

Señor
Honorable Magistrado Ponente
JUESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ
Tribunal Superior – Sala Civil – Laboral - Familia.
E. S. D.

Referencia: Proceso Ejecutivo Singular de **HERNAN ELIAS OSORIO VILLERO**, contra **DUSAAKAWI – EPS – I.**

Radicado: **2015 – 00438 – 00.**

JORGE LUIS MAZIRI RAMIREZ, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional 166.491 del Consejo Superior de la Judicatura, identificado con la cédula de ciudadanía 17.975.797 expedida en Villanueva – La Guajira, en mi condición de apoderado del ejecutante señor **HERNAN ELIAS OSORIO VILLERO**, respetuosamente llego a su despacho, dentro del término y la oportunidad legal, a efecto de describir el traslado para **SUSTENTAR RECURSO DE APELACION**, interpuesto dentro del proceso de la referencia, argumentos sustentario que me permito poner a su digna consideración en los siguientes terminos:

LOS MOTIVOS DE LA INCONFORMIDAD

En estricto cumplimiento a las reglas del artículo 322, numeral 3, del Código General del Proceso, al momento de proponer el recurso de apelación contra la Sentencia, manifieste al despacho que **los reparos concretos a la decisión, y sobre los cuales versaría nuestra sustentación ante esta Honorable Sala del Tribunal, fueron precisados concretamnte en lo que tiene que ver con:**

1. En la Sentencia objeto de recurso, mediante la cual la **Juez Primero Civil Oral del Circuito de Valledupar**, declaró probada **LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO SUBYACENTE**, se desconoció de manera injustificada la normatividad comercial y procesal, relacionada con la **naturaleza jurídica de los títulos valores y sus efectos en materia probatoria**, al punto de implicar o desconocer sin ningún tipo de sustentación jurídica, **la literalidad del título ejecutivo**, radicando en cabeza del acreedor la carga de la prueba acerca de existencia del negocio subyacente frente al derecho de crédito incorporado en el

pagaré base de la ejecución, convirtiendo el juicio ejecutivo en uno de carácter declarativo, ignorando que la normatividad que regula la literalidad (art 626 Código de Comercio) lo que pretende es que los títulos valores, expresen a plenitud el derecho de crédito en ellos incorporados (El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia).

2. Igualmente, es motivo de reparo o inconformidad con la sentencia de fecha junio 21 de 2018 objeto de apelación, el hecho cierto, de haberse omitido la valoración pruebas documentales aportadas por el ejecutante, mediante las cuales se acreditaba plenamente el conocimiento y consentimiento de los miembros del consejo directivo de La ASOCIACION DE CABILDOS INDIGENAS DEL CESAR Y LA GUAJIRA DUSAKAWI EPSI, en relación con los préstamos de dineros que realizó el ejecutante a la entidad ejecutada a través de su representante legal. Pruebas que tienen el potencial de desvirtuar el fundamento de la decisión apelada, incurriéndose en defecto factico, el cual se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, que, en el caso concreto, resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente.
3. De la misma manera se reprocha de la sentencia mediante la cual se decretó probada la **EXCEPCION DE INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO SUBYACENTE**, el hecho que la **Juez Primero Civil Oral del Circuito de Valledupar**, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados tales como haberse establecido plenamente la entrega del dinero producto de los distintos mutuo que el ejecutante hiciera a la ejecutada y el destino que de dicho dinero hizo la EPSI, en contra de dicha evidencia probatoria, decidió separarse por completo de los hechos debidamente probados, para luego afirmar en la sentencia que "no existe evidencia que el dinero prestado hubiere ingresado a las cuentas de la ejecutada" todo ello fundamentada en unos documentos (estados de cuenta de la EPSI) que por su naturaleza carecen de vocación para declarar probada la excepción de **INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO SUBYACENTE**, por cuanto fue la misma Juez Primero Civil Oral del Circuito de Valledupar, quien encontró probado la entrega del dinero y el destino dado a los mismo por la ejecutada, pero más grave aún, a través de dicha prueba resultaba imposible deslegitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo incorporado en el título valor base del recaudo ejecutivo.
4. Otro aspecto de nuestro reparo o inconformidad, lo constituye el hecho que la señora Juez Primera Civil Oral del Circuito de Valledupar, al proferir la sentencia objeto de apelación, le otorgue mayor preeminencia a los estatutos que rigen a la demandada, antes que a los medios probatorios anexos al expediente que prueba

de manera nítida que fueron los mismos miembros del consejo directivo quienes se acercaron hasta mi representado para avalar los créditos, incluso, que para firmeza y credibilidad a las operaciones de los créditos, le suscribieron cada uno de ellos, un pagare en blanco, lo que constituye hechos positivos que dieron lugar a que mi representado pensara que el representante legal estaba autorizado para crear el título ejecutivo.

Al desconocer la prueba documental sobre el conocimiento de los miembros del consejo directivo de los créditos que hizo mi representado a la ejecutada, y privilegiar la aplicación de los estatutos, la señora juez, desconoció de manera injustificada la normatividad comercial especialmente la contenida en el artículo 640 del Código de Comercio.

Artículo 640 Código de Comercio.

Cuando el suscriptor de un título obre como representante, mandatario u otra calidad similar, deberá acreditarla.

La representación para suscribir por otro un título-valor podrá conferirse mediante poder general o poder especial, que conste por escrito.

No obstante, quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos en su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor.

Nuestros motivos de inconformidad, se fundamentan esencialmente, al desconocimiento por parte de la A – quo, de la normatividad comercial y procesal, relacionada con la naturaleza jurídica de los títulos valores y sus efectos en materia probatoria, al punto de implicar o desconocer el elemento esencial de literalidad del título ejecutivo, yerro jurídico sobre la cual edificò los fundamentos de la decisión mediante la cual declaró probada **LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO SUBYACENTE**, propuesta por la parte por la ejecutada.

Sostuvo la A – quo.

Al estudiar la estructura de Dusakawi, observamos que esta regida por una estructura que esta integrada por su Junta Directiva y Gerenciada por el Representante legal, y se pudo establecer cuales son los protocolos para adquirir obligaciones. Y se pudo establecer cuales son los protocolos, los requisitos de validez para adquirir obligaciones, y sea lo primero determinar como cualquier persona juridica, que para hacer este tipo de Mutuo, sobre todo tratandose de sumas como la que hoy nos ocupa de 390 millones de pesos, necesita la

autorización del Órgano Recto, y vemos aquí, inclusive de las pruebas emanadas del mismo demandante, como es la prueba del Médico PEDRO MENDOZA MIELES, quien fue Coordinador Médico de la Empresa, quien nos manifiesta que fue él, personalmente recibió de manos del señor HERNAN OSORIO, dineros, pero que esos dineros fueron utilizados no para su propio interés, ni del gerente, ni de la Junta Directiva, sino para apaciguar y enfrentar obligaciones que había contraído la empresa. **Este despacho reprocha** la manera tan coloquial y la forma folklórica en que fueron manejados estos dineros al interior de una empresa de salud. Reprocha el despacho esta manera de hacer uso a estos dineros. Efectivamente con estos testigos, o el testimonio de PEDRO MENDOZA MIELES, se pudo establecer que según su dicho verbal y oral, efectivamente esos dineros ingresaron a la empresa, y que en ocasiones nos decía el testigo, en ocasiones no. Decía el testigo que esos dineros venían autorizados por el gerente o subgerente. Pero de ello, no existen pruebas. Es más, el testigo nos dice que él, no reconoce 390 millones como suma concreta, ya sabemos que un proceso ejecutivo debemos tener. **Si bien cierto tenemos EL PAGARE y el despacho Libro Mandamiento de Pago. Se logró desvirtuar de manera positiva, como estos dineros entran a una empresa de salud.** Como esto parece más bien una cosa entre tenderos, entre particulares, entre la compra de una cosa, de un artículo particular. Bien le estábamos hablando de dinero de una empresa de salud. **No entiende el despacho** como este testigo, y ahora valora esta prueba y **finalmente poder tener certeza** en este asunto.

Por otro lado tenemos también la declaración del señor DARIO FRAGOZO, también funcionario de la Empresa, y él nos dice que primero se hacían los préstamos y después se legalizaba. **Tampoco entiende este proceder,** y esta falta de orden de organización en una empresa jurídica de derecho privado. dice que conoce al señor ENOC CLAVIJO, y él dice que en una Junta directiva, él autorizó el pago de dichos dineros. Tampoco sabe de cuanto se trata, pero le consta esto, pero de ahí a que él nos cuente su fundamento, el documento, el acta emitida por la junta no existe aquí, no la tenemos. Bien esto como pruebas testimoniales, y que esos son solicitados por el demandante donde efectivamente el objeto es determinar la Certeza de la entrega del dinero y el destino dado por la Empresa.

Entonces si bien es cierto, se pudo determinar la entrega de dinero, pero la entrega de dinero en forma informal. Sino por el dicho de las personas, y sabemos como se maneja sobre todo a nivel de empresa, como lo dije anteriormente rubros, dineros, acreencias y no de la manera como se hizo entre personas "toma esta plata, tu haces esto y después autorizamos". Por favor.

Bien. Y tambien el destino no podìa decir el testig. El destino no lo podìa decir el testigo. El destino y la entrega debìa hacerce por los canales de organizaciòn de una empresa y especificamente Dusakawi. **Son estas las pruebas obrantes en este proceso,** luego entonces tenemos que esta excepciòn de la Inexistencia del negocio juridico esta llamada a prosperar, y ello con fundamento al acervo probatorio. Como lo dijimos al principio el titulo reúne los requisitos del Còdigo General del Proceso. Me dice el abogado de la parte demandada que vuelvo y estudio para llegar a estas alturas ya hemos hecho la revisiòn de ese documento crediticio porque si dentrada le encontramos alguna falencia, ni nos desgataríamos con las excepciones. Pero como està en debida forma, el despacho decidiò estudiar todas y cada una de las defnsas tal como se enunciaron anteriormente.

Pero revisados los principios rectores o caracteriscas generales fijadas en el articulo 619 del Còdigo de Comercio que le diò origen, se advierte sin mayor exegisis **que es inaplicable la literalidad del documento** y que tambien muy a pesar de ello, **el acreedor tampoco cuenta con el derecho que reclama.**

No existe duda tal como lo alegò el ejecutado que el señor HERMAN ELIAS OSORIO figura como acreedor del titulo valor, pero se evidencia nitida y claramente que la Asociaciòn de Calbidos Indigenas del Cesar y la Guajira Dusakawi EPS – I, no es deudora de tal obligaciòn, y esto se tiene de la documental allegada por el demandante con relaciòn al estado de cuentas de la EPS.

Si tenemos en cuenta la fecha de suscripciòn del titulo del primero (I) de enero de 2011, no se evidencia que el dinero prestado hubiere ingresado en las cuentas, si bien existe una relaciòn de debitos y crèditos desde el año 2011, no se evidencia por ninguna de ellas, que las suma que hoy ejecutan se encuentren en las cuentas. Se hizo revisiòn por parte del despacho del 2011, y por ningùn lado existe el ingreso a la empresa Dusakawi de 390millones de pesos. Esto le dà claridad al despacho. Adempas tampoco se encuentra aportado el negocio juridico que debìo dar origen al prestamo de dinero, ni la autorizaciòn del consejo directivo como dije anteriormente, si bien en atenciòn a los estatutos portados por Dusakawi como empresa de salud que administra los recursos provenientes del regimen subsidiados del sistema general de Seguridad Social para los indigenas que en su gran mayoría esta constituida por sus representantes legal y un consejo directivo, que como insisto, quienes debìa autorizar al gerente para recibir en mutuo o cualquier otro titulo con garantìas reales, prendarios, hipotecaos o personales, asi lo dice el articulo 19 de los estautos que el despacho se diò a la tarea de estudiar. **Por lo que para la suscripciòn del pagarè que hoy se reclama, debiò**

dicho negocio jurídico, y contar además la autorización previa. Estatutos que fueron presentados y nunca fueron tachados de falsos. En consecuencia el despacho tiene las normas que rigen la empresa Dusakawi.

Vamos un poco más atrás en donde el señor **HERNAN ELEIAS OSORIO**, recordò que mantenía una relación comercial con Dusakawi EPS, la cual da cuenta de un historico financiero aportado, pero al estudiar el mismo, por ninguna parte se evidencia como lo dije, dineros, ingresos de dinero a la EPS para la fecha de suscripción del pagarè. En este punto es preciso recordar, que el interrogatorio de parte no es propiamente un medio probatorio, sino esenario para propiciar la confesión judicial.

Es probable y el despacho no es ageno a ello, de que el señor OSORIO, haya hecho prestamos, pero a nivel oficial y que hayan ingresados legalmente a la empresa Dusakawi como lo demanda la norma que rige a la empresa que son sus estatutos, el despacho tiene la certeza que es así. Y recordemos que estamos entre un posible negocio jurídico entre particular, persona natural perdòn, y una persona jurídica de derecho privado, que contiene una norma y un cuerpo rector que lo dirige.

Asi las cosas como la participación de la Asociación de Cabildos Indigenas Dusakawi EPS – I, no se encuentra probaa dentro del plenario de forma clara, carece de legitimidad por pasiva para cobrar la obligación. Si carece de legitimación para cobrar esta obligación, maxime cuando no exuste el negocio jurídico subyacente a la suscripción que recauda, tal como los probò la parte demandada.

En suma al ser inexistente un negocio juridico entre las partes, el ejecutante a pesar de estar asistido del titulo, al evidenciarse la ausencia de este negocio que diera origen a la obligaicòn dineraria documentada en el pagarè, no cuenta con legitimación para emprender la acciòn ejecutiva contra la asociaciòn de Cabildos Indigenas Dusakawi, de ahì que le asista razòn al ejecutado y por ello habrà de ordenarse que cese la ejecuciòn.

estaban llamada prosperar, conclusiones a las que llegó producto de una inadecuada valoración probatoria de los distintos medios probatorios recaudados y aportados al proceso, e igualmente de una erronea e indebida interpretación de los fundamentos facticos y juridicos que sirvieron de fundamentos a cada una de las excepciones propuesta, como seguidamente me permitire demostrarlo.

Tal como lo hemos señalado en los reparos concretos a la decisión, y que en esta oportunidad me permito sustentar, la A – quo al decidir de fondo el asunto mediante Sentencia de fecha **16 de Diciembre** de 2015, de manera erronea e indebida interpretò de los fundamentos facticos y juridicos de cada una de las excepciones, dándole un alcance que no corresponde a lo jurídicamente planteado **por esta defensa**, para luego, amparada en una muy pobre y sesgada valoración probatoria de las pruebas aportadas y recaudadas durante el juicio, descalificar nuestros argumentos con la sacramental frase “No le asiste razon al excepcionante” y en su lugar, ordenar seguir adelante la ejecución, sin hacer pronunciamiento claro y expreso sobre todas las excepciones que oportunamente se formularon, además de omitir de realizar examen crítico al valorar en su conjunto las pruebas con las explicaciones razonadas de las conclusiones sobre ellas.

Tal como quedo consignado en el audio de la audiencia del fallo recurrido, previo a resolver las excepciones planteadas la A – quo, y luego de establecer el marco legal sobre el cual versaría el sentido del fallo, procedió a resolver las excepciones de la siguiente manera:

1. **Excepción de Ausencia de Notificación de la Cesión Ordinaria de los Deudores por parte del Ejecutante - Cesionario.**

Al resolver de fondo esta excepción, la A – quo, haciendo total abstracción a los fundamentos planteados por la defensa, decidió negarla, partiendo de la errónea interpretación de la normatividad que utilizó para sustentar su decisión, es decir, los artículos 660, 887, 888 del Código de Comercio.

Sostuvo la A – quo.

“El endoso que un título valor a la orden o equivalente, basta para que el endosatario sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato sin necesidad de aceptación. En consecuencia como quiera que el artículo 660 establece como efectos del endoso posterior al vencimiento de los efectos de aquella que surgan de la cesión ordinaria sin afectar la validez del acto de transferencia o someter el ejercicio de la acción cambiaria a la aceptación de cedido por ser connatural a ello la circulación. En consecuencia la excepción no está llamada a prosperar.” *Negrillas y subrayado fuera del texto.*

Como puede observarse, la decisión de la A – quo, nada tiene que ver con los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios de lo planteado en las excepciones, pero además le imprimió un alcance jurídico que no tienen, a las normas citadas por ella misma.

Desconoció la A – quo, que en esta excepción es que por el hecho cierto y admitido probatoriamente, de haberse realizado el endoso en propiedad con posterioridad al vencimiento de la obligación, los efectos derivados de ese hecho, sería los de una cesión ordinaria, y en consecuencia, si surgía para el ejecutante – tenedor, la obligación de notificar a los deudores de dicha cesión ordinaria, conforme como lo ordena el artículo 1960 del Código Civil, sin embargo, la A – quo, sin el más mínimo análisis, y apoyada en normas que no le son aplicables al caso, me refiero a los artículos 887, 888 del Código de Comercio, puesto que dichas normativas se refieren a la cesión de contratos mercantiles, que no es el caso que nos ocupa,

ARTÍCULO 887. CESIÓN DE CONTRATOS. *En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

ARTÍCULO 888. FORMAS PARA HACER LA CESIÓN. *La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito.*

Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro.

Si el contrato *consta en un documento inscrito que, a pesar de no ser título-valor, esté otorgado o tenga la cláusula "a la orden" u otra equivalente, el endoso del documento **bastará para que el endosatario se sustituya al endosante en las relaciones derivadas del contrato.*** Negrillas y subrayado fuera del texto.

No obstante lo anterior, la A – quo, a pesar de encontrarse debidamente probado, por el hecho de haberse realizado el endoso en propiedad con posterioridad al vencimiento de la obligación, el asunto debía tramitarse como una cesión ordinaria, la cual para que produjera efectos contra los deudores o terceros, debió haber sido notificada a estos, por parte del cesionario al deudor y ser aceptada por este, cosa que no ocurrió, y así se demostró con la misma confesión del ejecutante, sin embargo la A – quo, contrariando claros mandatos legales le mantuvo al ejecutante, la calidad de endosatario en propiedad, tal como lo expresa la A – quo, cuando afirma.

*“El endoso que el señor MARIO BOSA SOTOMAYOR, hizo al ejecutante ALVARO VERGARA OYOLA, estuvo de acuerdo a la ley de circulación, y **si es bien cierto se declaro confeso del posterior al vencimiento**, dicho acto legitima al tenedor para demandar a su favor el cumplimiento de la obligación vencida. **Con esto queda claro la legitimidad para demandar el título por parte del demandante.**”* Negrillas y subrayado fuera del texto.

Más claro no puede resultar los evidentes errores procedimentales de la A – quo, en los cuales fundó su decisión de negar la prosperidad de la excepciones, motivo por el cual solicito a la Honorable Sala, sea decretada la prosperidad de la misma.

II. Excepciòn de No Ser el Ejecutante un Tenedor de Buena Fe Excenta de Culpa.

Al resolver la presente excepciòn, si algo se puede resalta de los fundamentos para negar su prosperidad, indudablemente es la pobreza argumental, la ausencia de ponderaciòn y sinderisis de la A – quo, para llegar a conclusiones que no corresponden ni a lo planteado, mucho menos a la realidad probada en este asunto.

Dijo la A – quo.

*“Con esta excepciòn se dejo claro que el endosatario o tenedor es un profesional del derecho que aceptò el endoso a sabiendas de que ya se encontraba vencida, con la finalidad de evitar la prosperidad de las excepciones que podian proponerse contra el endosante. **Pero estos planteamientos no pueden ser tampoco de recibo,** en la medida en que ya quedo explicado que el endoso puede hacerse validamente despues del vencimiento. Ademàs uno de los efectos de la cesion posterior al vencimiento es precisamente que el cedido podrà proponer todas las excepciones que se funden en las relaciones que tuvieron con el endosante. **Por lo que no hay ninguna razòn para aceverar que la intensiòn de los contratantes fue evadir las garantias de defensa de los cedidos.**”* Negrillas y subrrado fuera del texto.

Contrario a lo afirmado por la A – quo, la excepciòn planteada tecnicamente conocida como EXCEPTIO DOLI, que se constituye como el remedio equitativo mediante el cual se denuncia la existencia de un tráfico ilícito o anormal, **cuya protecciòn no puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico**, pero en este caso, dicha protecciòn podrìa verse desdibujada si acatamos los argumento de la A – quo, al resolver la excepciòn con la simplicidad con que se resolviò, sin siquiera tomarse el trabajo previamente a la desìon, de por lo menos enterarse, si nuestros argumentos contaban con algun respaldo probatario (especialmente lo declarado por el señor **MARIO BOSA SOTOMAYOR**) que le permitiera mas o menos acertar en su desìon, y no conformarse con sus propias sensaciones que le llevaron a concluir que **“no hay ninguna razòn para aceverar que la intensiòn de los contratantes fue evadir las garantias de defensa de los cedidos”**, cuando con la sola declaraciòn de **MARIO BOSA SOTOMAYOR**, quedo perfectamente demostrada la **grave negligencia** del Tenedor – Ejecutante, quien muy **a pesar de tener**

la formación suficiente y el conocimiento específico, aceptò un endoso en propiedad con la intensiòn de limitar el ejercicio de la defensa de los ejecutados.

No resultan casual, ni de poca monta, la confesiòn de manera solemne bajo el apremio del juramento, hiciera el señor BOSA SOTOMAYOR, al ser interrogado por el suscrito sobre lo siguiente:

Minuto 58:02 del audio de la audiencia inicial. Preguntado: Porque razòn, si en el acuerdo economico que se acepta haber firmado y del cual surge el titulo valor, se estableciò que la fecha de vencimiento de la obligaciòn era el 15 de enero 2015. Indiquele a este despacho porque razòn se consigno en el titulo para la demanda una fecha distinta a esa.

Respondiò: “YO NO MANEJO EL TEMA DE LA DEMANDA. YO NEGOCIE UNA LETRA CON EL SEÑOR ALVARO, EN LA PARTE JURIDICA NO TENGO IDEA”.

De la respuesta anterior, surge el interrogante, Si el señor **MARIO BOSA SOTOMAYOR, EXPRESA QUE** “LA PARTE JURIDICA NO TENGO IDEA”, y en sus propias palabras manifiesta haber solamente “NEGOCIE UNA LETRA CON EL SEÑOR ALVARO”. Entonces ¿QUIEN LLENO LA LETRA?.

Los anteriores son interrogantes que la A –quo debiò resolver con fundamento en las pruebas legalmente aportadas, y no limitarse afirmar que no habìa ninguna razòn para aceverar que la intensiòn de los contratantes fue evadir las garantias de defensa de los cedidos, porque si es bien cierto el señor **BOSA SOTOMAYOR** se declaro confeso ignorante en los temas jurídicos, probado si se encuentran las excelsas calidades profesionales del doctor **VERGARA OYOLA**, quien por el solo hecho de acudir al proceso como **ENDOSATARIO EN PROPIEDAD**, a sabiendas que el mismo se habìa realizado con posterioridad al vencimiento de la obligaciòn, ya constituye por ese solo hecho un acto negligente, y culposos.

En el sub lite, se materializa esta excepción, en el hecho cierto, que el endosatario – tenedor, es un destacado profesional del derecho, con amplias experiencia en la materia mercantil, conocedor como ninguno de todo lo relacionado con el proceso de ejecuciòn, quien no obstante todas las calidades profesionales que le adornan, aceptò el endoso en propiedad de un título valor, a sabiendas que la obligaciòn ya se encontraba vencida, pues ello, era

evidente con la simple observación del **ENDOSO EN PROCURACION** que previamente había hecho el endosante, y que revoco, para realizar el **ENDOSO EN PROPIEDAD**, circunstancias estas, que le permitían saber, dada sus excelsas calidades profesionales y experimentado litigante, que de esta manera se evitarían la prosperidad de las excepciones que el deudor podía proponer contra el endosante, en este aspecto es importante resaltar que en el tráfico correcto exige que en tales circunstancias el adquirente conduzca unas indagaciones mínimas y se cerciore de que el deudor no va a salir perjudicado, sobre todo si tiene fácil acceso a él y el importe de la cambial es sustancial.

Por todo lo anterior, ninguna razón jurídica le asiste a la A – quo, al negar la excepción que en estos momento demanda nuestra atención, en consecuencia debe ser revocada.

III. Excepción de Abuso de Firma en Blanco o Integración Abusiva Del Título Valor Base del Recaudo Ejecutivo.

Sorprende que la A – quo, en esta oportunidad no desconozca los verdaderos efectos de la **CESION ORDINARIA**, para en su defecto darle al ejecutante el trato de **ENDOSATARIO EN PROPIEDAD**, y poder facilitar olímpicamente la decisión de **ABSTENERSE A RESOLVER LA EXCEPCIÓN**, desconociendo incluso las propias confesiones del ejecutante:

“Señora Juez, lo que me consta de lo planteado por la defensa y debo confesarlo, porque mi deber es decir la verdad. Debo **CONFESAR** para los efectos que se desprendan de ahí, que el endoso que se me hizo en propiedad del título valor, fue posterior al vencimiento, desembogue en las consecuencias que desemboguen,”

Significa lo anterior, que la excepción era oponible al ejecutante dada su calidad de Cesión Ordinaria en que se había transformado el endoso en propiedad, sin embargo la A – quo, decide sin ninguna justificación legal, abstenerse a resolver la excepción como si la misma no fuera oponible al ejecutante.

Aun cuando la A – quo, se haya negado resolver la excepción planteada, no existe la mas minima duda por cuanto se encuentra debidamente PROBADO, que el titulo fue **ABUSIVAMENTE INTEGRADO** para luego presentarlo como titulo de recaudo, ello se advierte con la Imagen de la Letra en Blanco, en donde se aprecia que los unicos espacios diligenciado corresponden a la fecha de creaciòn, y el valor del titulo, es decir, **NUNCA ESTABLECIERON EN EL TITULO FECHA DE EXIGIBILIDAD**, como se puede apreciar en la imagen del titulo valor que reposa en la contestaciòn de demanda.

sin embargo, si la intenciòn de parte de quien integrò el titulo valor, se hubiera fundado en el lo previsto en el documento conocido en el expediente como “**ACUERDO ECONOMICO**” lo correcto hubiere sido, que se hubieren acatado **LAS INSTRUCCIONES PREVISTA EN DICHO DOCUMENTO**, en el cual **CLARAMENTE** se aprecia que la fecha de exigibilidad de la obligaciòn **ES EL DIA 15 DE ENERO DE 2015**, de tal manera que era esa fecha y no otra, con la cual se debìa integrar el titulo valor, pruebas que se constituyen irrefutables, y que obligaban a la A – quo, a declarar probada la excepciòn denominada **Abuso de Firma en Blanco o Integraciòn Abusiva Del Titulo Valor Base del Recaudo Ejecutivo**.

Es esta una excepciòn debidamente probada, vuelvo y repito, con **PRUEBAS IRREFUTABLES**, por lo tanto, ninguna razòn le asistìa a la A – quo, para negarse a pronunciarse respecto de ella.

IV. Excepcion Derivada del Negocio Juridico Que Dio Origen a la Creaciòn o Transferencia del Titulo Ejecutivo Base del Recaudo Ejecutivo.

En este asunto se encuentra suficientemente decantado con pruebas plenas, que el titulo valor tuvo su origen en el negocio jurídico de compraventa del predio denominado **URABA**, que el señor **_JHONNIS ALBERTO RODRIGUEZ VIANA** le habìa prometido en venta al señor **MARIO BOSA SOTOMAYOR**, quien luego de una larga discusiòn por una diferencia del numero de hectareas, exigiò o mejor como lo expreso en audiencia Presionò a los ejecutados para que les firmmaran el referido titulo valor que sirve en este proceso de base de recaudo ejecutivo.

Probado se encuentra abundantemente con documentos publicos que no fueron tachado de falso, que posterior a la suscripciòn del titulo, el Instituto Geografico Agustin Codazzì, luego de verificar las cabidas reales del predio,

determino que la extensión superficiaria de este es de 300 hectareas, pero al margen de lo anterior, debidamente se encuentra probado igualmente que con posterioridad a la suscripción del título, y del denominado **ACUERDO ECONOMICO**, el señor **BOSA SOTOMAYOR**, aceptó que la venta por **TRECIENTAS (300) HECTAREAS**, pero además convino y así acepto, que dicha venta se hacía como **COMO CUERPO CIERTO**, tal como consta en la Escritura Publica 1.206 del 13 de abril de 2015, circunstancia esta que hace que la causa que dio origen al título valor, desapareciera como efectivamente desapareció.

No obstante lo anterior, para la A – quo, ninguno de estos aspectos le merecieron relevancia probatoria, pues su decisión de negar la excepción, la fundamentó en una prueba a todas luces ilegal, como fue el plano topografico que por solicitud expresa de la A- quo, le solicitó al señor **BOSA SOTOMAYOR, lo APORTARA PARA INCORPORARLO COMO PRUEBA AL EXPEDIENTE**, sin siquiera permitirle a la contraparte, es decir a esta defensa, la posibilidad de controvertir la ilegal prueba.

Lo aquí expresado no se trata de simples argumentos sin pruebas de esta defensa, por cuanto solo basta con escuchar los argumentos con que la A – quo, negó la excepción, y confrontarlo con las pruebas legalmente arrimadas al proceso, para darnos cuenta que, ninguna de las pruebas (Escritura, Actos Administrativos del Igac, confesiones de los ejecutantes entre otros) fueron tenidos en cuenta, excepto la prueba ilegal a última hora allegada al proceso por expresa solicitud de la A – quo.

Por todo lo anteriormente expuesto, y por encontrarnos frente a una decisión contraria a derecho, fundada en simples especulaciones sin base jurídicas, respetuosamente, solicito a la Honorable Sala del Tribunal, sea revocada la sentencia, y en consecuencia se declaren probadas las excepciones propuestas.

Dejo de esta manera sustentados mis alegaciones.

Del Honorable Magistrado Ponente,

MAGDALENO GARCIA CALLEJA

CC. N. 77.100.254 de Chiriguana

TP. No. 90.137 del C. S. J.

Del contrato de mutuo

La demandante alegó la nulidad de la liquidación oficial demandada, por violación de las normas del Código Civil y de Comercio que regulan el contrato de mutuo, por falta de aplicación (C.C., arts. 2221 y 2222 y C. Co., arts. 824 y 1163 a 1169).

En concreto, adujo que el contrato de mutuo no es un contrato solemne puesto que sólo exige para su perfeccionamiento la entrega de la cosa.

La Sala precisa que de los artículos 2221 a 2235 del Código Civil se infiere que el contrato de mutuo civil es de carácter real, unilateral, gratuito, principal y nominado. El Código de comercio, de su parte, en los artículos 1163 a 1169 destaca el carácter oneroso del contrato, de ahí que, en las demás características, se siguen las reglas del Código Civil.

En esa medida, el mutuo es un contrato real porque se perfecciona por la tradición de la cosa. Así lo indica el artículo 2222 del Código Civil:

“ART. 2222.—<Perfeccionamiento del contrato mutuo>. No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio”.

La Corte Suprema de Justicia (CSJ), respecto de la naturaleza del mutuo comercial, ha dicho que no es un contrato consensual ni solemne, sino real. Para llegar a esa conclusión, parte del artículo 1169 del Código de Comercio⁽⁴⁾, que prevé sobre la promesa de “dar en mutuo”.

Para la Corte Suprema de Justicia, dado que la promesa de cualquier contrato es solemne, “la promesa y el contrato consensual prometido se confundirán”⁽⁵⁾. Explica que cuando se promete el mutuo, este contrato se confunde con la promesa y, por tanto, será solemne como la promesa. También precisa que en los contratos mercantiles impera el principio de la consensualidad, pero que no por ello, el contrato de mutuo mercantil es consensual. Que, a lo sumo, habría una laguna, un vacío del legislador en cuanto a la naturaleza del contrato, vacío que, a juicio de la Corte Suprema, se debe llenar mediante la aplicación de las reglas del Código de Comercio, como primera medida, y sólo después, mediante la aplicación de las reglas del Código Civil, reglas éstas que, en todo caso, indican que el contrato de mutuo civil es real, que no consensual en el sentido de que sólo requiera del consentimiento de las partes⁽⁶⁾. Y aunque la Corte Suprema de Justicia admite que la teoría de la consensualidad no sería extraña al contrato de mutuo, porque también se requiere del acuerdo de voluntades, reconoce que “(...) la doctrina nacional especializada considera “que el estado actual” de la legislación no permite atribuirle al contrato de mutuo mercantil otra naturaleza distinta a la del contrato real, no solo por el contenido del artículo 1169 del Código de Comercio, atrás referido, sino por la clásica preceptiva del Código Civil, a

donde se llega” (Rodríguez Azuero, contratos bancarios, págs. 308 y 309, Bonivento Fernández, Los principales contratos..., pág. 336)” ⁽⁷⁾ .

De ahí que concluya, que de los artículos 2221 y 2222 del Código Civil se infiere el carácter de contrato real, “por cuanto resulta medular para la definición de este asunto, como antes se dijo, **carácter por el cual sólo se perfecciona con la tradición de la cosa prestada, pues es así como se produce la transferencia de la propiedad de ella, del mutuante al mutuario**, quien por tanto queda obligado a la restitución de otra del mismo género y calidad, porque como bien se sabe, el mutuario o prestatario no recibe las cosas objeto del contrato, para usarlas y devolverlas, sino para consumirlas, natural o jurídicamente, con cargo de devolver otras de la misma especie y calidad” ⁽⁸⁾ (resaltado fuera de texto).

Ahora bien, la “tradición”, al decir de la doctrina nacional, “(...) tiene una doble acepción: **entrega, como hecho material, y tradición como modo de adquirir el dominio de las cosas prestadas, por cuanto al recibirse el bien mutuado, si el mutuante tiene plena capacidad, se transfiere el dominio, por ser un acto traslativo del derecho de propiedad**. Si el prestador no es dueño de la cosa no hay tradición, aunque se haga la entrega, por faltar un requisito indispensable para tal efecto: capacidad del tradente, como lo exige el artículo 740 del Código Civil (...)” ⁽⁹⁾ .

La Corte Suprema de Justicia, de su parte, ha precisado que **“En el derecho colombiano, de lege data, la entrega con efectos de tradición de la cosa dada en mutuo (C.C., art. 740), es un requisito sine qua non de este negocio jurídico (presupuesto de carácter genético), ora en la codificación civil, ora en la mercantil,(...) motivo por el cual si aquella no media —en cualquiera de sus formas reconocidas sine lege—, mal podrá tenerse por latente, en concreto, la precitada relación negocial, con todo lo que entraña, (...)”** ⁽¹⁰⁾ .

También aclara que “la tradición” no se traduce en el simple hecho físico o material de entregar la cosa (*datio rei*), puesto que, a juicio de la Corte Suprema, es indispensable la transferencia de la propiedad de la cosa mutuada, y que esa transferencia no necesariamente va acompañada del desplazamiento físico de la cosa, pues lo determinante es que “una de las partes le signifique a la otra, real o simbólicamente, que lo hace dueño” ⁽¹¹⁾ . **Por consiguiente, dijo la Corte Suprema de Justicia, “(...) Bajo este entendimiento, cabe concluir que en Colombia, a la par que en un elevado número de naciones, el perfeccionamiento del contrato de mutuo no reclama una específica y prefijada forma de tradición**, particularmente aquella que se da por la entrega “**de mano a mano**” —también apellidada “ordinaria”—, **pues no distinguiendo al respecto la ley (C.C., art. 2222), ella puede ser material o también figurada, como lo avala la doctrina comparada (Federico Puig Peña, Guillermo Borda, Luis Muñoz, entre varios) y como inequívocamente lo regula, en el plano legislativo, el artículo 754 del Código Civil**, precepto que disciplina la *traditio* de cosas corporales muebles, siendo admisible, entonces, cualquiera de los medios *ex lege* que permiten consolidarla, concretamente el conocido a través de las

expresiones *constitutum possessorium* —o *constituto possessorio* (num 5º, ib.) —, según lo confirma igualmente la dogmática jusprivativa (Giorgio Giampiccolo, Francisco José Osuna Gómez, Arturo Alessandri, Ramón Mesa Barros, etc.)”.

Conforme con lo expuesto, el contrato de mutuo es un contrato real para cuyo perfeccionamiento basta la entrega de la cosa en los términos anteriormente precisados, esto es, con el ánimo de transferencia de dominio, precisamente para que el mutuario “(...) pueda consumirla, cumpliendo de esta manera, el propósito fundamental del contrato de mutuo” ⁽¹²⁾ . El contrato de mutuo, además, “se agota con la restitución que el mutuario hace al mutuante de los dineros o cosas equivalentes a las recibidas en préstamo” ⁽¹³⁾ .

Ahora bien, como todo contrato, el mutuo debe cumplir todos los elementos esenciales para que se considere su existencia, tales como la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa y la forma.

En el contexto expuesto, entonces, la Sala procede a analizar si los actos administrativos demandados son nulos, por falsa motivación, habida cuenta de que para la DIAN, las pruebas que obran en el expediente no dan cuenta de la existencia del mutuo que convinieron Alcatel España S.A. sucursal Colombia —AESA y Alcatel SESA Technical Services S.A. — Alcatel ASTS. Para el efecto, la Sala centrará el análisis en las normas que regulan la prueba, en general, y de la prueba de los pasivos, en particular, en materia tributaria, pues fue en torno de esas normas que se sustentaron las causales de nulidad de violación de la ley por interpretación errónea y por falta de aplicación, y la causal de nulidad de falsa motivación.