



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA – LABORAL

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°016

Radicación N° 44-650-31-89-001-2020-00032-01.

Proceso: Ejecutivo

Demandantes: BANCO DAVIVIENDA S.A

Demandados: COMERCIALIZADORA MUSHSAISA S.A.S. Y RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA.

1.- OBJETIVO

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados, HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, y una vez surtido el traslado a las partes para que sustentaran el recurso de apelación que nos convoca y se alegara de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutada contra la sentencia dictada por el otrora Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, verificada el quince (15) de julio del dos mil veintidós (2022).

2.- ANTECEDENTES.

2.1 La demanda

Por intermedio de apoderado judicial, la sociedad BANCO DAVIVIENDA S. A. interpuso demanda ejecutiva hipotecaria, en contra de la empresa COMERCIALIZADORA MUSHSAISA S. A. S. y el señor RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, para que previo los tramites de un proceso ejecutivo de mayor cuantía, se le ordenará a los ejecutados el pago de las obligaciones contenidas en el pagaré número 959133, por la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES TRECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$166.384.812), con sus respectivos intereses corrientes por un valor de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$12.381.391), y en el pagaré número 9362017530, por la suma de CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS

NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$136.499.237) e intereses corrientes por valor de CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$5.759.424).

2.2. Los hechos

La parte ejecutante expuso como supuestos fácticos de sus pretensiones los que a continuación se sintetizan:

Señala que el 23 de octubre de 2017, la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S. a través de su representante legal RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, suscribió el pagaré número 959133 a favor de BANCO DAVIVIENDA S. A; obligándose a cancelar la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES TRECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$166.384.812), más los respectivos intereses corrientes. La parte ejecutante indica que los ejecutados se encuentran en mora con el pago de la obligación desde el 28 de enero de 2020.

De igual manera, el demandante expresa que los ejecutados realizaron pagos parciales a la mencionada obligación por valor de TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS (\$3.254.920).

De otra parte, el demandante comenta que el 23 de octubre de 2017, la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S. a través de su representante legal RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, también suscribió el pagaré número 9362017530, por el valor de DOSCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS (\$210.000.000); y que el demandado realizó pagos parciales por la suma de SETENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$73.500.763), los cuales fueron aplicados de conformidad con las normas legales de imputación de pagos.

Agrega la sociedad demandante, que los intereses remuneratorios fueron pactados al 9% efectivo anual, que liquidados hasta la fecha de presentación de la demanda, ascienden a la suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS ((\$5.759.424).

Finalmente, el ejecutante BANCO DAVIVIENDA S. A. indica que las obligaciones pactadas con los demandados se garantizaron mediante hipoteca abierta de primer grado sin límite de cuantía indeterminada, la cual se constituyó con la Escritura Pública No. 514 del 4 de diciembre de 2014 (sic), sobre una casa o local comercial ubicada en la Carrera 18 No. 10- 15 del municipio de San Juan del Cesar- La Guajira, identificada con la matricula inmobiliaria No. 214-25494.

2.3. La actuación seguida en primera instancia.

El otrora Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, resolvió proferir auto de fecha 25 de febrero de 2020 ^(fl.34), mediante el cual se ordena librar mandamiento de pago en contra de los ejecutados y ordenar el embargo y secuestro del bien inmueble objeto de garantía real. Los ejecutados fueron notificados conforme se observa a folios 39 y 40 del plenario, haciéndose parte del proceso a través el Dr. Eder Hugues Peñaranda Álvarez actuando en calidad de apoderado judicial de la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHALSA S. A. S. y del señor RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, quien presentó contestación de la demanda ^(fl.55), manifestando su oposición a las pretensiones e interponiendo las excepciones de mérito denominadas como: *“falta de legitimación en parte por activa, falta de poder para actuar, numeral 12 artículo 784 C. Co, excepción fundada en la omisión de los requisitos que el título valor debe contener y que la ley no supla expresamente, numeral 4 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria, Excepción fundada en quitas o en pago total o parcial, numeral 7 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria y falta de integración de los títulos ejecutivos de recaudo objeto del presente proceso”*

Mediante auto del 13 de octubre de 2020 ^(fl.70), el A-quo procedió a fijar fecha para la celebración de la audiencia inicial contemplada en el artículo 372 del Código General del Proceso, y le reconoció personería jurídica al Dr. Eder Hugues Peñaranda Álvarez como apoderado de la parte ejecutada.

No obstante, la audiencia inicial programada para el 27 de noviembre de 2020 fue suspendida, razón por la cual, el otrora Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, mediante auto de fecha 21 de enero de 2021 ^(fl.72), programó nueva fecha para la celebración de la audiencia inicial.

El 10 de septiembre de 2021, el despacho de primer grado, dio aplicación al acuerdo PCSJA20- 11686 del 10 de diciembre de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se ordena la redistribución de procesos a los Juzgados 01 y 02 Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar. Posteriormente, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito del San Juan del Cesar, profiere auto de fecha 11 de octubre de 2021, donde decide avocar conocimiento de la presente carpeta y dar continuidad al trámite procesal hasta su culminación, por consiguiente, decide fijar nueva fecha para la celebración de la audiencia inicial contemplada en el artículo 372 del Código General del Proceso, mediante auto de fecha 8 de febrero de 2022.

La audiencia inicial fue celebrada por el A-quo el 07 de marzo de 2022, donde se ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por el ejecutado y se fijó como fecha para la continuación de la audiencia inicial el día 22 de abril de 2022 a las 2:00 PM, sin embargo, en la fecha antes mencionada no se pudo realizar la diligencia al presentarse problemas de conexión por parte del apoderado judicial de los ejecutados. El 16 de mayo de 2022, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito del San Juan del Cesar, se constituye en audiencia concentrada, en la cual se culmina la audiencia inicial, se celebra audiencia de instrucción y juzgamiento de conformidad con lo señalado en el artículo 373 del Código General del

Proceso y se fija como fecha para proferir la sentencia de primera instancia el día 11 de julio de 2022 a las 08:00 AM.

Llegada la fecha y hora antes mencionada, el Despacho se encontraba en audiencia de acusación con capturado, razón por la cual se reprogramó la audiencia de instrucción y juzgamiento para el día 15 de julio de 2022 a las 8:00 AM, fecha en la cual dio continuidad a la audiencia de instrucción y juzgamiento, donde se profiere sentencia declarando no probadas las excepciones de mérito presentadas por la parte demandada, accediendo únicamente a la excepción de abonos o pago parcial de la obligación, decisión que fue recurrida por el apoderado judicial de la parte ejecutada y surtido el reparto ante esta instancia, ingresó al Despacho de la Magistrada Ponente el 05 de septiembre de 2022.

3.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de conocimiento en primer grado profirió sentencia en la que:

“PRIMERO: DECLÁRESE no probadas las excepciones de mérito denominadas “Falta de legitimación en parte por activa, falta de poder para actuar”, “Excepción fundada en la omisión de los requisitos que el título valor debe contener y que la ley no supla expresamente numeral 4 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria”, “Inoponibilidad del negocio jurídico frente a la entidad representada por extralimitación en las facultades estatutarias dadas al representante legal, numeral 13 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria”, y “Falta de integración de los títulos de recaudo objeto del presente proceso”, por lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: DECLÁRESE parcialmente probada la excepción de fondo denominada “pago total o parcial”, por lo que en la liquidación del crédito deberá tenerse en cuenta que a fecha 6 de abril de 2022 la COMERCIALIZADORA MUSHAISA S.A. adeuda a la ejecutante los siguientes emolumentos:

- Por el crédito No. 07623256700087331 que corresponde al pagaré contenido en la hoja de seguridad número 959133, la suma de \$159.357.732,61 por concepto de capital; la suma de \$10.019.948,34 por concepto de interés corriente; y \$68.443.259,13 por concepto de intereses moratorios.*
- Por el crédito No. 07123256700075703 que corresponde al pagaré No. 9362017530, la suma de \$136.499.237,10 por concepto de capital; la suma de \$5.544.334,89 por concepto de interés corriente; y \$48.712.198,38 por concepto de intereses moratorios.*

TERCERO: SÍGASE adelante con la ejecución del BANCO DAVIVIENDA S.A. en contra de la COMERCIALIZADORA MUSHAISSA S.A.S.

CUARTO: LIQUÍDESE el crédito.

QUINTO: PRACTÍQUESE el secuestro, para el posterior avalúo, del predio urbano lote de terreno, y casa o local comercial en él construida, con una extensión superficiaria de 694.00 m2, ubicado en la carrera 18 No. 10-15 de la actual nomenclatura de San Juan del Cesar, La Guajira; cuyos linderos son:

- NORTE: Mide 41.00 metros lineales y linda con predios de RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA.

- SUR: Mide 42.00 metros lineales y linda con predios de EFRAÍN FRANCISCO FERNÁNDEZ.

- ESTE: Mide 15.00 metros lineales y linda con predios de ALFREDO FRAGOZO.

- OESTE: Mide 18.45 lineales y linda con predios de familia LÓPEZ.

El inmueble corresponde al identificado con No. de matrícula inmobiliaria No. 214-25494 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar, La Guajira.

SEXTO: CONDÉNESE en costas a la pasiva COMERCIALIZADORA MUSHAISSA S.A.S. y al señor RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA por la suma de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRECIENTOS UN PESOS M CTE. (\$12.857.301) (Acuerdo PSAA-16- 10554 de agosto 05 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura), las cuales deberán ser canceladas en partes iguales entre los mencionados.”

Lo anterior, por considerar en síntesis que los pagarés presentados por la parte demandante prestan mérito ejecutivo al cumplir con los requisitos exigidos por la ley, predicándose de estos una obligación clara, expresa y exigible.

Con respecto a la excepción referente a la inoponibilidad del negocio jurídico celebrado por el representante legal de la sociedad ejecutada excediendo las facultades estatutarias, el Despacho consideró que la misma no cuenta con vocación de prosperidad, en virtud de lo señalado en el artículo 901 del Código de Comercio, el cual indica que serán inoponibles a terceros los negocios jurídicos celebrados sin cumplir con los requisitos de publicidad que señala la ley, al considerar que la sociedad Comercializadora Mushaisa S. A. S. no es un tercero, ya que el representante legal suscribió los pagarés objeto de recaudo a nombre de su representada, asimismo, comenta que no hay sustento probatorio para conceder la excepción de fondo presentada.

Por último, únicamente se declara probada la excepción denominada pago parcial, por lo cual se ordena tener en cuenta el pago realizado por la ejecutada en la liquidación del crédito.

4.- RECURSO DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera Instancia, el apoderado judicial de la parte ejecutada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada manifestando lo siguiente:

“Le pido la palabra para manifestarle que presento respetuosamente el recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir este despacho en esta vista pública, lo cual hago con fundamento en el inciso segundo del numeral tercero del artículo 322 del código general del proceso en procura de que el Ad quem; es decir que el superior jerárquico al momento de revisar la alzada revoque en su totalidad la sentencia proferida y que ha sido criticada por este medio de impugnación y en consecuencia de lo anterior declare probadas las excepciones propuestas y de por terminado el proceso absolviendo a los demandados del cumplimiento de esas presuntas obligaciones y condenando en costas a la parte demandante por no existir razones fácticas ni jurídicas que justifiquen la decisión adoptada por el despacho.

Atendiendo la norma en cita, paso a precisar brevemente los reparos concretos que constituyen los motivos de inconformidad frente a la sentencia apelada y que serán los pilares o temas sobre los que versará la sustentación del presente recurso que haré ante el superior jerárquico.

Motivo de inconformidad:

Tal y como se elevó, argumentó y se demostró a lo largo del presente proceso, que el banco Davivienda realizó empréstito a la empresa Mushaisa S.A.S. por intermedio de su representante legal, sin contar este con las facultades para endeudar a la empresa y aceptó la constitución de una hipoteca abierta, sin límite de cuantía, para garantizar esas obligaciones sin que el representante legal tuviera facultades para hacerlo. En este entendido, empresa Mushaisa es el tercero perjudicado, ya haré amplitud cuando proceda al complemento de esta sustentación al recurso de apelación ante el Tribunal.

Es claro entonces que esas extralimitaciones en sus facultades cometidas por el gerente de la empresa Mushaisa y consentidas por el banco Davivienda quien estaba llamado a verificar el cumplimiento de los requisitos para celebrar contrato con el representante legal, contrariaron los estatutos de la empresa y en consecuencia señor juez tanto los empréstitos otorgados y las garantías aceptadas por el banco Davivienda son inoponibles a la empresa Mushaisa, lo cual se traduce en que tales contratos jamás produjeron efectos jurídicos respecto a la sociedad, es esta la razón que asiste a la empresa Mushaisa para oponerse a

las pretensiones el banco Davivienda y para oponerse a que con su patrimonio se dé cumplimiento a las obligaciones que se ejecutan dentro de estos procesos, pues esos contratos empréstitos no fueron celebrados con la empresa Mushaisa “si no estos contratos fueron celebrados por el representante legal en su propia representación y por el banco, esto que argumento en este recurso, se encuentra claramente desarrollado en la jurisprudencia de la Supersociedades, verbigracia, Reficenter internacional zona libre sociedad anónima vs reficenter gup SAS y otros, Hidropres SA, vs DQS Colombia SAS y empresas públicas de alcantarillado de Santander SA y empresas públicas vs Raúl Eduardo Cardona Navas. En este entendido es claro que la empresa Mushaisa termina siendo un tercero y un tercero perjudicado, pues todos esos contratos que fueron celebrados con Davivienda, se hicieron extralimitando las facultades que el representante legal tenía estatutariamente de la empresa, es la razón por la cual considera la defensa respetuosamente que Mushaisa es el tercero al cual le es inoponible los contratos que hoy se ejecutan en este proceso.

Ahora, refiriéndonos a la revisión del título que el despacho dice hacer oficiosamente, la defensa contradice en la medida en que la ley especial se preferirá siempre ante la ley general y el código de comercio también es un código instrumental, de hecho por eso tiene las causales taxativamente de excepciones frente a los procesos ejecutivos, sin embargo en lo referente el juez manifiesta en sentencia que el endoso establecido en el pagaré 9362017530 realizado por Bancoldex a favor del banco Davivienda cumple con los requisitos legales, sin embargo el artículo 663 del código de comercio establece que cuando se efectúa un endoso en representación de una entidad, se debe establecer la calidad en la que se actúa porque no puede cualquiera aparecer endosando un título de una empresa, sino que tiene que ser la persona que este designada para ello, por lo tanto se requiere que se especifique la calidad en que se actúa, si observa cuidadosamente el pagaré numero 9362017530 encontrará que efectivamente hay un sello que no sabemos de quien es, quien lo colocó, ni la firma establecida en el pagaré podemos determinar quién la realizó.

En esas consideraciones es claro que ese endoso ha violado la norma imperativa y establecida en el artículo 663 del código de comercio y es ese el motivo de inconformidad que tiene la demandada frente al fallo.

Ahora en lo relacionado con el lleno de los requisitos pagaré que fueron expedidos en blanco, que curioso es notar que el juez determina que el valor incorporado en ese pagare, en la hoja 959133, corresponde a la realidad, cuando ya se demostró por pruebas que fueron aportadas por el banco Davivienda que el saldo de la obligación que correspondía para llenar ese espacio en blanco es la suma de \$159.359.732.61, lo certifica el banco documentalmente y lo establece el señor juez cuando hace el decreto de la excepción parcial, que el valor correcto de ese pagare es \$159.359.732.61 entonces está plenamente

demostrado que el espacio en blanco que tenía ese pagaré 959133 para efectos del capital fue alterado ya que el banco lo llenó por \$169.639.732 cuando correspondía llenarlo por el valor de \$159.359.732.61 centavos, si eso no llama la atención del aparato judicial, si eso no configura una alteración del título valor, si esa razón no es suficiente para demostrar que el pagare fue diligenciado de manera arbitraria en la posición dominante que tiene el banco Davivienda entonces la defensa encuentra que no hay asidero en la justicia en este tipo de asuntos, de igual manera si uno observa el pagare en el espacio en blanco del numeral segundo y me refiero en esta oportunidad al pagare 9362017530 contenido en la misma hoja 959133 reservado conforme al numeral tercero de la carta de instrucciones para ser llenado con el monto por concepto de intereses, se pudo probar y está determinado no en afirmaciones si no documentalmente porque está en las certificación expedida por Davivienda que el valor de los intereses al momento de llenarlo era la suma de \$10.019.948.34, sin embargo el banco en abuso de su posición dominante lo llenó arbitrariamente por el valor de \$12.481.392, esto está documentalmente probado señor juez, no es posible que pase desapercibida tal alteración, tal inobservancia de la instrucción que contiene la carta cuando el artículo 622 del código de comercio enseña que para que el titulo una vez completado pueda hacerse valer contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello, entonces está determinado, probado documentalmente que el pagaré en su incorporación no fue llenado conforme a las instrucciones lo que da paso a que la excepción propuesta debía prosperar. En estos términos dejo presentado el recurso de apelación y ya esperaré la oportunidad para su ampliación ante el Ad quem, muchas gracias señor juez.”

5.- SUSTENTACIÓN DEL RECURSO Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 24 de marzo de 2023, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes, según lo establecido en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, pronunciándose las partes así:

5.1. Presentados por la Dra. Yaritza Yineth Rodríguez Pérez, apoderada judicial de la parte ejecutada COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S. y del señor RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA.

Manifiesta la recurrente, que el juez de primera instancia desestimó las excepciones de mérito denominadas “*excepción fundada en la omisión de los requisitos que el titulo valor debe contener y que la ley no supla expresamente, numeral 4 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria, y falta de integración de los títulos ejecutivos de recaudo objeto del presente proceso*”, argumentando que de acuerdo a las circunstancias fácticas en que se fundamentan las excepciones, debieron

ser presentadas por el demandado mediante recurso de reposición contra el auto que libra mandamiento ejecutivo, y como quiera que el demandado no lo realizó de forma oportuna según lo dispuesto por el artículo 430 del Código General del Proceso, el A-quo determina de oficio que los títulos valores objeto de ejecución en el presente caso, cumplen con la totalidad de los requisitos formales exigidos por la ley.

La apoderada judicial de los ejecutados manifiesta que el A-quo únicamente tuvo en cuenta la denominación de las excepciones para valorar su prosperidad, dejando de lado estudiar los hechos en los cuales se fundamentan dichos medios de defensa, ya que a su juicio, tras analizar las circunstancias fácticas en que se fundamentan las excepciones, era factible determinar la ineficacia de los títulos ejecutivos.

Asimismo, expresa el apelante, que el juez de primera instancia para determinar la efectividad de los pagarés objeto de recaudo (el pagaré No. 9362017530, y el pagare No. 959133), únicamente se basó en los requisitos exigidos por los artículos 422 del Código General del Proceso y 708 del Código de Comercio, es decir, en que el documento incorporara la identificación de las partes, una obligación clara, expresa y exigible, la promesa incondicional de pagar una suma de dinero, la fecha de vencimiento y la firma de la persona que se obliga, sin tener en cuenta, que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si bien se le establece un término al demandado para cuestionar la validez del título ejecutivo, según lo dispuesto en el artículo 430 del Código General del Proceso, el juez conserva la potestad- deber de hacerlo de manera oficiosa.

Sobre la excepción denominada: *“omisión de los requisitos que el título valor debe contener y que la ley no supla expresamente, numeral 4 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria”*, expresa la apoderada judicial de la parte ejecutada, que con este medio no se pretenden discutir los requisitos formales del título valor, sino una circunstancia de fondo, en cuanto la parte ejecutante BANCO DAVIVIENDA S. A. llenó los espacios en blanco del pagaré número 959133, de manera arbitraria y sin tener en cuenta las instrucciones brindadas por el suscriptor, según lo dispuesto en el artículo 622 del Código de Comercio, dicha afirmación se basa en que el mencionado título valor fue suscrito por el valor de CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$169.639.732), cuando a su juicio debía ser diligenciado por el valor de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (\$159.357.732.61), teniendo en cuenta los pagos parciales realizados por la sociedad ejecutada COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S.

De igual manera, se manifiesta que los intereses corrientes también fueros diligenciados sin tener en cuenta las instrucciones del suscriptor, teniendo en cuenta que se colocó la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$12.481.391), siendo lo correcto la suma DIEZ MILLONES DIECINUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS (\$10.019.948.34).

Así las cosas, desde el punto de vista de la parte recurrente, el juez de primera instancia se quedó corto al examinar la excepción propuesta, ya que se limitó a tenerla como un medio de defensa que ataca los requisitos formales del título valor, siendo que a su juicio, diligenciar el título valor sin tener en cuenta las instrucciones del suscriptor y por cantidades superiores, puede comprometer la validez del título ejecutivo.

De otra parte, con respecto al pagaré No. 9362017530, indica la parte ejecutada que no se cumplieron los requisitos contemplados en el artículo 663 del Código de Comercio para que el endoso tenga validez, toda vez que no se acredita la calidad del endosante.

Finalmente, en lo referente a la excepción denominada: *“inoponibilidad del negocio jurídico frente a la entidad representada por la extralimitación de las facultades estatutarias dadas al representante legal”*, la recurrente manifiesta que el A-quo desestimó dicha excepción basado en el artículo 901 del Código de Comercio que señala: “serán oponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad”, sin embargo, la apoderada judicial de los ejecutados indica que la COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S, no es un tercero, porque no ha intervenido directamente en el negocio jurídico.

No obstante, señala la apelante que la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S. no participó de forma directa entre el negocio jurídico suscrito por el representante legal y el BANCO DAVIVIENDA S. A. razón por la cual, no puede ser considerada como un tercero, en consecuencia, considera que el A-quo interpretó indebidamente la calidad que tenía la sociedad dentro del negocio jurídico.

6.- CONSIDERACIONES.

6.1 Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal, representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo, como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una

sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

6.2. La legitimación en la causa

La legitimación en la causa como institución de derecho sustancial que es, también concurre en este caso, si se tiene en cuenta que la entidad bancaria es la persona que figura como titular de un derecho de crédito que pretende hacer efectivo por la vía ejecutiva, frente a los demandados que figuran como suscriptores de los títulos valores presentados como base de recaudo ejecutivo.

6.3. Naturaleza de la acción instaurada

Reiteradamente se ha establecido que el proceso ejecutivo no busca la declaratoria de un derecho sustancial en incertidumbre, sino hacer efectivos derechos que ya se encuentran reconocidos por actos o en títulos que por sí mismos hacen plena prueba de tales derechos. El fundamento del proceso de ejecución lo constituye el documento que contenga la obligación reconocida y cierta. Este documento puede ser de diferentes especies y recibe el nombre de título ejecutivo, que tiene la característica especial de producir en el juzgador la certeza plena, en cuanto a quien es el acreedor, quien es el deudor, cuánto, que se debe y desde cuándo.

En efecto, las normas procesales reclaman que los documentos en que se basa el recaudo judicial, deben reunir ciertos requisitos para constituir títulos ejecutivos. Pueden ser de fondo y de forma. Las condiciones formales se concretan en que el documento donde conste, la obligación provenga del deudor y que constituya plena prueba contra el mismo; de esta manera, las condiciones formales buscan que los documentos que integran el título conformen una unidad jurídica, que sean i) auténticos, y ii) que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contenciosos administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.

Por su parte las de fondo tienen que ver con la obligación, la cual según lo estipula el artículo 422 del Código General del Proceso, debe ser clara, expresa y exigible; que sean líquidas o liquidables por simple operación aritmética, en el caso de obligaciones pagaderas en dinero.

Sobre las condiciones de claridad y expresión de las obligaciones que puedan ser ejecutadas ha dicho la doctrina:

“La obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del contenido del título, sea que consista ésta en un solo documento o en varios que se complementen formando una unidad jurídica. Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógicos jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta.

(...)

“La obligación es clara cuando además de expresa aparece determinada en el título en cuanto a su naturaleza y sus elementos (objeto, término o condición y si fuere el caso su valor líquido o liquidable por simple operación aritmética), en tal forma que de su lectura no quede duda seria respecto a su existencia y sus características.

“Obligación exigible es la que debía cumplirse dentro de un término ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acaecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento solo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no someterse a plazo ni a condición (C.C., arts. 1608 y 1536 a 1542).”

(Hernando Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal Tomo III. Vol II. P.589).

6.4. El pagaré como título ejecutivo

Ahora bien, en cuanto al título ejecutivo aducido en el caso bajo estudio, la Sala advierte que se trata de un título valor. Sabido es que por definición legal los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora (artículo 619 Código de Comercio); que toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de circulación (artículo 625 ibidem.); y que el suscriptor de un título valor quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, con obligación autónoma (artículos 626 y 627 ibidem).

A pesar de lo anterior, la acción cambiaria ejercitada para reclamar el pago del importe del título valor es susceptible de ser enervada por el demandado que oportunamente alegue y pruebe alguno de los medios defensivos autorizados por el artículo 784 del Código de Comercio, cuya taxatividad tiene como fundamento la naturaleza y características especiales de que gozan los títulos valores, cuales son: incorporación, autonomía y legitimación.

Ahora bien, en cuanto al título ejecutivo aducido en el caso bajo estudio, la Sala advierte que se trata de un título valor, particularmente del pagaré. Atendiendo a ello, se debe señalar que de conformidad con la disposición consagrada en el artículo 709 del C. de Comercio, *“El pagaré debe contener, además de los requisitos que establece el Artículo 621, los*

siguientes: 1) La promesa incondicional de pagar una suma determinante de dinero; 2) El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago; 3) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y 4) La forma de vencimiento”.

6.5. Problema jurídico.

Se conoce el proceso en segunda instancia con el objeto de que se surta la apelación instaurada por el apoderado judicial de la parte demandada COMERCIALIZADORA MUSHSAISA S. A. S. y RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA. Para tal propósito, se tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 328 del C.G.P., según el cual: *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos establecidos por la ley”,* y que *“Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”;* precepto que permite a la Sala emitir pronunciamiento de fondo limitándose a los argumentos de la parte recurrente, en la medida que los apelantes se ubican en uno de los extremos de la litis.

En atención a todos los lineamientos fácticos y probatorios y atendiendo la sustentación del recurso de apelación que obra dentro del proceso, el problema jurídico genérico a desentrañarse por esta Sala, consiste en determinar si están debidamente probadas las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, de manera que quebran ten el éxito de las pretensiones de la ejecución traídas en la demanda; o si por el contrario, la decisión apelada, al haber desestimado las mismas, se encuentra conforme a derecho y en consecuencia debe ser confirmada.

6.6. El caso concreto

Inicialmente, y en atención a los alegatos de conclusión sustentados por el extremo activo de la relación procesal, la Sala puntualiza que es carga procesal del recurrente en apelación sustentar todos los puntos de la decisión de primer grado que suscitan reproche en caso de pretender que sobre todos se decida, exponiendo de manera clara y completa las razones fácticas y jurídicas que lo distancian de la resolución judicial, conforme a las reglas del **sistema dispositivo** que imperan en materia civil.

Por lo anterior, en esta instancia la decisión que en derecho correspon da versará exclusivamente frente a los ítems que fueron objeto de censura ante el juzgador de primer grado.

Pues bien, el caso bajo estudio, el demandante BANCO DAVIVIENDA S.A. en su calidad de acreedor, demanda ejecutivamente a la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHSAISA

S. A. S. y a su representante legal RAUL NICOLAS FRAGOZO DAZA, quien suscribió en representación de la sociedad el pagaré en blanco de referencia 959133 en fecha 23 de octubre de 2017, el cual fue diligenciado con fecha de vencimiento del 28 de enero de 2020; y el pagaré en blanco de referencia 9362017530, en el cual se hizo uso de la cláusula aceleratoria para hacer efectivo su cobro, los valores diligenciados en la demanda se detallan de la siguiente manera:

CONCEPTO:	VALOR:
Capital de la obligación No. 959133:	\$166.384.812.
Intereses corrientes causados y no pagados:	\$12.381.391
Capital de la obligación No. 9362017530	\$210.000.000
Intereses corrientes causados y no pagados:	\$5.759.424

Con respecto al pagaré contenido en la hoja de seguridad No. 959133, diligenciado por la parte ejecutante por el valor de \$166.384.812, el juzgador de primera instancia decidió tener como probada la excepción de pago parcial de la obligación, por lo cual, el capital del título valor antes mencionado corresponde a la suma de \$159.357.732,61 por concepto de capital y la suma de \$10.019.948,34 por concepto de interés corrientes; como quiera que el recurrente no hizo alusión a la procedencia de la excepción de pago parcial en los argumentos que sustentan su recurso de apelación, el tribunal no estudiará el particular.

Dilucidado lo anterior, procederá la Sala al análisis de las excepciones:

6.6.1. Excepciones denominadas: *“omisión de los requisitos que el título valor debe contener y que la ley no supla expresamente, numeral 4 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria” y “Falta de integración de los títulos de recaudo objeto del presente proceso”.*

*El apoderado de la parte ejecutada propuso la excepción denominada “Omisión de los requisitos que el titulo valor debe contener y que la ley no supla expresamente, numeral 4 artículo 784 del Código de Comercio, norma especial y vigente para el ejercicio de la acción cambiaria”, argumentando que el pagaré contenido en las hojas de seguridad No. 959133, pero que corresponden al pagaré 9362017530, es un documento con espacios en blanco, cuenta con una carta de instrucciones para su diligenciamiento y; al ser llenado a mano por el banco ejecutante, no observó la autorización para ello con abierta violación del artículo

622 del C.Co y alterando el valor que corresponde, en tanto incluyó el valor de \$12.481.391,00 por concepto de intereses causados y no pagados.

El Juez A-quo desestimó las excepciones, pues, si bien consideró que el fundamento de las mismas atacan los requisitos formales del título ejecutivo, y no fueron debatidas oportunamente por el ejecutado a través de recurso de reposición, según lo dispuesto en el artículo 430 del Código General del Proceso.; sin embargo procedió a la revisión oficiosa de los títulos valores, estableciendo que la obligación cumple con los requerimientos de ley para prestar mérito ejecutivo y es exigible por cuenta de la cláusula aceleratoria de conformidad con el plan de amortización anexo al expediente.

Sobre este punto, la recurrente manifiesta que el A-quo no se detuvo a examinar los hechos en los cuales fundamentaban estas excepciones, que en su sentir debaten circunstancias que cuestionan los requisitos de fondo del título ejecutivo, tales como el diligenciamiento del título valor sin tener en cuenta las instrucciones brindadas por el suscriptor, al ser llenado por un valor superior al adeudado por los ejecutados y la falta de requisitos legales que debe contener el endoso consignado en el pagare No. 9362017530.

Ciertamente, al revisar detenidamente la sentencia recurrida se puede evidenciar que efectivamente el A-quo, al revisar de manera oficiosa los títulos presentados como base de recaudo, no se hizo alusión al reparo de la ejecutada, en cuanto manifestó que la parte ejecutante abusó de su posición dominante al momento de diligenciar los espacios en blanco del título valor contenido en la hoja de seguridad No. 959133, por un valor mayor al realmente adeudado por el demandado, y que esto a su juicio genera la invalidez del título valor,

De acuerdo con lo establecido en el artículo 619 del Código de Comercio, *“los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancía”*.

Significa lo anterior que el título valor es un instrumento objetivo y formal que representa un derecho y se basta a sí mismo para su reclamación, por ministerio de la ley. Dentro de dichos títulos la ley ha incluido aquellos que con el ánimo de que se constituyan como tales, se firman en blanco o se deja algún espacio en blanco para ser llenado con posterioridad por quien este legitimado para ello, pero, siempre conforme con las instrucciones que para el efecto haya impartido el girador. Se trata del artículo 622 del Código de Comercio que, para uno y otro caso, dispone que el título debe ser diligenciado o llenado *“...conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio*

del derecho que en él se incorpora...” o “...de acuerdo con la autorización dada para ello...”.

Tales autorización o instrucciones, si bien por elemental prudencia debieran quedar plasmadas en algún documento (como ciertamente lo recomendó a los establecimientos de crédito del País la entonces Superintendencia Bancaria por medio de la Circular Externa No. 007 de enero 19 de 1996), no necesariamente deben constar por escrito, y menos aún se convierten en un requisito de la esencia, validez o existencia del título valor, pues mientras éste reúna los contemplados en el artículo 621 del Código de Comercio, y para el caso especial del artículo 709 de la misma obra, no puede hablarse de una INEFICACIA por INEXISTENCIA del título valor. Obsérvese que ni en el Código del Comercio ni en posterior disposición legal se consagra que si un título valor ha sido creado en blanco o con espacios en blanco, su fuerza ejecutiva solo podrá derivar de la conjunción o suma del título y el documento que contenga la autorización (para el caso del título valor totalmente en blanco, esto es, con la sola firma del suscriptor) o instrucciones (para el caso del título valor con espacios en blanco).

Ahora bien, en materia probatoria, la incorporación, literalidad, autonomía y legitimación que se predicán del título valor se traducen en que, de proponerse excepciones en su contra, será a la parte ejecutada a la que corresponde demostrar, o bien la falta de idoneidad del documento para erigirse en título ejecutivo por la ausencia de algún requisito de ley para el efecto, o, que pese a la legalidad del documento, existe algún hecho que varíe la obligación en su monto o condiciones de exigibilidad.

Bajo esta perspectiva, cuando el deudor alega como en este caso que el título valor fue firmado en blanco como garantía del cumplimiento de obligaciones a su cargo y que la parte ejecutante llenó el documento contrariando las instrucciones del deudor, no le basta simplemente poner de relieve la existencia de espacios en blanco en el título valor al momento de su suscripción, sino que debe darse a la tarea de demostrar que ello (haber suscrito el título valor “con espacios en blanco”) ocurrió así, y cuáles fueron las instrucciones que se impartieron para su diligenciamiento que fueron desatendidas por la tenedora que promovió el proceso, como se alega en este caso, pues es a él a quien incumbe la carga de *“...probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue...”* (artículo 167 Código General del Proceso)

Al respecto, el artículo 622 del Código de Comercio, expresa lo siguiente:

“Si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora.

Una firma puesta sobre un papel en blanco, entregado por el firmante para convertirlo en un título-valor, dará al tenedor el derecho de llenarlo. Para que el título, una vez completado, pueda hacerse valer contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse, deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello (...).”

Sobre este particular, esta sala observa que si bien, la parte demandante al diligenciar los espacios en blanco del pagaré No. 959133, colocó un valor superior al capital adeudado por el ejecutado (\$166.384.812), siendo en realidad \$159.357.732,61) y a los intereses corrientes (\$12.381.391, siendo en realidad \$10.019.948,34), esta circunstancia no deriva necesariamente en la invalidez del pagaré estudiado, toda vez que el juez en sentencia de primera instancia al declarar probada la excepción de mérito de pago parcial, ordenó tener en cuenta los valores cancelados por el ejecutado en la liquidación de crédito, lo cual, es una medida de saneamiento que permitió encaminar de forma correcta la ejecución de las sumas de dinero perseguidas dentro del presente litigio.

Es por ello, que esta sala considera que el diligenciamiento incorrecto de los pagarés por parte de la sociedad demandante, ya fue saneado con la prosperidad de la excepción de pago parcial, por lo cual, no es dable afirmar que se predique la invalidez de los pagarés objeto de recaudo.

*De otra parte, se observa que el reparo encaminado a discutir la validez del endoso plasmado por BANCOLDEX en el pagaré No. 9362017530, por no cumplir a su juicio con los requisitos establecidos en el artículo 663 del Código de Comercio (identificación de la persona que firma), debe ser entendido como un medio exceptivo dirigido a debatir los requisitos formales del título valor, razón por la cual, la etapa procesal indicada para tal fin, ya se encuentra precluida, de conformidad con lo señalado en el artículo 430 del Código General del Proceso.

Asimismo, esta Sala encuentra que el mencionado reparo no fue objeto de debate por el ejecutado en primera instancia, ya que después de la revisión detallada de la contestación de la demanda, no se observa que la excepción propuesta haga referencia en ningún aparte sobre la validez del endoso plasmado en el pagaré No. 9362017530. Por tal motivo, le encuentra vedado a la presente Sala referirse a este punto, en tanto no resulta procedente que las partes guarden una actitud silente ante situaciones referentes al litigio durante la primera instancia,

para luego de precluida la etapa probatoria, sorprendan a la contraparte alegando tales circunstancias únicamente en segunda instancia.

*La parte demandada fundó la excepción de “Falta de integración de los títulos de recaudo objeto del presente proceso” en que si bien pueden existir títulos simples que constan en un documento; sin embargo, nada impide que el título debe ser integrado por varios que en su conjunto demuestren la existencia de la obligación, como en este caso, indicando que el acreedor debió anexar a la demanda prueba del desembolso del pagare, plan de amortización de cada pagaré.

En lo que hace relación a la falta de integración del título presentado como base de recaudo ejecutivo, es importante precisar que no puede confundirse la noción de título ejecutivo con la de título valor, pues se trata de documentos que conceptualmente se encuentran regidos por principios y características jurídicas que los diferencian e individualizan. En efecto, los títulos valores son bienes mercantiles que al tenor del artículo 619 del Código de Comercio constituyen documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Estos principios de autonomía y literalidad propios del título valor hacen que sea un documento formal y especial, toda vez que la fusión inescindible entre derecho y documento legitima al tenedor, conforme con la ley de circulación del título valor, a exigirlo en el tráfico jurídico y a perseguir su cobro por vía ejecutiva mediante la denominada acción cambiaria (artículo 780 y ss. del Código de Comercio), con independencia de la relación o negocio jurídico causal que le dio origen, imprimiendo seguridad y certeza al derecho que de manera incondicional en él se incorpora (artículos 619, 625, 626, 627 y 647 de la misma obra).

Aunado a lo anterior, la regla general de la negociabilidad o circulación del título valor según sea al portador, a la orden o nominativo -entrega, o endoso y entrega, o endoso, entrega e inscripción en libro correspondiente- (artículos 648, 651 y 668 *ibídem*) y la presunción de autenticidad de su contenido y firmas, permiten individualizarlo de otro tipo de documentos (artículo 793 *eiusdem*) y constatar que se rige por un régimen normativo especial que no se aplica a los demás títulos ejecutivos.

Para el caso que nos ocupa, ello implica que las características y condiciones del negocio subyacente no afectan el contenido del derecho de crédito incorporado al título valor, sin perjuicio de que entre el titular del mismo y el deudor –lo que excluye a los demás tenedores de buena fe– puedan alegarse las excepciones personales o derivadas del negocio causal. Empero, esto no conlleva que las consideraciones propias de ese tipo de contratos o convenciones incidan en la literalidad del crédito que contiene el título valor. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, enseña que “la

literalidad, en particular, determina la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título valor, permitiéndole al tenedor atenerse a los términos del documento, sin que, por regla general, puedan oponérsele excepciones distintas a las que de él surjan. Es de ver, con todo, que por cuanto la consagración de la literalidad es una garantía para quien desconoce los motivos que indujeron la creación o la emisión del título, o ignora los convenios extracartulares entre quienes tomaron parte antes que él en su circulación, es obvio que ella está consagrada exclusivamente en beneficio de los terceros tenedores de buena fe, pues este principio no pretende propiciar el fraude en las relaciones cambiarias.”¹

De esta manera, en virtud de la literalidad de los títulos valores, solamente puede exigirse el derecho que se incorpora en él, sin lugar a otros anexos, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 626 del Código de Comercio que establece “*el suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia*”, pues, ello implica que el contenido de la obligación crediticia corresponde a la delimitación que de la misma ha previsto el título valor que la incorpora, sin sea admisible la consideración de títulos valores complejos, puesto que se trata de documentos simples que por la naturaleza especial que los regula no permiten que se confeccionen mediante diferentes instrumentos, perspectiva desde la cual debe confirmarse el despacho desfavorable de esta excepción en la medida que se trata de una acción cambiaria donde se ejercita el derecho incorporado en el título valor, sin exigirle al acreedor conformar el título valor con otros documentos-

6.6.2.- Excepción denominada: “*inoponibilidad del negocio jurídico frente a la entidad representada por la extralimitación de las facultades estatutarias dadas al representante legal*”.

Con respeto a la excepción de la referencia, la apoderada judicial de la parte ejecutada expresa que el representante legal de la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S. no contaba con las facultades estatutarias para contraer, sin autorización de la junta directiva, obligaciones superiores a la suma de 250 SMLV, que para el año 2017, se trataba de la suma de \$184.429.253, por lo cual, en su sentir, se debe tener como ineficaz el pagaré No. 9362017530 por valor de \$210.000.000, celebrado por el señor RAÚL FRAGOZO DAZA sin la debida autorización.

El juez de primera instancia declaró no probada la excepción de mérito en mención, argumentando que el artículo 901 del Código de Comercio, señala que “*(...) Será inoponible a terceros el negocio celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija (...)*”. En este sentido, el A-quo indica que la inoponibilidad no es aplicable a aquellas

¹ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia de 19 de abril de 1993

personas que intervienen en el negocio jurídico sea a título personal o por representación, ya que participan de forma directa y no serían reconocidos como terceros.

El apelante manifiesta en sus reparos que la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHAISA S. A. S, sí resulta ser un tercero en la celebración del negocio jurídico, realizado por el representante legal con el ejecutante sin facultades estatutarias para ello, debido a que el señor RAÚL FRAGOZO DAZA, contrajo la obligación por valor de \$210.000.000, sin autorización de la asamblea de socios, tal como se le exige en los estatutos cuando se celebren negocios mayores a 250 SLMV, por lo cual, solicita que se declare probada la presente excepción.

Pues bien, en primera medida, se procederá a analizar los efectos del fenómeno de la inoponibilidad, frente a las partes y a los terceros.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC9184 de 2017 con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez, expresa que: *“(...) la inoponibilidad es una garantía que tienen los terceros adquirentes de buena fe para que un negocio del que no hicieron parte no los afecte cuando no se cumplió el requisito de publicidad; de suerte que ni su celebración ni su eventual nulidad pueden perjudicarlos, por lo que la declaración judicial que se haga respecto de la validez de aquel acto no tiene la aptitud de afectar su propio derecho legítimamente conseguido. La inoponibilidad valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados.”*

En vista de lo anterior, se evidencia que la inoponibilidad del negocio sin el cumplimiento de requisitos de publicidad únicamente afectará a los terceros, que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referenciada en precedencia, se le considera como *“(...) todas aquellas personas extrañas a la convención. Todos aquellos que no han concurrido con su voluntariedad a su generación. Toda persona que no es parte, es tercero». Son terceros relativos quienes no tuvieron ninguna intervención en la celebración del contrato, ni personalmente ni representados, pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses, por lo que les importa establecer su posición jurídica frente al vínculo previo del que son causahabientes, y esa certeza sólo la pueden adquirir mediante una declaración judicial; como por ejemplo el comprador, el acreedor hipotecario, el acreedor quirografario, el legatario, el donatario, el cesionario, etc (...)Para que una persona pueda beneficiarse de la invocación de la inoponibilidad, tiene que ser un tercero relativo al que la celebración del contrato, su nulidad, simulación, o cualquier efecto entre las partes, no puede degradar su posición jurídica por ser un adquirente in loco domini, es*

decir que su derecho deriva legítimamente del dominus; de manera que la suerte que corra el acto ajeno (válido o inválido entre las partes) en virtud de una declaración judicial, tendrá que respetar y reafirmar el carácter incuestionable de su propio derecho.”

En este orden de ideas, se tiene que solamente los terceros relativos; es decir, aquellos que no tuvieron intervención alguna en la celebración del contrato, ni siquiera a través de representante legal, son los que puede alegar en su beneficio la figura de inoponibilidad del negocio jurídico.

En el caso en particular, si bien el representante legal de la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHSAISA S. A. S. no contaba con las facultades estatutarias para contraer obligaciones superiores a 250 SLMV, como se observa en el certificado de existencia y representación legal, al prever que aquel se encontraba facultado para: “(...) *celebrar los actos y contratos comprendidos en el objeto social de la compañía necesario para que esta desarrolle plenamente sus fines. Pero cuando pretenda suscribir contratos o entrar en operaciones de crédito y financieras, cuyos valores superen el equivalente a 250 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de realizar o ingresar en la correspondiente operación o suscribir el respectivo contrato, deberá obtener autorización previa de la asamblea de accionistas (...)*”; perspectiva desde la cual el señor RAÚL FRAGOZO DAZA sí celebró el negocio jurídico en representación de la sociedad, de suerte que los efectos que tiene la suscripción de los títulos valores a favor del ejecutante son oponibles a la sociedad COMERCIAIZADORA MUSHSAISA S. A. S., ya que ésta debe ser tenida como parte directa en la celebración del negocio jurídico y no como un tercero relativo.

Aunado a lo anterior, es evidente que la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHSAISA S. A. S. no es un tercero (ni absoluto ni relativo) respecto de la celebración de la escritura de hipoteca, como quiera que es la persona jurídica dueña del inmueble sobre el cual el representante legal constituyó dicho gravamen, y para dicho negocio si contó con la autorización de los socios, por lo tanto no es posible invocar la inoponibilidad a su favor.

Si bien el artículo 196 del Código de Comercio expresa que los representantes legales están facultados para ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social que se relacionen con su funcionamiento, en caso del que el representante legal se hubiese extralimitado en sus funciones, la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHSAISA S. A. S. tenía a su disposición la posibilidad de interponer acciones en contra del representante legal, tales como la acción de responsabilidad social prevista en el artículo 25 de la ley 222 de 1995; sin embargo, se evidencia que dicha sociedad no promovió ningún tipo de acción contra el representante legal dentro del término oportuno de cuatro años que establece la norma, ya que no se aporta al plenario prueba siquiera sumaria de dichas actuaciones. Por el contrario,

sí se evidencia por parte de esta Sala, que los miembros de la asamblea de accionista refrendaron su aprobación del negocio jurídico celebrado según el acta extraordinaria de socios No. 15 de fecha 27 de noviembre de 2017, mediante la cual se otorgó autorización al señor RAÚL FRAGOZO DAZA para la celebración de la hipoteca a favor del BANCO DAVIVIENDA S. A.

Por las anteriores consideraciones, esta agencia judicial considera que los argumentos brindados por el juez de primera instancia para resolver la presente excepción son acertados, ya que en el presente caso la sociedad COMERCIALIZADORA MUSHALISA S. A. S. no puede ser vista como un tercero ni relativo, ni absoluto, por lo cual, no le es dable hacerse beneficiario de la figura de inoponibilidad del negocio jurídico.

A partir de las consideraciones expuestas, al encontrarse acreditados los requisitos exigidos por la norma para la exigencia por vía ejecutiva de una obligación contenida en un título valor, se confirmará el despacho desestimatorio de las excepciones propuestas por la parte demandada.

.- De la sustitución de poder elevada por el Dr. Eder Hugues Peñaranda Álvarez.

Frente a la sustitución de poder signada por el Dr. Eder Hugues Peñaranda Álvarez, identificado con cedula de ciudadanía N° 17.952.773 de Fonseca La, Guajira, y T.P 147.160 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de la empresa demandada Comercializadora Mushalisa S.A.S., respecto de la Dra. Yaritza Yineth Rodríguez Pérez, identificada con cedula de ciudadanía N°27.041.899 de Maicao, La Guajira, y T.P N°115.344 del Consejo Superior de la Judicatura, tenemos que cumple con lo estipulado para tal fin en el artículo 75 del Código General del Proceso, razón por la que procede reconocerle personería jurídica en esta instancia, en los términos conferidos al apoderado principal conforme al poder visible a folio 62 del cuaderno denominado “01 Davivienda vs Mushalisa (proceso digitalizado – redistribución) (fl.1-127)”.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 15 de julio de 2022, proferida por el otrora Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, al interior del presente proceso ejecutivo, seguido por seguido por BANCO DAVIVIENDA S.A. contra

COMERCIALIZADORA MUSHSAISA S. A. S. y RAÚL NICOLÁS FRAGOZO DAZA, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada a pagar las costas procesales de las dos instancias. Tásense y Liquídense por Secretaría

TERCERO: Al momento de elaborar la liquidación de las costas causadas en segunda instancia, téngase como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

QUINTO: Reconocer personaría jurídica para actuar como apoderada sustituta de la demandada Comercializadora Mushaisa S.A.S., a la Dra. Yaritza Yineth Rodríguez Pérez, identificada con cedula de ciudadanía N°27.041.899 de Maicao, La Guajira, y T.P N°115.344 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme la motivación que precede.

SEXTO: NOTIFICAR por Estado esta providencia.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente.

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado.

LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado

Firmado Por:

Paulina Leonor Cabello Campo
Magistrado
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Henry De Jesus Calderon Raudales
Magistrado
Sala Despacho 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Luis Roberto Ortiz Arciniegas
Magistrado
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1fa13e74dadd9125c1c7011aa0f4f70ed0ac371b6d5bc10a828e84f04185e49b**

Documento generado en 28/08/2023 02:52:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>