

Señores
Tribunal Superior de Barranquilla.
Atn. Magistrada Guiomar Porras.

Referencia: Ejecutivo de Electricairbe S.A. E.S.P (Hoy Aire) contra ESE Hospital Cari.

Rad. 2018-053. Rad interno. 43125.

Asunto: Sustentación de apelación

Fernando De La Hoz Xiques, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado titulado identificada con la c.c. N° 1.045.671.327 de Barranquilla y T.P. No. 233765 del C.S.J., expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado del HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E. identificada con NIT 800.253.167-9, representada legalmente por ROSMERY EDITH WEHEDEKING PÁEZ, mayor de edad, domiciliada y residente en la ciudad de Barranquilla – Atlántico, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.772.787 de Barranquilla- Atlántico, de conformidad con el Decreto 000184 del 27 de abril de 2020 y el Acta de Posesión No 019374 de 01 de mayo de 2020, mediante el presente escrito me permito **sustentar RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia del 11 de noviembre 2020 dictada dentro del proceso de la referencia.

Anticipadamente manifiesto al despacho que la sentencia objeto de alzada debe ser revocada en todas sus partes al carecer de respaldo probatorio y de sustento jurídico para acceder a las pretensiones de la demanda.

En el presente recurso, se pondrán de presente los diversos aspectos jurídicos que fueron omitidos por el juzgador de primera instancia, referido a los requisitos formales y sustanciales del título, a la falta de jurisdicción, la falta de aceptación de las facturas por funcionario competente, la falta de requisitos para predicar la existencia de título ejecutivo, la inexistencia en el plenario de prueba alguna que permita determinar el supuesto perjuicio sufrido por el actor ante la ausencia de juramento estimatorio y por ende la falta de regulación de los perjuicios que deviene en la extinción de la obligación, así como en la falta de pronunciamiento respecto a la pago parcial que se hizo respecto de las obligaciones reclamadas.

1.1.1. Sobre la obligación del *Ad quem* de pronunciarse sobre los fallos contenidos en el título ejecutivo, independientemente que los mismos no hayan sido alegados por el ejecutado.

El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha sido enfático en señalar que los jueces tienen la “*potestad-deber*” de examinar en la sentencia los posibles fallos de los títulos ejecutivos sobre los que se fundamenta una orden de pago, sea que hayan sido puestos de presente por el ejecutado en la impugnación del mandamiento o que haya guardado silencio sobre el particular.

Tanto así, que la Corte Suprema, en sentencia del año 2019¹, reafirmó sus pronunciamientos de los años 2016, 2017 y 2018²: la facultad/obligación que tienen los

¹ “ *De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañedor con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual*

jueces de examinar los requisitos del título aún en la sentencia, no se encuentra limitada por el alcance del art. 430 del C.G.P, pues se busca garantizar la primacía de lo sustancial sobre lo formal.

De esta forma, yerra el despacho al omitir pronunciarse sobre los requisitos legales del título valor aportado para su recaudo por vía judicial, pues de manera expresa omite analizar de fondo las exigencias normativas referidas a la falta de los requisitos legales del título, la exigibilidad del mismo y la ausencia de los requisitos contemplados en el art. 774 del Cód. de Comer, y del 772 del estatuto mercantil, sin valorar la inexistencia de las condiciones expresamente contempladas en dichas disposiciones en el título valor sobre el que dictó orden de recaudo.

Tampoco se pronunció de fondo en la sentencia respecto a la falta de jurisdicción, la falta de aceptación de las facturas por funcionario competente ni su fecha de recibido, la inexistencia de los requisitos para considerar como títulos ejecutivos las facturas allegadas al pceso, la inexistencia en el plenario de prueba alguna que permita determinar el supuesto perjuicio sufrido por el actor ante la ausencia de juramento estimatorio y por ende la falta de regulación de los perjuicios que deviene en la extinción de la obligación, así como en la falta de pronunciamiento de fondo respecto a la pago parcial que se hizo respecto de las obligaciones reclamadas.

1.1.2. Sobre el fundamento de la sentencia objeto de alzada.

El fundamento jurídico de la sentencia se sustenta en evidentes contradicciones y por la ausencia de normas legales que respalden la existencia de obligación que cumpla las características de un título ejecutivo.

Así, el primer término, la sentencia objeto de alzada señala:

“El artículo 130 del mismo plexo normativo dispone que,” la factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial.”

De lo expuesto en precedencia se colige que para la ejecución de obligaciones derivadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios, basta con arrimar con la demanda las facturas expedidas por la empresa prestadora del servicio, firmada por el representante legal de la misma (...)” (subrayado fuera del texto)

Luego de traer a colación el artículo de la ley 142 de 1994 que remite expresamente a las normas de derecho civil y comercial para que la factura pueda prestar mérito ejecutivo, procede a descartar de plano la regulación contenida en el Código de Comercio, en abierta contradicción con la norma citada por el propio despacho de primera instancia:

“No siendo la facturas de servicios públicos un título valor, tampoco le son aplicables las disposiciones del Código de Comercio que obligan al tenedor a dejar constancia de los pagos parciales; sin embargo es posible que las empresas prestadoras, expidan a solicitud del interesado constancia de los mismos, dado que ello comporta el derecho a recibir información

se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem” (STC3298-2019, Rad. n.º 25000-22-13-000-2019-00018-01.)

² Sent.STC18432-201; sent. Exp. 11001-02-03-000-2017-00694-00 y sent. Exp. 68001-22-13-000-2018- 00044-01.

precisas, completa y oportuna de los aspectos inherentes a la prestación del servicio, tópico que abarca el estado de que cuenta que presenta el propietario, suscriptor o usuario.

(...)

Téngase en cuenta que para que las facturas tengan la calidad de título valor, el legislador les exige el cumplimiento de requisitos generales y especiales consagrados en los artículos 621 y 774 del C.de Co; al paso que las facturas emitidas por las empresas de servicios públicos, se sujetan a las formalidades establecidas en el contrato de condiciones uniformes.

Siendo la factura de servicios públicos un título ejecutivo, su prescripción ha de verificarse en los términos establecidos en el Código Civil y no en el plano consagrado en el artículo 789 mercantil (...)"(subraya fuera del texto).

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por el A quo, se proceden a desvirtuar cada uno de ellos en la forma como a continuación se expresa.

1.1.3. El art. 130 de la ley 140 de 1994 remite expresamente a las normas sustanciales del código de comercio.

Cómo el propio A quo reconoce, la ley de servicios públicos domiciliarios remite expresamente a las normas sustanciales que regulan las facturas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, que no son otras que las contenidas en el Código de Comercio en los arts.772 y subsiguientes (no hay normas expresas en el Cód. Civil que regulen facturas).

En este orden de ideas, se tiene que las facturas allegadas al proceso no cumplen con los requisitos dispuestos en el régimen comercial.

1.1.3.1. Falta de fecha de recibo de la factura-Falta del estado del pago y condiciones de pago.

La facturas presentadas como título de recaudo no cumple con los requisitos especiales contemplados en los numerales 2º y 3º del art. 774 del Cód. de Comercio. Los requisitos específicos que deben cumplir las facturas, se encuentran taxativamente establecidos por el artículo 774 del Código de Comercio³.

Nótese como la norma en cita claramente dispone que sólo las facturas que cumplan con los requisitos dispuestos en dicha norma tendrán el carácter de título valor (condiciones taxativas), siendo además, imprescindibles, la verificación de los requisitos dispuestos en el artículo 621 del Código de Comercio y en el artículo 617 del Estatuto Tributario Nacional.

La factura presentada para recaudo por vía judicial no contiene la fecha de recibo de la misma, lo que de inmediato descarta el carácter de título valor de aquella.

³ "La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:

1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión. 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley. 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura. En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada.

La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas." (Negrillas y subrayados fuera del texto).

Se destaca que la fecha de recibo debe constar en el cuerpo de la factura, pues en documento aparte, específicamente en la guía de transporte, sólo existe la posibilidad de hacer constar el recibo de la mercancía o servicio.

Así las cosas, al no existir fecha de recibo en el cuerpo de la factura, se incumple uno de los requisitos indispensables para predicarla como título valor. En el caso que nos ocupa, las facturas anexadas al libelo introductorio no tienen inserta la data en la cual fue recibida; condición taxativamente dispuesta en la ley que no admite alternativa alguna, como en el caso de la constancia de recibo de la mercancía o servicio, que admite la posibilidad de ser suplida mediante guía de transporte (documento aparte).

En la factura tampoco consta el estado del pago del precio, ni las condiciones de pago. Únicamente se indican unos valores unitarios de tarifa de energía por unos supuestos servicios prestados, sin que sea haga referencia alguna a las condiciones de pago o los valores que se encuentran pendientes por pagar, pues se limita a indicar unos ítems sin que se allegue constancia alguna de los servicios que allí se incorporan como obligación a cargo de la ESE Hospital Cari Departamental.

No debe pasarse por alto que el documento presentado por el demandante, fechado el 27 de septiembre de 2016, expedido por la propia empresa Electricaribe donde supuestamente certifica la entrega de las facturas, **no cumple con el requisito de** (i) establecer la fecha de recibo de la factura, (ii) el estado del pago del precio en el cuerpo de la factura (iii) constancia de la prestación de los servicios cobrados en la factura, según lo ordena el art. 773 del Cód. de Comercio.

Además, vulnera un principio general del régimen probatorio que viene de vieja data: **a nadie le es lícito crearse su propia prueba**⁴.

El art. 773 es claro en ordenar que el comprador deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, debiendo dejar constancia del recibo de los servicios en la factura y/o en la guía de transporte.

Claramente se desprende que al momento de presentar la factura, el vendedor la pone a disposición del comprador para que la acepte, dejando constancia de la recepción de los servicios en aquella o en guía de transporte, es ese el momento que señala la ley para ello y no años después como lo pretende el ejecutante, mediante un documento que no se presentó al momento de la creación de la factura; la empresa demandante mediante documentos que no son más que unas respuestas derechos de petición del demandante en donde se indica que no se registran en el sistema contable de la ESE Hospital Cari facturas exigidas por el actor.

Teniendo en cuenta la falta de los requisitos consagrados en el art. 774 del Cód. de Comercio conlleva a que las facturas no tengan el carácter de título valor, según la consecuencia jurídica dispuesta en el inciso 4º de dicho artículo, no existe fundamento jurídico para mantener la orden de primera instancia de seguir adelante la ejecución, debiendo ser revocada la orden de paga librada en contra de la entidad demandada.

Se tiene que las facturas que sirven de base de la ejecución no satisfacen los requisitos legales que el título debe contener y que la ley no suple expresamente (numeral 4º del artículo 784 del C. Co), así como tampoco del requisito sustancial o de fondo de ser

⁴ En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admite hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrato, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual **a nadie le es lícito crearse su propia prueba.** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de julio de 1999)

exigibles como lo ordena el artículo 422 del C.G.P. Queda claro que este fundamento debe ser estudiado en la sentencia, pues expresamente esta enlistada en las excepciones que el artículo 784 del Cód.Comerc establece contra la acción cambiaria, luego no puede asumirse como un requisito meramente formal que sólo se debe proponer en el recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

Así las cosas, claramente se evidencia que en el presente asunto que las facturas presentadas como título de recaudo ejecutivo aportadas por la sociedad demandante, no aparece la fecha en que se recibieron, careciendo de esta manera del requisito legal exigido en los artículos 773 (INCISO SEGUNDO EN SU INTEGRIDAD) y 774 del Código de Comercio para que las facturas tengan la categoría de título valor exigible.

Las normas citadas del Código de Comercio constituyen fundamento normativo suficiente para evidenciar que las facturas allegadas no son títulos valores por faltar el requisito LEGAL Y SOLEMNE que debe contener y que la LEY NO SUPLE EXPRESAMENTE, esto es, la fecha de recibo de la factura, lo que quiere decir, que tal falencia no puede ser subsanada ni por el silencio de las partes, tampoco por voluntad de ellas, *ni mucho menos con otra clase de documento que no es parte integral del título.*

Por lo tanto, ante la omisión de este requisito de orden legal, la fecha de recibido de la factura, se desprende que la obligación contenida en ella carece del requisito sustancial y de fondo relativo a la EXIGIBILIDAD del título y afecta además su propia EFICACIA.

Por consiguiente, lo argumentado por el Juzgado de primera instancia en la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución, resulta ser un razonamiento desacertado, pues una cosa es que las facturas sean presentadas y otra cosa es que hayan sido recibidas con el lleno de los requisitos legales previstos en el ordenamiento jurídico.

Sobre este tópico, es decir, la falta de requisitos legales del título y que la ley no suple expresamente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Decisión Civil – Familia de Barranquilla, en auto del 5 de agosto de 2013, magistrado ponente Diego Omar Pérez Salas, dentro del proceso radicado bajo el número 08-001-31-03-005-2012-00048-01, número interno 37.351, expresó lo siguiente:

“...En el caso presente, haciendo el chequeo anunciado, o, si se prefiere, la comparación del documento presentado como título ejecutivo frente a las reglas legales contenidas en los modificados artículos 773 y 774 del Código de Comercio, es notorio que tales documentos llamados ambos factura de venta, con números 0000002554, 0000002557, con fecha de vencimiento, 2009/10/11, 2009/10/16, en su orden, no son facturas comerciales o facturas cambiarias de compraventa, o para decirlo en redondo, no son títulos valores, pues ciertamente, carecen ambos documentos de algunos requisitos enlistados en la ley mercantil, en especial, la fecha de recibo de la factura, que no necesariamente es la misma de su fecha de creación, y que no puede suponerse ni imaginarse frente a la estrictez de estas normas mercantiles sobre títulos valores.”

En pronunciamiento reciente, el Tribunal Superior de Barraquilla dejó claro que la fecha de recibo de la factura es un requisito indispensable para obtener su pago por vía judicial, indicando que:

“Aunado a esto, tampoco cumple la factura referenciada con la exigencia fijada en el numeral 2 del artículo 774 Código de Comercio; “La fecha de recibo de la factura”, ni con lo dispuesto

*en el artículo 773 Ídem. Ya que solo se cuenta en la factura con la firma de Luz Alvear V.; como cliente, pero sin indicar la fecha de recibido de la misma.*⁵

Realizadas las anteriores, se destaca que según el citado inciso 3° del artículo 773, la factura cambiara de compraventa emitida se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si este último no reclamare en contra de su contenido dentro de los 3 días calendarios siguientes a su recepción.

Luego entonces, para poder inferir lo referente a la aceptación de la factura de compraventa se hace indispensable la constancia de la fecha de recibo de la factura en el cuerpo de la misma o en el documento separado, pues según el inciso 3 del artículo 773 del código de Comercio, aquella solo se considera irrevocablemente aceptada luego del transcurrir 3 días calendarios siguientes a su recepción.

Para entender de mejor forma la explicación de lo expuesto, en aras de mayor precisión, téngase presente que, en cualquier evento en que se quiera devenir exigibilidad de una factura cambiaria entrara en juego el tópico del cómputo del término de los 3 días calendarios que deberán transcurrir desde su recepción, sin que el contenido de la misma sea objetada, o que la factura misma sea devuelta al emisor, para que en frente al ordenamiento comercial, la misma se considere IRREVOCABLEMENTE ACEPTADA. Ante la imposibilidad de delimitación de esa especie temporal –porque no se tiene certeza del día en que fue recibida por parte del beneficiario del servicio–, no queda forma lógica alguna, de constar –con miras a refrendar su exigibilidad- lo referente a la aceptación irrevocable de la de las facturas de venta emitidas.

1.1.3.2. Falta de firma en la factura de funcionario competente para contraer obligaciones a nombre del Hospital ESE Cari.

La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en diferenciar la mera recepción de facturas de su aceptación, cuando el deudor sea una entidad del orden público. Así, el máximo tribunal de la justicia ordinaria ha indicado que la aceptación de las facturas, con todos los efectos obligacionales que dicho acto conlleva según la naturaleza de título valor de las mismas, sólo produce las consecuencias jurídicas contempladas en el art. 773 del estatuto mercantil cuando aquellas hayan sido debidamente aceptadas por funcionario competente para ello.

En tal sentido, la mera recepción de la factura por quien no tiene las competencias para obligar a la entidad pública deudora no produce los efectos de la aceptación de la factura. En el plenario no se observa que las facturas hayan sido debidamente aceptadas por funcionario con autorización legal para obligar a la empresa social del estado Hospital Universitario Cari.

En ese sentido, la Corte Suprema ha delineado:

*"Esto es, que si bien las facturas base del cobro jurídico se giraron a nombre del municipio de Támesis, lo cierto es que no se acreditó que quien aparece recibiendo las mercancías allí descritas, hubiera obrado como representante, mandatario u otra calidad similar respecto del referido ente territorial, razón que impide predicarse que esté llamado a responder por el cumplimiento de las obligaciones reclamadas"*⁶

⁵ Sentencia del 15 de diciembre de 2020, Código Único de Radicación: 08-001-31-03-002-2013-00054-02.

⁶ sentencia de 30 de julio de 2015, exp. 2015-00115-01.

Este pronunciamiento fue reiterado en sentencia del 11 de febrero de 2016, STC1404-2016, radicación n.º 11001-02-03-000-2016-00223-00, en donde, refiriéndose a la ejecución de una entidad pública por concepto de facturas cambiarias, la mencionada corporación señaló:

“Se suma a lo anterior que, como expresamente lo explicó el ad quem, no es dable entremezclar el recibo de las mercaderías compradas, con la aceptación de las facturas cambiarias mediante las cuales se documentó tal negociación, por cuanto en relación con lo primero, resulta vinculante para el comprador la constancia dejada para el efecto por cualquiera de sus trabajadores, laxitud inviable tratándose de lo segundo, pues para que este acto sea válido, solamente puede realizarlo, se reitera, quien tenga facultad de obligar al ente en nombre del cual actúa.”

Así las cosas, al no existir aceptación expresa de las facturas por parte de funcionario competente para obligar al Hospital ESE Cari (su representante legal o a quien delegue expresamente para ello), las facturas allegadas al expediente no surte el efecto obligacional contenido en el art. 773 y 774 del Cód. Com., por lo que deben desestimarse las pretensiones originadas en las mismas.

1.1.3.3. Falta de indicación en la factura del estado del pago y condiciones de pago.

La factura presentada como título de recaudo no cumple con los requisitos especiales contemplados en el numeral 3º del art. 774 del Cód. de Comercio. Los requisitos específicos que deben cumplir las facturas, **se encuentran taxativamente establecidos por el artículo 774 del Código de Comercio**. Las facturas presentadas para recaudo por vía judicial no contienen el estado del pago y las condiciones de pago de las mismas, lo que de inmediato descarta el carácter de título valor de aquella.

Teniendo en cuenta la falta de los requisitos consagrados en el art. 774 del Cód. de Comercio (falta de aceptación de funcionario competente-falta del estado del pago y condiciones de pago) conlleva a que las facturas presentadas no tengan el carácter de título valor, según la consecuencia jurídica dispuesta en el inciso 4º de dicho artículo, por lo que no existe fundamento jurídico para mantener la orden de primera instancia de seguir adelante la ejecución, debiendo ser revocada la orden de paga librada en contra de la ESE departamental.

1.1.4. Las facturas allegadas tampoco cumplen con los requisitos para prestar mérito ejecutivo.

En gracia de discusión, aún si se determinara que las facturas allegadas al proceso no deben cumplir los requisitos genéricos y especiales dispuestos por la ley comercial para predicar su carácter de título valor, estas tampoco cumplen con los elementos legales para prestar mérito ejecutivo.

El art. 422 del C.G.P establece podrán demandarse ejecutivamente obligaciones expresas, claras y exigibles que provengan del deudor. En tal sentido, la Corte Suprema ha recalado la importancia de que el documento que se pretenda preste mérito ejecutivo, efectivamente provenga del deudor:

“Los requisitos impuestos a los títulos ejecutivos, consignados en el artículo 422 del Código General del Proceso, relativos a tratarse de un documento proveniente del deudor o de su causante en donde conste una obligación clara, expresa y exigible, por supuesto se trasladan a los títulos valores y, en esa medida, si el instrumento no satisface tales presupuestos, no puede seguir adelante el cobro coercitivo.”⁷

Ninguna de las facturas allegadas al proceso puede considerarse como documento proveniente del deudor, pues ninguna de ellas presenta firma o aceptación expresa por parte de funcionario competente para contraer obligaciones a nombre de la ESE Hospital Cari Departamental.

Tal como se expuso previamente, cuando se trata de entidades públicas, si se persiguen obligaciones que consten en documento que preste mérito ejecutivo o título valor, estos deben ser expresamente suscritos y aceptados por funcionario competente para ello, pues jurídicamente no es lo mismo la mera recepción de un documento, que su aceptación expresa e inequívoca.

Al no existir documento alguno proveniente de la entidad demandada, es obvio que una factura que únicamente contiene una declaración de la parte demandante, con su respectiva firma, no constituye obligación proveniente del deudor, pues no aparece firma, suscripción ni aceptación expresa por parte de funcionario con competencias para obligar al ente departamental demandado.

1.1.5. Falta de acreditación de los perjuicios alegados por el demandante.

En el plenario no se observa que el demandante haya probado los perjuicios que alega ha sufrido con ocasión a las obligaciones reclamadas en el proceso que nos ocupa. El instrumento legal para acreditar los perjuicios dentro del trámite de un proceso judicial, es el respectivo juramento estimatorio, soportado con los medios de prueba que dispone el estatuto procesal.

La demanda de la referencia no cumple con el requisito dispuesto en el numeral 7 del artículo 82 del Código General del Proceso, por cuanto en el líbelo no se fija el juramento estimatorio ordenado por el artículo 206 del C.G.P.⁸.

Sobre la obligatoriedad del juramento estimatorio, el artículo 206 del C.G.P en su primer inciso, establece:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.”

Cabe resaltar que en los procesos ejecutivos sí debe efectuarse el respectivo juramento estimatorio contemplado en el art. 206 del C.G.P. Tanto es así, que en el estatuto procesal existe norma especial que regula la objeción de los perjuicios realizada por el ejecutante, según se contempla en el art. 439 del C.G.P.⁹. Dicha norma dispone que de

⁷ STC3298-2019, Rad. n.º 25000-22-13-000-2019-00018-01.

⁸ Lo que además, configura la causal de la excepción previa de Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, contemplada en el numeral 5º del artículo 100 del C.G.P.

⁹ *“Dentro del término para proponer excepciones el demandado podrá objetar la estimación de los perjuicios hecha por el ejecutante en la demanda caso en el cual se dará aplicación al artículo 206. El juez convocará a audiencia para practicar las pruebas y definir el monto*

no acreditarse la cuantía de los perjuicios, el juez declarará extinguida la obligación perseguida, terminando la ejecución.

Al no haberse presenta juramento estimatorio debidamente sustentado que permitiera acreditar la cuantía de los perjuicios, se concluye que las obligaciones perseguidas deben declararse como extintas y revocarse la orden de pago sustenta en aquellas.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que dentro de los frutos se incluyen los intereses sobre capital según lo prescribe el artículo 717 del Código Civil¹⁰ y que la demanda persigue el cobro de intereses moratorios, cuya naturaleza jurídica es la una indemnización de perjuicios¹¹ tarifada, resultaba obligatorio fijar razonadamente el juramento estimatorio, requisito pasado por alto en la demanda y omitido por el juzgador de primera instancia.

1.1.6. Los intereses moratorios a aplicar corresponden al interés legal – los intereses moratorios reclamados sobrepasan la tasa de usura y deben perderse en su totalidad.

El despacho de primera instancia no se pronunció sobre la pretensión de intereses del 42.78% anual de la demandante.

Tal cifra es desproporcionada, no sólo por cuanto los intereses moratorios que deben aplicarse son los intereses legales dada la naturaleza de entidad pública de la ejecutada, también por cuanto dicha tasa sobrepasa el interés de usura permitido por la Superfinanciera.

Lo anterior, desconociendo lo establecido en el art. 6.6.7 del Manual de Contratación del Hospital ESE Cari donde se dispone que en caso de pactarse intereses moratorios de forma expresa, se aplicara el doble del interés legal civil sobre el monto de la obligación insoluta, en plena concordancia con el numeral 8 del art. 4º de la ley 80 de 1993.¹²

Y en el improbable evento de que se admitieran cobros de intereses moratorios a una tasa equivalente al 1.5 veces el interés bancario corriente, tales intereses no deben aplicarse con ocasión a la sanción contemplada en el art. 884 del Código de Comercio, el cual dispone:

“Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.”

de los perjuicios. Si no se acredita la cuantía de los perjuicios el juez declarará extinguida la obligación, terminada la ejecución en lo referente a aquellos y continuará por las demás prestaciones, si fuere el caso.”

¹⁰ **“Artículo 717. Frutos civiles .** Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido. Los f[r]utos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran.”

¹¹ *“Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación.”* (Corte Constitucional, C-604/2012).

¹² *“Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.”*

Para el 2018, las tasas de interés de usura fueron¹³:

DESDE	HASTA	INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE USURA 1.5 veces el Interés Bancario Corriente
01-ene-18	31-ene-18	20,69%	31,04%
01-ene-18	31-mar-18		
01-feb-18	28-feb-18	21,01%	31,52%
01-mar-18	31-mar-18	20,68%	31,02%
01-abr-18	30-abr-18	20,48%	30,72%
01-abr-18	30-jun-18		
01-may-18	31-may-18	20,44%	30,66%
01-jun-18	30-jun-18	20,28%	30,42%
01-jul-18	31-jul-18	20,03%	30,05%
01-jul-18	30-sep-18		
01-ago-18	31-ago-18	19,94%	29,91%
01-sep-18	30-sep-18	19,81%	29,72%
01-oct-18	31-oct-18	19,63%	29,45%
01-oct-18	31-dic-18		
01-oct-18	30-sep-19		
01-nov-18	30-nov-18	19,49%	29,24%
01-dic-18	31-dic-18	19,40%	29,10%

En ningún trimestre existió tasa de usura del 42.78%, por lo que en caso de que se aceptara el cobro de intereses moratorios de forma distinta a la contemplada en el art. 4 de la ley 80 de 1993, los reclamados por la sociedad demandante deben perderse en totalidad, de acuerdo con la sanción contemplada en el art. 884 del Código de Comercio.

1.1.7. Falta de jurisdicción.

Indudablemente que la naturaleza pública del Hospital Universitario E.S.E. Cari, así como las pretensiones compensatorias e indemnizatorias a través del cobro de facturas derivadas de contratos estatales suscritos con la sociedad demandante, deriva en que la jurisdicción competente para conocer del proceso que nos ocupa sea la contenciosa administrativa.

Así lo establece el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, que al tenor literal reza:

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...)

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades”

(...)

¹³ <https://www.banrep.gov.co/es/tasa-usura>

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%."

No hay que hacer mayor esfuerzo interpretativo de la norma para llegar a la conclusión de que la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para conocer de litigios referentes a pretensiones de índole ejecutiva derivadas de contratos estatales de entidades de naturaleza pública, que es precisamente lo que se discute de los hechos que suscitaron el presente litigio, relacionados con unas facturas derivadas de contratos celebrados entre la E.S.E Hospital Cari y la sociedad ejecutante.

La ley 1437 es norma posterior y especial en comparación con la ley 142 de 1994.

Con base en la naturaleza jurídica de la E.S.E. Hospital Cari y atendiendo pretensiones relacionadas con facturas, el Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia del año 2021¹⁴ decidió que la jurisdicción competente para pronunciarse al respecto es la contenciosa administrativa y no la ordinaria, señalando que:

Finalmente cabe indicar que aun cuando en primera instancia la declaratoria de falta de jurisdicción fue negada, dadas las evidencias documentales antes reseñadas, que resultan ser demostrativas de que estamos ante la ejecución de una obligación de dar -pagar unas sumas de dinero- emanada de una relación contractual estatal, y que por ende la justicia ordinaria carece de jurisdicción para resolver tal conflicto, pues por sus particularidades ello corresponde a la justicia Contencioso Administrativa, dado que este tipo de irregularidad procesal es insaneable, tal decisión no resulta ser vinculante para el juez de segundo grado que advierte su configuración.

En pronunciamiento anterior, el Tribunal Superior de Barranquilla también había delineado que la jurisdicción competente para conocer casos como el que nos ocupan es la contencioso administrativa, indicando que:

"Es de acotar que la naturaleza jurídica del HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E. como una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, tal como lo consagra el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, es precisamente de entidad pública descentralizada por medio de las cuales el Estado presta directamente los servicios de salud, aunado a que el artículo 194 de la ley 100 de 1993 señala que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o Consejos.

En suma, de acuerdo a lo señalado en el numeral 6° del artículo 195 de la ley en mención se considera que las Empresas Sociales del Estado son entidades de naturaleza pública, que están sujetas, por regla, al régimen jurídico de las personas de derecho público, salvo en materia de contratación, donde se aplican normas de derecho privado, sin perjuicio de la observancia a los principios de la contratación pública y le son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en particular¹⁵."

¹⁴ Rad: 080013153012201800039-01 – 42.555

¹⁵ Auto del 5 de junio de 2020 en el asunto referenciado.

En el sub júdice se aprecia que si bien las facturas allegadas como base del recaudo son títulos autónomos, lo cierto es que desde la demanda la parte actora también afirma que se trataba de una ejecución con base en un título ejecutivo complejo, remitiéndose a la Cláusula Cuarta del Contrato de Asociación 136 de 2007 a efectos de acreditar la forma en la que debía efectuarse el pago.

De igual forma, al efectuarse el estudio de las excepciones de mérito planteadas por el extremo pasivo de la litis, resulta imperativo el análisis del contrato estatal que les dio origen, pues el principal reparo efectuado por el apelante se contrae precisamente a que se trata de un título complejo, siendo necesario remitirse al contenido de dicho convenio, en especial a su Cláusula Cuarta, de conformidad con la cual en su sentir, el pago de la obligación se encontraba sujeto a una condición suspensiva.

En tal sentido, se enfatiza que los medios defensivos del demandado se apoyan precisamente en las circunstancias que rodearon tal contrato, argumentos que como ya se dijo, imponen el examen del Contrato Estatal, lo que escapa a la órbita de competencia de esta jurisdicción.

Así la cosas, es menester señalar que en un caso similar al que nos ocupa la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, consideró que los títulos valores que se expidan como consecuencia del desarrollo de un contrato estatal, tienen relación causal inmediata con éste, y por ende, en virtud de lo estipulado por el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, es a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a quien corresponde el conocimiento de las controversias que como consecuencia de ello se susciten. Al respecto, precisó:

“...la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los cuales estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, ello de conformidad con lo establecido en el 104 de la Ley 1437 de 2011”. (Auto del 10 de abril de 2019, Rad. 11001010200020180267700 (16252 - 36), M.P. Julia Emma Garzón de Gómez) Negrilla del Despacho)”¹⁶

En igual sentido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla se pronunció en proceso ejecutivo identificado con radicado No. 08001-31-03-002-2016-00357-03 (42.474 TYBA) mediante providencia del 5 de junio de 2020¹⁷, en la cual ratifico su posición respecto a que la jurisdicción competente para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A más de ello, es de señalar que el art. 299 de la Ley 1437 de 2011 establece las reglas aplicables para conducir el proceso ejecutivo derivados suscritos por las entidades estatales:

¹⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en proceso ejecutivo identificado con radicado No. 08001-31-03-011-2015-00379-03 (42.632-TYBA).

¹⁷ “En suma, de acuerdo a lo señalado en el numeral 6° del artículo 195 de la ley en mención se considera que las Empresas Sociales del Estado son entidades de naturaleza pública, que están sujetas, por regla, al régimen jurídico de las personas de derecho público, salvo en materia de contratación, donde se aplican normas de derecho privado, sin perjuicio de la observancia a los principios de la contratación pública y le son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en particular. En el sub júdice se aprecia que si bien las facturas allegadas como base del recaudo son títulos autónomos, al efectuarse el estudio de las excepciones de mérito planteadas por el extremo pasivo de la litis, es evidente que resulta imperativo el análisis no sólo del contrato estatal que les dio origen, sino de las Resoluciones 1006 del 5 de noviembre de 2015 y 586 del 10 de junio de 2016, en virtud de las cuales se declaró la caducidad y liquidación del mismo⁹, asuntos que no son del resorte de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad civil, sino que por el contrario, corresponden a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.”

“Artículo 299. De la ejecución en materia de contratos y de condenas a entidades públicas. Salvo lo establecido en este Código para el cobro coactivo a favor de las entidades públicas, en la ejecución de los títulos derivados de las actuaciones relacionadas con contratos celebrados por entidades públicas, se observarán las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo de mayor cuantía...”

Expresado lo anterior, se debe declarar la nulidad FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA, desde el auto admisorio de la demanda, y ordenar el envío del expediente a la competente autoridad, por cuanto la competencia es de la justicia contencioso-administrativa para conocer de este asunto.

2. Prescripción

Bajo la premisa de que en el proceso se persiguen facturas que datan de los años 2014, 2015 y 2016, entre otras, y atendiendo la prescripción trienal de la acción cambiaria, debe declararse la prescripción de aquellas facturas cuya prescripción no se haya interrumpido de conformidad con lo establecido en el art. 94 del C.G.P.

3. Pagos parciales.

La entidad demandada ha venido cumpliendo de forma cumplida con el pago del servicio eléctrico y se deben decretar los pagos parciales demostrados en el plenario.

4. ANEXOS.

-Poder otorgado al suscrito.

-

Respetuosamente,



FERNANDO DE LA HOZ XIQUE'S

C.C. No. 1.045.671.327.

T.P. No. 233765.