

Recurso de reposición y en subsidio el de apelación, radicado: 2018-00014-00.

Juan Cabarcas Hernandez <juan.david.cabarcas@hotmail.com>

Lun 20/02/2023 12:14

Para: Juzgado 08 Civil Circuito - Atlántico - Barranquilla

<ccto08ba@cendoj.ramajudicial.gov.co>;prokosmos2010@hotmail.com

<prokosmos2010@hotmail.com>;wescafescaf@hotmail.com <wescafescaf@hotmail.com>;jairo abisambra

<jabisambra@hotmail.com>;jormar4552@gmail.com <jormar4552@gmail.com>;freddyperez@hotmail.com

<freddyperez@hotmail.com>;amoreno@riverosabogados.com

<amoreno@riverosabogados.com>;lina.ortiz@co.mcd.com <lina.ortiz@co.mcd.com>

 1 archivos adjuntos (189 KB)

Recurso de reposición y en subsidio de apelación 2018-00014.pdf;

Señores

JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.

E.

S.

D.

REFERENCIA: DEMANDA VERBAL DE MAYOR CUANTÍA.

DEMANDANTE: PROMOTORA KOSMOS S.A.

DEMANDADOS: INVERSIONES Y NEGOCIOS DEL CARIBE

**INNECARIBE S.A.S.Y. ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A.S. - ADC
S.A.S.**

RADICACIÓN: 2018 – 0014.

**ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE
APELACIÓN.**

JUAN DAVID CABARCAS HERNÁNDEZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.045.680.738 y tarjeta profesional número 233.761 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la parte demandante la sociedad **PROMOTORA KOSMOS S.A** y representada legalmente por el señor **WILLIAM MIGUEL ESCAF ESCAF**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.274.115 de Medellín, a través del presente escrito y de la manera más respetuosa manifiesto a su Despacho que encontrándome en el término legal presento recurso reposición y en subsidio el de apelación en contra de la decisión número 2 auto de fecha **14 DE FEBRERO DEL 2023 Y NOTIFICADO POR ESTADO EL 15 DE FEBRERO DEL 2023**, en donde ordeno lo siguiente: ***“SEGUNDO: Prescindir de la práctica del dictamen pericial decretado de oficio”***

Anexo el mencionado recurso en un archivo en formato .pdf

Barranquilla, febrero de 2023.

Señores

JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.

E.

S.

D.

**REFERENCIA: DEMANDA VERBAL DE MAYOR CUANTÍA.
DEMANDANTE: PROMOTORA KOSMOS S.A.
DEMANDADOS: INVERSIONES Y NEGOCIOS DEL CARIBE
INNECARIBE S.A.S.Y. ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A.S. - ADC
S.A.S.
RADICACIÓN: 2018 – 0014.
ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE
APELACIÓN.**

JUAN DAVID CABARCAS HERNÁNDEZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1.045.680.738 y tarjeta profesional número 233.761 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la parte demandante la sociedad **PROMOTORA KOSMOS S.A** y representada legalmente por el señor **WILLIAM MIGUEL ESCAF ESCAF**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.274.115 de Medellín, a través del presente escrito y de la manera más respetuosa manifiesto a su Despacho que encontrándome en el término legal presento recurso reposición y en subsidio el de apelación en contra de la decisión número 2 auto de fecha **14 DE FEBRERO DEL 2023 Y NOTIFICADO POR ESTADO EL 15 DE FEBRERO DEL 2023**, en donde ordeno lo siguiente: **“SEGUNDO: Prescindir de la práctica del dictamen pericial decretado de oficio”** de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos que se expondrán a continuación.

I. OPORTUNIDAD LEGAL Y PROCEDENCIA.

El auto objeto del presente recurso fue proferido por este juzgado el 15 de febrero del 2023 a través de estado electrónico, encontrándonos en el término legal para interponer el recurso indicado.

De conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso, se establece cuáles son los fines del presente recurso: **“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.**

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.”

Así mismo nuestro ordenamiento procesal civil establece en su Artículo 321 la procedencia del recurso: ***“Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.***

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas.

2. El que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros.

3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.

4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.

5. El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva.

6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva.

7. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.

8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.

9. El que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que la rechace de plano.

10. Los demás expresamente señalados en este código.”

II. ARGUMENTOS DE LA INCONFORMIDAD.

Una prueba por oficio se refiere a una prueba que el juez puede ordenar y practicar de oficio, es decir, sin necesidad de que alguna de las partes del proceso la solicite expresamente. Esta facultad está prevista en el Código General del Proceso.

La prueba por oficio es un medio que tiene el juez para investigar los hechos relevantes del caso y obtener información adicional que puede ser útil para la toma de decisiones. Esta prueba se puede ordenar en cualquier etapa del proceso y puede consistir en la práctica de diligencias, testimonios,

inspecciones, peritajes u otras actividades que permitan recopilar información.

La Corte Constitucional ha establecido que, en ciertos casos, los jueces no pueden desestimar las pruebas oficiosas. En particular, la Corte ha señalado que los jueces están obligados a valorar las pruebas oficiosas cuando:

1. Se trata de pruebas indispensables para establecer la verdad de los hechos: En estos casos, los jueces deben valorar las pruebas oficiosas para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso.
2. La prueba oficiosa es la única prueba que obra en el expediente: En este caso, la prueba oficiosa no puede ser desestimada, ya que es la única fuente de información que tiene el juez para tomar una decisión.
3. La prueba oficiosa contradice la versión de los hechos presentada por las partes: En estos casos, la prueba oficiosa es relevante y no puede ser desestimada sin una justificación adecuada.

Es importante destacar que, aunque los jueces están obligados a valorar las pruebas oficiosas en estos casos, esto no significa que deban aceptar todas las pruebas oficiosas sin cuestionar su pertinencia o relevancia. Los jueces deben evaluar la calidad de la prueba y su relación con los hechos del caso, y solo aceptar las pruebas que cumplan con los requisitos de pertinencia, conducción y utilidad probatoria.

La Corte Constitucional de ha establecido que, en ciertos casos, los jueces no pueden desestimar deben velar por la práctica de las pruebas oficiosas y por ello estableció las reglas en varias decisiones:

1. Sentencia T-330 de 2001: En esta sentencia, la Corte Constitucional estableció que los jueces están obligados a valorar las pruebas oficiosas cuando se trata de pruebas indispensables para establecer la verdad de los hechos y garantizar el derecho de defensa y el debido proceso.
2. Sentencia T-1284 de 2001: En esta sentencia, la Corte Constitucional señaló que los jueces no pueden desestimar las pruebas oficiosas cuando éstas son la única fuente de información que tiene el juez para tomar una decisión.
3. Sentencia T-460 de 2015: En esta sentencia, la Corte Constitucional indicó que los jueces no pueden desestimar las pruebas oficiosas cuando éstas contradicen la versión de los

hechos presentada por las partes y son relevantes para la decisión del caso.

4. Sentencia T-372 de 2019: En esta sentencia, la Corte Constitucional reiteró que los jueces están obligados a valorar las pruebas oficiosas cuando son indispensables para establecer la verdad de los hechos y garantizar el derecho de defensa y el debido proceso.

Por lo que existe la necesidad de que esta prueba sea valorada en el presente proceso, toda vez que coexisten elementos que son necesarios para tasar de manera precisa la cuantía del valor del contrato de arrendamiento celebrado entre las sociedades **INVERSIONES Y NEGOCIOS DEL CARIBE INNECARIBE S.A.S.Y. ARCOS DORADOS COLOMBIA S.A.S. - ADC S.A.S** con ocasión al establecimiento de comercio denominado “MacDonals” La Arboleda, pues sabemos de acuerdo con los interrogatorios practicados a las partes que existen dos variables para determinar el valor del contrato, la primera variable es un costo fijo del canon de arrendamiento del inmueble en donde funciona el mencionado restaurante y la segunda variable se determina a través de un porcentaje (%) por la ventas mensuales del establecimiento.

La misma ley procesal establece la obligación de los jueces de decretar de oficio, en cualquier momento antes de fallar, las pruebas necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia (artículo 170 Código General del Proceso). Es importante recalcar que no se trata de una facultad discrecional del operador judicial, sino una obligación legal. Entonces, para lograr que el juez decrete la prueba de oficio, es necesario sustentar y acreditar que dicha prueba es necesaria para llegar a la verdad y a la justicia material en el proceso.

De igual manera es necesaria la prueba decretada por este despacho para determinar de manera diáfana los interrogantes que planteo el perito en su informe preliminar, pues en lo que se refiere a esta incógnita el Perito solicitó: *“1. Cámara de Comercio de Barranquilla solicitándole lo que me informara, cual es la costumbre mercantil que cobran en esta ciudad las inmobiliarias. 2. Colegio Inmobiliario de Barranquilla solicite lo siguiente: “Cuál es la costumbre mercantil en esta ciudad que cobran las agencias inmobiliarias – corredores por su intermediación y administración de un contrato de arrendamiento comercial o de vivienda”, solicitudes que no han tenido respuesta por parte de las entidades requeridas y que resultan pruebas necesarias, pertinentes y conducentes.*

Es por ello que la prueba decretada por este despacho resulta indispensable para emitir una sentencia en derecho, pues con esta prueba se puede determinar con precisión la cuantía del mencionado contrato de

arrendamiento, pues esta prueba no se encuentra en cabeza de este extremo procesal y resulta procedente que los demandados entreguen todos los elementos de prueba necesarios al operador de justicia para que este pueda emitir una sentencia que no adolezca de error alguno.

Además, con ello se pueda determinar sin sombras la costumbre mercantil en cuanto a la remuneración de una agencia inmobiliaria por la celebración de un contrato de arrendamiento comercial, ahora bien, los jueces tienen la facultad y el deber de practicar pruebas de oficio, es decir, pruebas que no han sido solicitadas por las partes en el proceso pero que son necesarias para esclarecer los hechos y tomar una decisión justa y adecuada en el caso.

Sin embargo, el juez no está obligado a practicar pruebas de oficio en todos los casos, sino que debe evaluar la necesidad de hacerlo en función de las circunstancias particulares de cada caso y de las pruebas que ya han sido aportadas por las partes.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido que los jueces deben valorar de manera crítica y objetiva las pruebas que se presentan en el proceso, ya sean solicitadas por las partes o practicadas de oficio, y deben fundamentar sus decisiones en dicha valoración. Por lo tanto, en caso de que el juez considere que es necesario practicar una prueba de oficio, debe hacerlo de manera objetiva e imparcial, garantizando el derecho de defensa y el debido proceso de las partes.

Por lo que este despacho debe considerar necesaria la prueba para el esclarecimiento de los hechos del caso y que su omisión podría generar un defecto procedimental. El Código General del Proceso establece que el juez tiene la facultad de decretar y practicar pruebas de oficio, en cualquier momento del proceso, con el fin de garantizar la adecuada administración de justicia. Además, el que el juez podrá decretar pruebas de oficio, aún sin petición de parte, cuando lo considere necesario para el esclarecimiento de los hechos. En caso de que el juez decrete la práctica de una prueba de oficio y la misma no se practique por alguna razón, el juez podría insistir en su práctica con el fin de garantizar el derecho de las partes a un debido proceso y a la obtención de una decisión justa y objetiva.

Vale la pena complementarla con la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Esta corporación ha señalado que se presenta una violación indirecta de la ley sustancial (causal número dos de casación prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso), cuando el juez, sin razón y con fuertes motivos para que lo haga, no decreta pruebas de oficio, necesarias para probar los hechos determinantes en el proceso. La Corte aclara que este yerro solo se presenta si el medio probatorio está, claramente, sugerido en el proceso. Esto ocurre, entre otros casos, cuando la prueba fue aportada en forma irregular o indebida, pero resulta

trascendental y determinante para el esclarecimiento de los hechos, por lo que debe ser regularizada de oficio por el juezⁱⁱ. Esto significa que la omisión del juez en decretar de oficio una prueba necesaria implica la vulneración indirecta de la ley sustancial, denunciable frente a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

III. PETICIONES:

De acuerdo con los fundamentos facticos y jurídicos anteriormente expuesto solicito lo siguiente:

1. Que el **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA** conceda el recurso de reposición en contra inciso segundo del auto **14 DE FEBRERO DEL 2023 Y NOTIFICADO POR ESTADO EL 15 DE FEBRERO DEL 2023**.
2. En consecuencia, revoque su decisión de: “**SEGUNDO: Prescindir de la práctica del dictamen pericial decretado de oficio**”
3. Y en su lugar se mantenga la decisión de “*Decretar un dictamen pericial para que nos determine el valor de la remuneración que cobran los corredores en un contrato de corretaje que alude el demandante en su demanda, señalado en el numeral 3 de los hechos de la reforma de la demanda, consistente en contrato de corretaje para el desarrollo comercial e instalación de un restaurante Mac Donald en el Centro Comercial La Arboleda en el Municipio de Soledad - Atlántico.*” En atención a lo anterior, es necesario nombrar un experto en la materia a efectos que dictamine el valor de la remuneración a que se ha hecho alusión, indicándosele un término prudencial a fin de que rinda la experticia.
4. En caso contrario el **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA** conceda el recurso de apelación en efecto suspensivo interpuesto en contra del **14 DE FEBRERO DEL 2023 Y NOTIFICADO POR ESTADO EL 15 DE FEBRERO DEL 2023**, en su punto inciso 2.
5. Que el presente proceso sea remitido en su totalidad a su superior jerárquico.
6. Que se revoque el inciso número 2 (“*SEGUNDO: Prescindir de la práctica del dictamen pericial decretado de oficio*”) del **AUTO DE FECHA 14 DE FEBRERO DEL 2023 Y NOTIFICADO POR ESTADO EL 15 DE FEBRERO DEL 2023**.
7. Por consiguiente que se ordene: “*Decretar un dictamen pericial para que nos determine el valor de la remuneración que cobran los corredores en un*

contrato de corretaje que alude el demandante en su demanda, señalado en el numeral 3 de los hechos de la reforma de la demanda, consistente en contrato de corretaje para el desarrollo comercial e instalación de un restaurante Mac Donald en el Centro Comercial La Arboleda en el Municipio de Soledad - Atlántico.”

8. En atención a lo anterior, es necesario nombrar un experto en la materia a efectos que dictamine el valor de la remuneración a que se ha hecho alusión, indicándosele un término prudencial a fin de que rinda la experticia.

Del señor Juez, con Distinción y Respeto.

Atentamente,



JUAN DAVID CABARCAS HERNÁNDEZ.

C.C. 1.045.680.738 De Barranquilla.

T.P. 233.761 del C.S de la J.

ⁱⁱ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de noviembre de 2014, radicación: 11001-31-03-029-2008-00469-01, Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.