 348 del C.P.C., establece: REPOSICION. - PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES.- *“El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, por escrito presentado dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto, excepto cuando este se haya dictado en una audiencia o diligencia, caso en el cual deberá interponerse en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos”*.

En el presente evento, el apoderado judicial de la parte demandada, se duele de lo resuelto en auto del 30 de abril de 2019, en el que se niega la solicitud de nulidad

invocada, y posterior auto de fecha 8 de agosto de 2019, en el que se negó la adición solicitada sobre dicho proveído, por cuanto considera que para resolver la nulidad impetrada por indebida notificación, es menester decretar la practica de las pruebas solicitadas en el escrito de nulidad.

Pues bien, al respecto, sea lo primero recordar que, dos de las reglas que rigen nuestro sistema de nulidades son la TRASCENDENCIA y la LEGITIMACIÓN, la primera hace referencia al menoscabo que se hace del derecho fundamental al debido proceso, pues este debe ser real, ostensible, que afecte en gran medida a la persona que la alegue, mientras que la segunda advierte que sea la persona afectada con la vulneración quien acuda a la jurisdicción a solicitar su amparo siempre que no haya sido quien haya causado la irregularidad.

Lo anterior, va en armonía con el principio de preclusión que gobierna toda actividad procesal, el cual establece unos momentos precisos para que la parte afectada alegue la nulidad, en aras de evitar que estas sean utilizadas como mecanismos dilatorios del proceso interponiéndose en cualquier etapa.

Ahora bien, hechas las anteriores consideraciones, y descendiendo al caso en concreto, es preciso manifestar, en cuanto a la causal de INDEBIDA NOTIFICACION invocada por el apoderado de la parte demandada para invalidar todo lo actuado que, esta debió ser alegada tan pronto se enteró de la existencia del proceso en su contra; y al concurrir al mismo, la primera actuación que debió solicitar fue la correspondiente declaratoria de nulidad. Sin embargo, se tiene que, el primer acto que ejerció la parte ejecutada fue la interposición del recurso de reposición en contra del mandamiento de pago tal como se observa a folio 132 del expediente.

Ello genera como consecuencia, tener al demandado como notificado por conducta concluyente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 330 del C.P.C. "Cuando el escrito en que se otorgue poder a un abogado se presente en el juzgado de conocimiento se entenderá surtida la notificación por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado, inclusive el auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el día en que se notifique el auto que reconoce personería, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad", pues al otorgar poder al profesional del derecho Dr. DILSON CASTELLON CAICEDO a través de memorial presentado el día 14 de agosto de 2015, para que ejerciera su defensa, se estaría dando por notificado el ejecutado de todas las actuaciones surtidas en el proceso.

Además, si seguido a ello, este interpone recurso de reposición en contra del mandamiento de pago, la nulidad invocada se entendería saneada de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 144 ibídem que establece: SANEAMIENTO DE LA NULIDAD: *La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: 1.- Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente. 4. Cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa,* en tanto que, si la persona afectada adelanta como primer acto gestión distinta a la solicitud de nulidad, se producirá su saneamiento.

Por otro lado, si bien en sentencia de tutela del 22 de octubre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena- Sala Civil-familia, ordenó tener por notificado mediante aviso al demandado, sin perjuicio de los otros mecanismos que el demandado pudiese interponer para hacer valer su derecho de defensa, no es menos cierto que este ya había concurrido al proceso no solo al conferir poder a su abogado mediante escrito del 14 de agosto de 2015 (entendiéndose notificado en ese momento por conducta concluyente), sino que además la notificación por aviso se había surtido en debida forma de acuerdo a la evidencia obrante en el expediente, por ende, es evidente que el demandado ya tenía pleno conocimiento del proceso que se seguía en su contra.

En lo que tiene que ver con el reproche que esgrime el ejecutado, cuando manifiesta que la primera actuación desplegada al concurrir al proceso fue la nulidad invocada, pues fue luego de que el Tribunal en sede de tutela ordenara al ad quo tener por notificado al señor ALBERTO MESTRE que este presentó inmediatamente la solicitud de nulidad, hay que precisar que este ya había comparecido al proceso manifestando su descontento en contra del auto que libro mandamiento de pago.

De otra parte, en cuanto al reproche que el despacho incurrió en error por vía de hecho, al resolver de plano el incidente, sin tener en cuenta las pruebas solicitadas con la nulidad invocada; es preciso recordar, que la norma permite cuando la solicitud de nulidad pueda decidirse con apoyo en las pruebas que se encuentren en el proceso que, no será necesario practicar ni aportar otras pruebas. Simplemente, se resolverá la solicitud previo traslado a las partes por el término de 3 días (inciso 5° art. 142), razón por la cual, este juzgado consideró que no era necesario decretar la práctica de las pruebas solicitadas por el demandado para resolver el incidente propuesto, pues este ya estaba notificado en debida forma, y basto con que no alegara como primer acto desde su vinculación jurídico procesal la nulidad por indebida notificación para entenderla entonces como saneada.

Siendo así, no le es dable al apoderado que en esta instancia pretenda valerse del mecanismo de la nulidad, para invalidar todo lo actuado y revivir términos ya fenecidos, pues ello menoscaba el principio de preclusión que gobierna el sistema de nulidades.

En este sentido, es pertinente traer a colación lo señalado en el libro *"NULIDADES EN EL PROCESO CIVIL"* del doctrinante y profesor HENRY SANABRIA al referirse a la causal de *"INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL DEMANDADO"*: ***"Es importante destacar que lo que esta causal de nulidad protege es la vigencia del derecho de defensa del demandado, y no simplemente la observancia de las formalidades con que el ordenamiento ha dotado el acto procesal de la notificación, de manera que la simple omisión de las formalidades no es lo que genera la nulidad sino la verdadera vulneración de su derecho de defensa al no haber gozado de la oportunidad de defenderse, por no enterarse de la existencia del proceso como consecuencia de la indebida notificación"***.

Derecho de defensa que, considera este despacho no fue conculcado, pues como puede apreciarse en el expediente, el ejecutado tuvo conocimiento real de la demanda ejecutiva en su contra, ejerció su derecho de defensa pese a manifestar que su dirección de notificaciones no era la reportada en la demanda, compareció al proceso dándose por enterado del mismo, de ahí que no le sea permitido en estas instancias de acuerdo con los principios de preclusión, lealtad y buena fe, luego de haber atacado el mandamiento de pago en su contra, como primera actuación al conocer el expediente, hacer uso de manera caprichosa del mecanismo de nulidad, para revivir actuaciones y términos ya precluidos.

Y es que, esta causal debe mirarse a la luz del principio de trascendencia, pues no cualquier irregularidad puede dar al traste con la actuación procesal, es necesario que la omisión a las formalidades que trae consigo la notificación haya sido de tal magnitud que se haya impedido al demandado enterarse de la existencia del proceso, sin embargo, sobre el particular tenemos que el señor ALBERTO MESTRE ESPINOSA si tuvo conocimiento con anterioridad del presente proceso en su contra, pues mediante escrito del 14 de agosto de 2015, otorgo poder al profesional del derecho, quien en su oportunidad debió proponer la nulidad si a ello había lugar.

En virtud de lo anterior, el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBACO (BOLIVAR),

V. RESUELVE

PRIMERO: NO REVOCAR la decisión proferida en proveído del 30 de abril de 2019 y 8 de agosto de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONCÉDASE en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 30 de abril de 2019 y 8 de agosto de 2019 proferidos dentro del presente asunto.

TERCERO: En consecuencia envíese el expediente digital al JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE TURBACO (BOL) EN TURNO para que desate el recurso de alzada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


JAIME FRANCISCO CARBONELL ACOSTA
JUEZ

**JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL
TURBACO - BOLIVAR**

Por Estado No. ___ le notificó a las partes que no lo han sido personalmente, el anterior auto de fecha 5 de febrero de 2021

Turbaco - (Bolivar) ___ de _____ 2021

**KAREN PADILLA HORMECHEA
SECRETARIA**