



DRA:
SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA.
Magistrada Ponente - Sala civil – Familia.
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA,
E. S. D.

RAD. 43.498 (080013153005201800091-01)
PROCESO: VERBAL. (APELACION DE SENTENCIA).
DEMANDANTE: PATRICIA BERMEJO CASTILLO.
DEMANDADO: MERY POLO POLO.

ASUNTO: ESCRITO APORTA SUSTENCION DEL RECURSO.

GUILLERMO CESAR FONTALVO CHARRIS, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.735.794, abogado titulado, con T.P. No. 108.931 del C. S. de la J., con domicilio en Barranquilla en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandada señor RAFAEL MONTAÑO, en el proceso de la referencia, me permito informar a Ud., muy respetuosamente que me atengo a lo manifestado en el escrito de sustentación del recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2020, donde además hice los repartos al fallo, el cual fue presentado ante el juzgado de primera instancia en su oportunidad, y que me permito adjuntar en copia.

Atentamente,

GUILLERMO CESAR FONTALVO CHARRIS.
C. C. No. 3.735.794.
T. P. No. 108.931. C. S. J.

Barranquilla, 30 de septiembre de 2020.

Señora:
JUEZ QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL DE BARRANQUILLA.
E. S. D.

RAD. 2018-0091-00
PROCESO: VERBAL.
DEMANDANTE: PATRICIA ESTHER BERMEJO
DEMANDADA: MERY POLO POLO.

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA,
REPAROS AL FALLO Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO .**

GUILLERMO FONTALVO CHARRIS, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 3.735.794 de Palmar de Varela y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 108931 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de la parte demandada señor RAFAEL MONTAÑO, ante usted concuro con el debido respeto Dentro del término que tengo para hacerlo, a fin de presentar RECURSO DE APELACIÓN contra el fallo de fecha 23 de septiembre de 2020, del cual en audiencia de dicha fecha indicada se expresó por la Juez el sentido del fallo el día 23 de septiembre de 2020 y me fue notificada dicha sentencia y enviada de forma escrita a través de correo electrónico el día 29 de septiembre de 2020, de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, el cual me permito hacer los siguientes reparos contra la decisión cuestionada:

1.- Como prima facie, quiero poner en conocimiento que la audiencia de instrucción y juzgamiento se realizó sin que se tuviera el acceso al expediente digital ni físico, teniendo en cuenta que desde que acaeció el incendio en el Juzgado hasta la fecha no se ha tenido acceso al expediente para hacer de él un análisis minucioso y detallado de cada pieza procesal, lo que hace violatorio del derecho a la defensa en toda su extensión y garantía debida , por ello quiero manifestar en alzada que el fallo fue proferido fuera de todo contexto legal, toda vez que el a quo, al tomar la decisión omitió ejercer control de legalidad sobre el proceso acerca de esta particularidad pese a que se le solicitó por este memorialista en fecha 23 de septiembre de 2020.

Sustento este reparo en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que mediante comunicado público del Consejo Superior de la Judicatura se dispuso el plan de digitalización de los expedientes judiciales el cual me permito plasmar en este escrito:

“Plan de Digitalización de Expedientes

Judiciales.Medidas Covid-19

El Consejo Superior de la Judicatura ya arrancó con el Plan de Digitalización de expedientes judiciales priorizados que se encuentran activos en los despachos judiciales juzgados, tribunales y altas cortes.

Este plan que ya inició desde el mes de mayo en su primera fase, con ocasión de la emergencia sanitaria, a través de la gestión interna de los despachos y dependencias judiciales, continuará en su siguiente fase con el apoyo especializado en gestión documental a la Rama Judicial, como parte del proceso de modernización y transformación digital de la Rama Judicial prevista en el Plan Sectorial de Desarrollo.

Con este plan se espera realizar una digitalización priorizada de expedientes activos y en gestión, es decir no se espera digitalizar procesos archivados o que por sus particularidades no cumplan los criterios para la digitalización.

Las ventajas de este Plan de Digitalización son:

- Acercar virtualmente el expediente judicial al juez y a las partes.
- Disminuir las consultas físicas y presenciales.
- Contar con mecanismos de transformación del soporte físico en electrónico.
- Administrar electrónicamente los documentos asociados al expediente, en condiciones de integridad, seguridad y disponibilidad.
- Llevar a cabo una primera aproximación a una gestión documental electrónica, como parte del ciclo del proyecto hacia la transformación digital.
- Favorecer la migración de datos al nuevo sistema de gestión electrónica de procesos judicial, como columna vertebral del expediente electrónico, los servicios digitales y la justicia en línea para el ciudadano.”

Por otro lado el Consejo superior de la Judicatura introdujo la circular DAJ C 20-56 del 1|2 de agosto de 2020, se dispuso la suspensión e implementación del sistema informático judicial siglo XXI web en los despachos judiciales, esto es, disponiendo la digitalización de los expedientes para que tanto los despachos como las partes se tenga acceso a los mismos”

Que dada la fecha del juicio, se le informó al a quio, que no ha sido posible tener acceso al expediente virtual ni físico a fin de analizar cada una de las piezas procesales para ejercer técnicamente el derecho de defensa como tal en toda su extensión tal como la contradicción a las pruebas, los recursos de ley y como herramienta útil para la construcción de las alegaciones como etapa fundamental en el proceso.

Por lo anterior se solicitó al despacho que reprogramara la audiencia en la cual se citan las partes a la luz del artículo 373 del C. G. P. y no sin antes digitalizar el expediente en el Tyba para tener el libre acceso a cada una de las piezas procesales.

Lo anterior para que sea garantizado el magno derecho a la defensa que es de rango constitucional.

Adjunto pantallazo donde la consulta al proceso remite al Juzgado.

2.- La sentencia fue proferida fuera de todo marco legal y constitucional, con el desconocimiento de la prejudicialidad o suspensión del proceso:

La presunta falsedad en el que se ha cuestionado el poder mediante el cual se suscribió la escritura pública objeto de nulidad, respecto a dicho mandato, en la fiscalía 45 en el SPOA número 080016001257201601141, se ventila la mencionada investigación penal la cual tiene como objetivo determinar si existe o no uniprocedencia entre las firmas que como de la señora Patricia Esther Bermejo Castillo aparecen estampadas en la escritura pública No4250 de noviembre 4 de 2015, es decir sólo se investiga si existe o no falsedad material en dicho documento el cual es la matriz de este proceso, más no se ha hecho juicio sobre ello.

Me permito sustentar además frente a este reparo:

Además de lo anterior, es palmario que la investigación de carácter penal instaurada temerariamente por la actora contra la demandada por la presunta falsedad del documento que en otrora se discute en este escenario, donde es evidente que no se ha establecido una resolución de acusación y mucho menos una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, y en Colombia por precepto constitucional se presume la inocencia hasta tanto no se haya declarado culpable.

Honorables magistrados, es evidente y protuberante tal aspecto en este debate, pues es el Juez penal el juez natural para decidir tal falsedad por tales razones no se demuestra en este proceso los cargos que se enrostran en el libelo demandatorio.

Analizadas las razones enarboladas, la Juez quinto Civil del Circuito Oral de Barranquilla, debió decretar la suspensión del proceso tal como se le solicitó por la parte demandada ya que la prueba que sirvió de columna argumentativa del fallador de primera instancia proviene de un proceso penal del cual aún no se ha proferido resolución de acusación ni las partes demandadas han sido objeto de juzgamiento, por lo que se desconoce así mismo el debido proceso probatorio, y ante la eventual absolución en el escenario penal traería como consecuencia una incertidumbre jurídica, además de ello es el Juez penal el Juez natural para decidir o determinar si la falsedad se configura o no en dicho documento máxime cuando hay unas medidas de suspensión del poder dispositivo registrada en la tradición del predio, por ello la decisión de del a quo fue apresurada y no tenía otra alternativa jurídica que suspender el proceso al dictar sentencia, pues desconocer tal aspecto es violar protuberantemente el debido proceso como principio superior de jerarquía constitucional.

Por otro lado, el precedente decantado en la Sección Primera del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Sección Primera, **Sentencia 05001233300020130129001, Mar. 02/16**, explicó que la suspensión del proceso por prejudicialidad:

"...hace referencia al derecho que tienen las partes de solicitar la medida debido a la existencia de uno o varios procesos que guardan íntima relación con el objeto que se debate en el proceso que se pretende suspender.

En este evento, agregó, es necesario esperar que los otros asuntos se decidan para evitar decisiones contradictorias, o la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, le soliciten al juez la suspensión del proceso.

En la primera hipótesis, la figura se presenta cuando la decisión que debe tomarse en un determinado asunto depende de la que debe adoptarse en otro, por lo que la toma

de la decisión se suspende hasta que se resuelva ese otro aspecto con incidencia directa y necesaria sobre el fallo que se va a dictar.

Para que sea procedente la suspensión del proceso por prejudicialidad, es necesario que este se encuentre en etapa para dictar sentencia y, a su vez, que el proceso con el que se guarda íntima relación no haya concluido, pues no tendría sentido suspender el proceso cuando en el otro ya se profirió sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada”.

3.-La parte demandante no cumplió con la carga probatoria:

Analizado el arsenal probatorio, es a la parte actora quien acusa el acto jurídico de viciado, por ello es ella quien debe cumplir con dicha carga probatoria de conformidad con el artículo 167 del C. G. P. pues por principio general la buena fe se presume la mala toca probarla.

Sustento este reparo en los siguientes términos:

Señala el legislador claramente en el artículo 167 del C. G. P. que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

La sentencia se sustenta su construcción argumentativa en una prueba pericial que no ha finiquitado su proceso de análisis en la justicia penal, es decir aún no ha sido valorada ni por el investigador bajo los controles del juez de control de garantía y mucho menos por el fallador en juicio, es decir no ha cumplido con los presupuestos formales para ser apreciada en toda su extensión, por lo que no se ha cumplido frente a ella un debido proceso probatorio para ser apreciada en este escenario probatorio, y ala luz del artículo 164 Ibídem, “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*”.

Si bien, el despacho ofició a la fiscalía 45 para que remitiera copia del dictamen practicado dentro del SPOA número 080016001257201601141, el cual tiene como objetivo determinar si existe o no uniprocedencia, dicha prueba no se tramitó por a quo conforme a las reglas propias del juicio, ya que el señor BERMEJO no ha sido citado en el proceso penal, es decir la pericia se hizo sin constitución de audiencia de la contra parte, y mucho menos fue practicada en fiscalía por la solicitud del demandado, por en de se desconoció por completo las reglas de la prueba trasladada, tal como lo traigo a relación en la siguiente premisa normativa del artículo 174 del C. G. P., el cual reza:

“ARTÍCULO 174. PRUEBA TRASLADADA Y PRUEBA EXTRAPROCESAL. *Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.*

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.”

Es decir, el perito no fue citado por el despacho y mucho menos fue sometido a las reglas de contradicción, violándose flagrantemente el derecho a la defensa y el debido proceso no solo eminente mente procesal sino probatorio. Y las reglas de la prueba trasladada exigen que para que la prueba tenga validez contra quien no se ha constituido audiencia de su parte debe someterse a las reglas de la contradicción, cosa que no se hizo por el juez de primera instancia.

Quiero señalar que el **ARTÍCULO 228 Ibídem predica a cerca de la CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN lo siguiente:** *“ La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.*

Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave”.

En este orden de ideas quiero destacar que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que la ley le impone como presupuesto, toda vez que la prueba pericial proveniente de la Fiscalía columna del debate está viciada de forma y fondo y toda prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, por ello no debido ser valorada.

4.- La prueba pericial debe restársele mérito probatorio, puesto que, según se observa en la pericia, el poder que fue objeto de análisis la muestra fue tomada de una copia del poder, mas no del original:

La prueba según se observa en la pericia que el poder que fue objeto de análisis era una copia, mas no era el original, tal como se observa en la experticia, lo que lo convierte en una prueba dudosa, o un falso positivo, por lo que la hace no creíble y mucho menos segura, con conclusiones falsas, desatinadas, por lo que no puede dársele un valor probatorio por falta de contundencia.

Sustento este reparo en los siguientes términos:

Quiero destacar que el fallador de primera instancia erró al apresurarse en la valoración de la prueba por varias razones:

i), primero por no darle paso a la prejudicialidad, esto es, esperar que el juez penal falle sobre el particular para que determine si existe o no falsedad, y evitar incertidumbres con posibles fallos adversos

ii) Por no someter la prueba pericial a las reglas de la prueba trasladada, esto es, hacer la contradicción del dictamen, interrogar al perito de Fiscalía, correr traslado de dicha prueba.

li) La prueba pericial en su contenido sustancial no se aportaron documentos contemporáneos con la posible firma del poder para mayor transparencia de la misma, pues la simple toma de muestra de firma de la demandante después de instaurar la denuncia, es un acto que la contamina en su esencia, ya que la posible denunciante puede estampar sus manuscritos de forma premeditada para alcanzar disyuntivas o divergencias con la presunta firma dubitada, lo diáfano es que se hicieran los comparativos con las firmas que el perito llama indubitadas que deben ser las que se aporten al proceso es decir, las plasmadas por la demandante contemporáneas con el acto jurídico cuestionado (es decir múltiples firmas o documentos suscritos en dicha fecha), donde no existían preparaciones para el juicio, por ello la prueba no es pura, ni cristalina, sino viciada tanto de forma como de fondo, (si es que se les puede llamar indubitadas, ya que fueron tomadas con prejuicios de la firmante) y el hacer un juicio de valoración a priori o alegre sobre la misma, sin ningún esfuerzo de análisis, se ha llegado a una injusta valoración y a un fallo fuera de todo foco jurídico incurriéndose además en vía de hecho.

iv) si bien la prueba pericial fue traída de un proceso penal, al incorporarse en un escenario civil, no debe desconocer los presupuestos que señala el artículo 226 y 228 del C. G. P., como requisitos del peritos para la validez de dicha prueba, además si dicha prueba no es ratificada por el perito pierde toda validez probatoria, y el a quo, no llamó al perito a ratificar y ha ser interrogado por las parte de su experticias, máxime cuando no había sido realizada con audiencia de la contraparte.

5.-En el fallo cuestionado, no se hicieron los ANALISIS DE LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA RESPONSABILIDAD.

Sustento este reparo de la siguiente manera:

Para determinar los elementos que enrostran la falsedad que conllevan a nulitar un acto jurídico tales como:

i) **LA CULPA** como un elemento determinante de la responsabilidad civil, pues es claro que la estructura de la decisión es a forme, pues este elemento axiológico no ha sido plasmado en la decisión de fondo .

ii) **NEXO DE CAUSALIDAD:** toda vez que las pruebas referidas en mi alegoría dan voces que no existe un punto de convergencia entre la culpa de mi prohijado(a) y el daño producido a la presunta demandante, puesto que lo expresado en el interrogatorio por la demandante, no proporciona otra cosa que sus afirmaciones de lo que demanda, pero no corroboran con otros elementos probatorios, pues, la falsedad material que se enrostra y que busca nulitar con ello el acto jurídico contenido en la

escritura pública la escritura pública No. 4250 de noviembre 4 de 2015, a ninguna vista se demuestra que haya cometido falsedad, ni ha sido Juzgado por juez penal que diga tal afirmación y máxime cuando la investigación penal aún no se ha proferido resolución de acusación.

iii) No se trata en el fallo el tema sobre EL DAÑO: Que además no se demuestra en el debate probatorio el perjuicio causado, puesto que el acto jurídico contiene una venta de un lote de terreno, que hoy en día contiene una edificación, y lo que busca la demandante es que se le entregue una vivienda de dos pisos cuando ella misma confesó que era un lote de terreno.

Por estas razones esgrimidas pido al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial que en alzada revoque en todas sus partes la sentencia recurrida y en su lugar, se dé paso a las excepciones planteadas y se condene en costas causadas a la parte demandante.

De esta manera doy por presentados los reparos del fallo y sustentado dicho recurso de apelación interpuesto.

Desde ya me reservo el derecho a ampliar la sustentación de los reparos al fallo

Sírvase admitir dicho recurso y darle trámite de ley.

De usted, atentamente:



GUILLERMO CESAR FONTALVO CHARRIS
C.C 3'735.794 de Palmar de Varela
T.P. No. 108931 del C.S.J.