

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho de la señora Juez las presentes diligencias para que se sirva proveer sobre el recurso de reposición, interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante. Santiago de Cali, diez de junio de 2022.

El secretario;

JERÓNIMO BUITRAGO CÁRDENAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

Interlocutorio No. 380/

Proceso: **EJECUTIVO SINGULAR DE MAYOR CUANTÍA**
Radicación: **760013103018-2021-00243-00**
Demandante: **GERMAN ORREGO ARISTIZABAL**
Demandado: **SOCIEDAD BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S.**

I. OBJETO:

Se resuelve el recurso de reposición, incoado por el apoderado judicial de la parte demandante SEBASTIÁN JIMÉNEZ OROZCO, contra el auto interlocutorio No. 036 de fecha veinticinco (25) de enero 2022, mediante el cual, se libra mandamiento de pago y se decreta medida cautelar.

II. DEL RECURSO:

El demandado, Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., a través de su apoderado judicial con fundamento en lo previsto en los artículos 90, 422 y 597 del CGP, solicita:

- 1.1. Que se revoque el mandamiento ejecutivo proferido por el despacho, en consideración a que el documento aportado no cumple con las condiciones para ser título valor ni título ejecutivo.
- 1.2. Que se condene al demandante a la indemnización de perjuicios en consideración a la práctica de medidas cautelares efectuada en este asunto.
- 1.3. De manera subsidiaria, en el evento que no se acceda a las anteriores peticiones, solicita que se inadmita la demanda por las razones señaladas en este escrito.
- 1.4. Que, en caso de seguir adelante con el proceso ejecutivo, se ordene al extremo demandado que entregue al despacho el pagaré así como la carta de instrucciones usados como base de la ejecución.

Las anteriores peticiones las fundamenta en los siguientes argumentos:

El título valor no proviene del deudor ni contiene la firma de quien lo crea.

La sociedad deudora suscribió el pagaré No. 79867753 de fecha 31 de diciembre de 2020, el demandante pretende el cobro de una suma escrita en un pagaré, que obra en el proceso en calidad de título valor y, a su vez, como título ejecutivo. El documento aportado no cumple con la condición de ser título valor suscrito por Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. y, por lo tanto, no puede ser invocado como título ejecutivo para librar mandamiento ejecutivo en este proceso, por cuanto quien figura como firmante, el señor Alfonso María Otoyá Dussan no fungía como representante legal de la sociedad en la fecha de suscripción de los documentos-

Según el artículo 621 del código de comercio uno de los requisitos esenciales de todo título, es la firma de quien lo crea, es decir se busca atribuir un título valor a una persona al margen de las discusiones sobre el endoso o avales. De lo contrario, no sería título valor o al menos no podrá ejercerse la acción cambiaria directa en contra de una persona que no fue quien suscribió ese pagaré.

Según el demandado, no se cumple con lo estipulado en el artículo 422 del CGP, toda vez que el documento no contiene la firma de Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., es decir, que no es título valor pues no contiene la firma de quien se afirmó en la demanda que creó el título, y tampoco es título ejecutivo en su contra.

Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., soportan la anterior tesis en los siguientes hechos:

- *La carta de instrucciones tiene como fecha de suscripción el 31 de diciembre de 2020. La instrucción número 5 dispone que "la fecha de suscripción del pagare (sic) que surja de la aplicación de estas instrucciones será la misma fecha de suscripción del presente documento".*
- *El pagaré, según su literalidad, tiene como fecha de creación el 31 de diciembre de 2020.*
- *Alfonso María Otoyá Dussan fue representante legal de la sociedad Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. desde el día 1 de febrero de 2016 y hasta el día 31 de marzo de 2018.*
- *Los representantes legales principales y suplentes el día 31 de diciembre de 2020 eran los señores Iván Enrique Barreto Márquez, Manuel Bernardo Reyes y Henry Felipe Salcedo Díaz.*
- *Ninguno de los representantes legales de Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. firmó la carta de instrucciones ni el pagaré.*

En este sentido Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., hace referencia los artículos 196, 163 y 164 del Código de Comercio y sustrae aparte doctrinal, para concluir que queda

totalmente excluida la posibilidad de que la sociedad sea obligada o adquiera cualquier compromiso si no actúa a través de su administradores o representantes legales, además el encargo como representante legal es temporal y revocable, en esa medida, solo tiene efecto durante un periodo específico determinado por la ley. Para efectos de este proceso judicial el periodo de Alfonso María Otoy Dussan, como representante legal, tuvo inicio el día 2 de febrero de 2016 y como cese el día 4 de abril de 2018, fechas en que se inscribieron su nombramiento y remoción respectivamente en el registro mercantil.

También indica la Sociedad Buena Vista Constructora y Promotora S.A.S., que el demandante, German Orrego Aristizábal, es conocedor de primera mano que para la fecha impuesta en el título valor y su carta de instrucciones, el señor Otoy Dussan no era representante legal, pues para esa fecha el demandante fungía como miembro principal de la Junta Directiva de Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. Por este motivo, el documento aportó como base de la acción carece de dos requisitos formales para poder dictar mandamiento ejecutivo. A) El título valor no contiene la firma de quien lo crea, según el escrito de demanda y b) El título ejecutivo no proviene del deudor quien se le imputa la deuda en el escrito de la demanda.

El supuesto título ejecutivo no cumple con el requisito de ser exigible.

En este caso, para la exigibilidad de la obligación y la consecuente autorización de diligenciamiento del pagaré se debía cumplir la condición de mora en el pago de alguna obligación que Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. tuviera con el señor Germán Orrego.

En relación con la exigibilidad que trata el artículo 422 de CGP, la Sociedad demandada, trae a colación lo estipulado en el artículo 1608 del Código de Comercio, artículo 94 del Código General del Proceso y algunos planteamientos doctrinales, para concluir que en este caso no existe ninguna prueba, ni afirmación siquiera que señale que la obligación supuestamente a cargo de Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. es exigible, toda vez que se desconoce cuál fue la obligación con base en la cual se diligenció la fecha de vencimiento del pagaré, se desconoce su objeto, causa y condiciones; además la diligenciada resulta absolutamente arbitraria, también el demandante no señaló cual es la suma en la que supuestamente incurrió en mora la sociedad demandada el día 30 de abril de 2021, de lo cual no existe prueba, porque, a) Si se trata de una obligación sujeta a plazo o condición, el demandante no aportó prueba del incumplimiento del pacto modal; b) Si la obligación debía ser cumplida en una época determinada, no se aportó prueba de dicho pacto y el incumplimiento del mismo y c) El 30 de abril de 2021 no existía reconvención judicial, pues Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. no había sido notificada de mandamiento ejecutivo o auto admisorio en que se reclamara el incumplimiento de la obligación objeto de este proceso.

En cuanto a la petición 1.2. la Sociedad demandada, con fundamento en el artículo 597 del CGP considera que el despacho deberá condenar por perjuicios al extremo demandado, y que en la oportunidad procesal correspondiente aportará las pruebas, incluido el juramento estimatorio de los perjuicios ocasionados con la práctica de las medidas cautelares.

En cuanto a la petición 1.3., la Sociedad demandada, refiere los siguientes fundamentos para inadmitir la demanda:

Inexistencia e insuficiencia de poder.

Con fundamento en los artículos 74 del CGP, la Sociedad demandada afirma que, una vez revisado el poder otorgado por el sujeto demandante, salta a la vista que no se trata de ninguna de estas dos clases de poder. Por un lado, porque no fue otorgado por escritura pública y, por otro lado, porque el documento no fue presentado personalmente ante notario, o juez u oficina judicial de apoyo.

Además, refiere que si bien es cierto que el artículo 5 del Decreto 806 de 2020, permite conferir poder mediante mensaje de texto, el documento aportado al proceso como poder no cumple con la definición de mensaje de datos (artículo 2 de la Ley 527 de 1999). Por el contrario, se trata de un documento físico escaneado simplemente. Es decir, que no se trata de una información generada por medios electrónicos y que por lo tanto, aunque sea enviada como adjunto de un correo electrónico, no cumple con los requisitos para ser considerado como mensaje de datos. Para que exista poder en mensaje de datos, el texto deberá venir en el cuerpo del mensaje de correo electrónico. Adicionalmente, la parte demandada no acredita que los correos señalados en el poder debajo de la firma de cada apoderado sean las direcciones inscriptas en el Registro Nacional de Abogados. Y por si fuera poco el poder no fue enviado a todas las direcciones señaladas.

En cuanto a la insuficiencia de poder, en el poder otorgado no existe facultad para solicitar el pago de intereses de mora, como lo hizo el apoderado demandante en su escrito de demanda, por lo tanto, el mandamiento ejecutivo fue proferido en exceso de las facultades que le fueron conferidas al apoderado demandante.

Por los motivos descritos anteriormente, la sociedad demandada, afirma que la demanda deberá ser inadmitida de conformidad con lo señalado por el numeral 5 del artículo 90 del CGP.

Inexistencia de juramento estimatorio.

La sociedad demandada con fundamento en el artículo 82 y 206 del CGP y el artículo 1617 del Código Civil y las normas concordantes del Código de Comercio, considera que quien pretenda el pago de interés de mora deberá estimarlos razonablemente en su escrito de demanda, por ser una indemnización de perjuicios. Así, mismo será su obligación discriminar cuál es la tasa de interés usada, cuál es la fuente de esa tasa de interés y cómo llegó al valor calculado como intereses, pues de lo contrario será imposible realizar una objeción razonada al juramento. Si bien la tasa de interés no debe probarse por ser hechos notorios, el valor de la indemnización que se solicita será el producto de liquidar las tasas en periodos determinados, por lo tanto, es obligación del demandante estimar el valor de esos perjuicios en el juramento estimatorio.

En cuanto a la petición 1.4., la Sociedad demandada, con fundamento en el artículo 619 del Código de Comercio, si se continúa con el proceso, solicita que el demandante entregue el Título Valor y su carta de instrucción al despacho, con el fin que el despacho pueda verificar que el ejercicio de la acción se hace con fundamento en el título valor original y que esta se está ejercitando por quien es legitimado para este fin y con ello evitar alteraciones, modificaciones o cualquier irregularidad.

El señor German Orrego a través de su apoderado judicial, descorre traslado del **recurso de reposición contra mandamiento de pago**, interpuesto por la Sociedad Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., manifestando:

No es cierto que el pagaré No.79867753 que fue aportado con la demanda carezca de los requisitos exigidos por la ley para ser tenido como un título valor suscrito por Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., pues a diferencia de lo indicado por el apoderado de la demandada, el pagaré si contiene la firma de la persona creadora y esta a su vez, se encontraba plenamente facultada para emitir el documento y obligar a la sociedad deudora.

La sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. se constituyó mediante escritura pública No.130 del 23 de enero de 2004, cuyos socios constituyentes fueron los señores GERMAN ORREGO, IVAN E. BARRETO, MAURICIO POSSO, GERMAN POSADA, ORLANDO AVILA, GUILLERMO A REYES, MANUEL B REYES, ALEXANDER SHERMAN, ANTONIO J REYES.

En virtud del contrato social enunciado, el señor GERMAN ORREGO realizó múltiples desembolsos por concepto de préstamos de dinero a la sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. para que pudiera contar con flujo de caja que le permitiera desarrollar su objeto social.

Fue por ello, que el señor ALFONSO MARIA OTOYA DUSSAN en calidad de representante legal de la demandada suscribió a nombre de la sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S el pagaré 79867753 con su respectiva carta de instrucciones con el fin de que el demandante pudiese "exigir el pago de las obligaciones en que la sociedad demandada fuera su deudora en forma directa, indirecta, individual, conjunta o solidaria, como deudor, codeudor, avalista o fiador (...)" (...) "con ocasión de actos, negocios, operaciones o contratos con el deudor ya sean de mutuo acuerdo, venta a plazos, avances, así como cualquier otra operación de crédito o por cualquier concepto sin importar su naturaleza u origen, anterior, presente o futura con el deudor a cargo de la sociedad demandada y a favor del acreedor". (numeral 2 de la carta de instrucciones para llenar espacios en blanco pagaré No. 79867753)

Además, el demandante afirma que apoderado de la sociedad deudora resta validez al pagaré por el simple hecho que el señor ALFONSO MARIA OTOYA DUSSAN no ostentaba la calidad de representante legal al momento de la fecha de diligenciamiento de la carta de instrucciones y del pagare, y olvida por completo que si la persona que otorgó el pagare en calidad de representante legal era la legitimada y contaba con atribuciones, el pagare es totalmente valido, indistintamente de que después se haya cambiado de representante legal, o de que ya no ostente esa calidad. Si se observan los documentos base del proceso ejecutivo se tiene que el pagaré permitía cobijar obligaciones pasadas, presentes o futuras, sin exigir que el representante legal que suscribió el título valor ostentara dicha calidad al momento en que se diligenciara para su cobro.

Con fundamento en los artículos 833 y 641 del Código de Comercio, el demandante concluye que el documento base de la acción si cumplía con los requisitos formales para que se dictara el mandamiento de pago recurrido, toda vez que: el Título valor contiene la firma del Señor ALFONSO MARÍA OTOYA DUSSAN, quién ostentó el cargo de representante legal de la Sociedad Buenavista Constructora y Promotora S.A.S., y en ejercicio de dicho nombramiento suscribió e título valor (pagaré 79867753) en nombre de la Sociedad que representaba en ese momento. Además, el mismo recurrente reconoce que el señor ALFONSO MARIA OTOYA ocupó el cargo de representante legal de la compañía, sin tachar la firma puesta en el pagaré o en la carta de instrucción como falsas. De tal manera que existe plena certeza que quien suscribió el titulo valor efectivamente cumplía con las condiciones legales para obligar a su representada frente a obligaciones pasadas, presente y futuras.

El demandante presenta extractos de documentos que dan fe que el señor ALFONSO MARÍA OTOYA DUSSAN ejerció el cargo de representante legal de la Sociedad demandada, y resalta que el pagaré y la carta de instrucción, fueron firmadas por quien ostentaba la calidad de representante legal de la Sociedad Constructora y Promotora S.A.S. para el momento de su

emisión, por lo tanto, el título ejecutivo proviene del deudor a quien se le imputa la deuda en el escrito de la demanda.

El demandante refiere que el pagaré se estableció de manera clara y concisa, así:

La mención del derecho que en el título se incorpora: "Que por virtud del presente título valor pagaré (mos) incondicionalmente, a la orden de German Orrego Aristizabal, cc 16634689 o a quien represente sus derechos, en la ciudad y dirección indicados en las fechas de amortización por cuotas señaladas en la cláusula tercera de este pagaré, la suma de SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$690.775.516).

La promesa incondicional de pagar una suma determinante de dinero: "Que por virtud del presente título valor pagaré (mos) incondicionalmente la orden de German Orrego Aristizabal, CC 16634689 o a quien represente sus derechos (...)

El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago: "a la orden de German Orrego Aristizabal, CC 16634689 o a quien represente sus derechos (...)"

La indicación de ser pagadero a la orden o al portador: "a la orden de German Orrego (...)

La forma de vencimiento: "FECHA DE VENCIMIENTO: 30 de abril de 2021"

De tal manera, que el título ejecutivo objeto de la demanda contiene una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la Sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. y a favor del Señor GERMAN ORREGO.

El demandante señala que la obligación que se demanda nunca ha estado sujeta a una condición como lo manifiesta el recurrente. El negocio se basó en que el señor GERMAN ORREGO prestó un dinero a la demanda y esta se comprometió a realizar su pago; suscribiendo para ello un pagaré que permitiera el cobro de las obligaciones pasadas, presentes y futuras adquiridas por la constructora. A la fecha en que se diligenció el pagaré y la respectiva carta de instrucciones el demandado había incumplido con la obligación de asumir el pago de los intereses a plazo previstos entre las partes.; razón por la cual, era pertinente ejecutar la deuda de conformidad con el literal 2 de la carta de instrucción del pagare 79867753. Además, resalta que el apoderado de la demandada se limita a manifestar que su representada no estaba en mora, pero tampoco aporta prueba que soporte los pagos efectuados por la sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA S.A.S.

En el caso del recurso de reposición interpuesto en contra del mandamiento ejecutivo, el apoderado de la sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. se limitó a decir que "la fecha diligenciada resulta absolutamente arbitraria" y que "no existe ninguna prueba que señale la obligación supuesta a cargo de su representada"; empero desconoce por completo que es SU OBLIGACIÓN probar el supuesto de hecho de las normas que

consagran el efecto jurídico que se persigue, es decir, era su deber presentar al Despacho las pruebas que permitieran evidenciar la supuesta arbitrariedad cometida por mi representado al momento de diligenciar los espacios en blanco del pagare. Los cuales, no solo fueron diligenciados conforme a lo establecido en la carta de instrucción aportada con la demanda, sino, en concordancia con lo certificado por la propia demandada.

El demandante se opone a la condena en perjuicios de que trata el artículo 597 del Código General de Proceso, especialmente en lo referente con los numerales 4 y 5; toda vez que no existe causal objetiva para condenarlo, pues el título ejecutivo objeto del presente proceso cumple con los requisitos de ley para ser tenido en cuenta; adicionalmente, no hay razón para absolver a la sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. del pago adeudado.

En cuanto a la inexistencia e insuficiencia de poder, el demandante afirma: Es imposible pretender como lo hace el apoderado recurrente que la presente demanda sea inadmitida por no acreditar que los correos electrónicos señalados en el poder debajo de la firma de cada apoderado sean las direcciones inscritas en el Registro Nacional de Abogados; toda vez que ni el artículo 82 del Código General del Proceso, ni el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, ni el artículo 25 del Decreto Ley 2158 de 1948 -Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-, ni los artículos 5 y 6 del Decreto 808 de 2020, no imponen este deber a los apoderados y mucho menos condiciona la admisión de la demanda a ello. El artículo 5 se limita a señalar que los poderes deberán ser remitidos desde la dirección del correo electrónico inscrita, tal y como sucedió en este caso, y como pudo validarlo el Despacho al momento de estudiar el cumplimiento de los requisitos.

La Sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S., también interpone Recurso de reposición contra Auto que libro mandamiento ejecutivo y decretó medidas cautelares, con fundamento en lo previsto en los artículos 597, 599 y 602 del CGP, solicita:

1.1. Que se levanten la totalidad de las medidas cautelares, en el evento en que prosperen los argumentos invocados para revocar el mandamiento ejecutivo en el recurso de reposición formulado contra esa providencia.

1.2. Se limiten las medidas cautelares de conformidad con lo previsto en la ley procesal sobre limitación de medidas cautelares. Para el efecto, solicito que se levanten las medidas cautelares de embargo y secuestro dirigidas a bancos y fiduciarias (numerales sexto y séptimo del mandamiento ejecutivo), en consideración a que las demás medidas son suficientes conforme al límite legal.

1.3. Se fije el monto para prestar caución con el fin de levantar las medidas cautelares restantes.

Las anteriores peticiones son fundamentadas por el demandante de la siguiente manera:

Para el caso concreto, las medidas cautelares practicadas resultan excesivas, puesto que supera el monto de \$3.181'508.442 (tres mil ciento ochenta y un millones quinientos ocho mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos).

En cuanto al límite legal para este caso concreto, el capital solicitado asciende a la suma de \$690.775.516. Los intereses de mora no fueron calculados. Y de conformidad con el Acuerdo PSAA-16- 10554 el valor medio de las costas para procesos ejecutivos de mayor cuantía será del 5% del valor de la ejecución, que en este caso equivale a \$34.538.775.

Por lo anterior, el demandante afirma que el valor total al que el despacho debió limitar la práctica de medidas cautelares era la suma de \$1.450.628.583. Valor que fue superado por las medidas cautelares decretadas y practicadas en el proceso. El valor total de las medidas cautelares supera esa suma, en un monto de al menos \$1.730.879.859. Por lo anterior existe una violación de lo previsto en el artículo 599 del Código General del Proceso.

Consecuentemente con lo anterior solicita que, una vez ordene el levantamiento de las medidas cautelares por violación del límite legal, se fije el monto y el plazo para que la Sociedad BUENAVISTA Y PROMOTORA S.A.S. pueda constituir la caución que trata el artículo 602 del CGP con el objeto de levantar las medidas cautelares restantes.

La parte demandante controvierte el recurso de reposición y solicitud de caución en los siguientes términos:

No hubo extralimitación en las medidas cautelares solicitadas y decretadas por el honorable despacho, toda vez que, respecto del embargo y secuestro de productos bancarios y fiduciarios, se desconocen los valores o montos que pudiesen llegar a tener, siendo que podría haber inexistencia de producto o contrato, o que las cuentas se encuentren sin saldo disponible. Por ello, al no haber certeza de los valores que pudiesen ser objeto de embargo, las medidas cautelares anteriormente mencionadas deben mantenerse, ya que, en el evento que se logren retener dineros y estos alcancen el tope deprecado en el mandamiento de pago, las demás medidas ya no serán necesarias, sin embargo, ello solo se comprobará ejecutando estas y esperando las respuestas emitidas por las entidades bancarias y fiduciarias.

Además, señala que el mismo apoderado de la sociedad demandada en su escrito de reposición, acepta que de los bienes inmuebles de los cuales se ordenó el embargo, se desconoce el valor que pudiesen llegar a tener en caso de un remate judicial, por lo tanto, no hay certeza que los mismos cubran parte o la totalidad de la obligación adeudada. Por otro lado, a medida que pasa el tiempo se seguirán causando intereses de mora sobre la obligación adeudada, por lo que se considera que no deben ser levantadas las medidas cautelares, toda vez que éstas están dispuestas para proteger durante el proceso, los bienes de los cuales se podría obtener el pago de la obligación adeudada por la sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S.

III. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

De acuerdo con lo indicado en el artículo 318 del Código General del Proceso, el recurso de reposición tiene por finalidad que el mismo Juez que profirió un auto lo revoque o reforme cuando haya ocurrido un error.

En este sentido la parte demandada se encuentra inconforme con la decisión proferida por este Despacho Judicial, por lo tanto interpone recurso de reposición en contra del Auto Interlocutorio No. 036 de fecha veinticinco (25) de enero de 2022, por medio del cual, se libró el mandamiento de pago y se decretó la medida cautelar a favor de GERMAN ORREGO ARISTIZABAL y en contra de la SOCIEDAD BUENAVISTA CONSTRUCTORA S.A.S. En dicho escrito plantea como fundamento principal que el documento aportado (pagaré 79867753) no cumple con las condiciones para ser título valor, ni título ejecutivo, a partir de esta premisa plantea una serie de argumentos que sustentan su tesis, los cuales se analizan a continuación con el fin de determinar la procedencia del recurso de reposición incoado por el demandante.

Como primera medida, debe anotarse, que el recurso aquí presentado hace referencia al artículo 442, del Código General del Proceso, numeral 3. *"El beneficio de excusión y los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso continúe o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios".*

Tal como lo refiere la citada norma, en este caso el recurso de reposición contra auto que libra mandamiento de pago, debe alegar los hechos que configuren excepciones previas, en tal sentido, el recurrente debe someterse a la regla general que plantea el artículo 100 del Código General del Proceso.

Artículo 100. EXCEPCIONES PREVIAS. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.
4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

En este sentido, el demandante no plantea como fundamento del recurso de reposición contra mandamiento de pago las excepciones previas que expresamente están relacionadas en el artículo 100 del CGP, a excepción de la indebida representación fundada en la carencia de poder.

Al respecto, baste con decir que la indebida representación es causal de excepción previa y se produce cuando un mandatario adelantó diligencias sin que existiese poder bastante para actuar, lo que sucede cuando el declarado incapaz, en el anterior régimen de capacidad legal, era representado por quien no se reportaba como su curador, o la de persona jurídica que asiste por conducto de un representante distinto a la que la ley o los estatutos señalan como tal. De manera que, tratándose de persona naturales plenamente capaces, la indebida representación o falta de poder, solo se produce cuando hay total ausencia de poder, y en últimas, quien puede alegarla es el afectado con la falta de representación, pero si este convalida, amplía o acepta la actuación del mandatario, reconoce su validez y sana su proceder.

Así las cosas, esta causal de excepción previa no se enrostra para el sub examine, de manera que carece de objeto descender sobre el contenido del poder, puesto que no hay legitimación para alegarla.

De otra parte, se aduce la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, habida cuenta de que el poder conferido adolece de requisitos contemplados en el Decreto 806 de 2020, sin embargo, de la revisión se tiene que el señor GERMAN ORREGO ARISTIZABAL otorgó poder especial, amplio y suficiente a ALFONSO ENRIQUE GONZALEZ RODRIGUEZ y a PAOLA ANDREA NAVIA ARANDO, para que adelante demanda ejecutiva de mayor cuantía en contra de la SOCIEDAD BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S.

Dicho poder está firmado manuscritamente por las partes intervinientes, lo cual es viable, si bien es cierto que el decreto legislativo estipula "*se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento*", ello no quiere decir que si

se firma manuscritamente no se validó. Sumando a este documento el demandante aporta evidencia del correo electrónico donde el Señor GERMAN ORREGO ARISTIZABAL expresa: "Buenas noches Alfonso, Adjunto poder firmado para dar inicio al proceso en contra de la constructora Buenavista. Por favor nos mantiene informados. Muchas gracias" enviado desde el correo electrónico, gorregoa@hotmail.com; dirigido al correo electrónico a.gonzalez@recursoslegalesabogados.com; con copia al correo electrónico susana_garciam@yahoo.com.

Además, dicho poder indica expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado judicial, la cual coincide con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados, para constancia de ello la parte demandada anexa el certificado expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, donde relaciona su domicilio profesional, direcciones, números telefónicos y correo electrónico.

Finalmente, respecto de la falta de juramento estimatorio, baste con señalar que el requisito del artículo 206 adjetivo se establece para quien persigue una indemnización o frutos, mientras los intereses perseguidos tanto de plazo como moratorios, lo que buscan es mantener el poder adquisitivo del dinero y se fijan, a falta de estipulación en el mismo título de recaudo, por las máximas tasas legales, de tal manera que no se requiere para ello estimación ni razonada ni jurada, por estar contemplados en la ley.

Así las cosas, este reproche también se desecha.

Ahora bien, en cuanto al recurso de reposición frente al mandamiento de pago propiamente dicho, valga decir, que el mismo solo es sustentable a partir de la falta de los requisitos formales del título ejecutivo, lo cual está contemplado en el artículo 430 del CGP.

ARTÍCULO 430. MANDAMIENTO EJECUTIVO. *Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.*

Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.

La Sociedad Buenavista Constructora y Promotora S.A.S. alega los siguientes:

El título valor no proviene del deudor ni contiene la firma de quien lo crea. De la literalidad de la carta de instrucciones y de pagaré, se tiene que quien lo suscribe lo hace a nombre de la demanda, Alfonso María Otoyá Dussan, en calidad de representante legal de la sociedad. Si verdaderamente lo fue o no, no es cuestión debatible en esta etapa procesal, pues lo que interesa es que el título tiene firma de creador y de obligado, debiendo la parte ejecutada que quien fungió como representante para la época del mismo no ostentaba dicha

calidad, lo que aquí no se demuestra, pues del certificado adosado se tiene que tal facultad de representación recae en el gerente y dos suplentes, sin que se haya establecido, hasta ahora, que para el 31 de diciembre de 2020 no lo hubiere sido el firmante en nombre de la ejecutada.

De otro lado, **el demandado afirma que el supuesto título ejecutivo no cumple con los requisito para ser exigible**, lo cual es una aseveración equívoca, puesto por sí solo el pagaré es un título ejecutivo, además al observarlo se evidencia que cumple con todos los requisitos establecidos establecido en el artículo 422 del código general del proceso, y de su literalidad se extrae que el pagaré No. 79867753, el cual proviene del deudor o de su causante, SOCIEDAD CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S., con fecha de vencimiento legible.

El pagaré contiene los siguientes requisitos:

- 1) La promesa incondicional de pagar una suma determinante de dinero: estipulado en el valor de seiscientos noventa millones setecientos y cinco mil quinientos dieciseises pesos (\$690.775.516).
- 2) El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago: GERMAN ORREGO ARISTIZABAL
- 3) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, estipulada en la declaración primera del pagare – OBJETO. Que por virtud del presente título valor pagaré (mos) incondicionalmente, a la orden de German Orrego Aristizabal, CC 16634659 o a quien represente sus derechos, en la ciudad y dirección indicados, ...
- 4) La fecha de vencimiento: 30 de abril de 2021.

Además, reúne los requisitos generales de los títulos valores:

1. La mención del derecho que en el título se incorpora: Pagaré 79867753 Que por virtud del presente título valor pagaré (mos) incondicionalmente, a la orden de German Orrego Aristizabal, CC 16634659 o a quien represente sus derechos, en la ciudad y dirección indicados, la suma de dinero de seiscientos noventa millones setecientos y cinco mil quinientos dieciseises pesos (\$690.775.516).
2. La firma de quién lo crea: OTORGANTES, BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. NIT. 805.029.384-1 REPRESENTANTE LEGAL, ALFONSO MARÍA OTOYA DUSSA.
3. Lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho: CALI
4. Fecha y el lugar de creación del título: 31 de diciembre de 2020, Cali.

Según el artículo 710 del código de comercio, la sola firma será bastante para que el pagaré se tenga por aceptado.

También, el demandante trae a colación el artículo 597 del CGP, puesto considera que con la revocatoria del mandamiento ejecutivo, el despacho deberá condenar por los perjuicios al extremo demandante, lo cual, no es procedente, toda vez que el Auto Interlocutorio No. 036 continuará en firme, por las consideraciones antes manifestadas por esta judicatura.

Adicionalmente, el demandante interpone recurso reposición contra la providencia que libra medidas cautelares y solicita fijar caución por las medidas de embargo decretadas, relacionando como fundamento legal los artículos 597, 599 y 602 del CGP, y aportando como pruebas NOTAS DE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S., con el fin de demostrar que las medidas cautelares decretadas y practicadas resultan excesivas y contrarias a los límites establecidos en el artículo 599 del CGP.

En dicho recurso solicita levantar la totalidad de las medidas cautelares, en el evento en que prospere los argumentos invocados para revocar el mandamiento ejecutivo en el recurso de reposición formulado contra esta providencia, lo cual no es procedente, como ya se vio, por encontrarse ajustado a la ley sustancial y procesal.

Con respecto a la solicitud subsidiaria de limitar las medidas cautelares de conformidad con lo previsto en el artículo 599 del CGP, precisamente el Auto Interlocutorio No. 036 en los ordinales sexto y séptimo limita la medida en la suma de \$1.036.163.274, estando en un rango inferior de lo expuesto por el demandante (el valor total al que el despacho tenía como límite legal para la práctica de medidas cautelares era la suma de \$1.450.628.583).

En relación con la medida cautelar de embargo y secuestro de establecimiento de comercio y de los bienes inmuebles que pertenecen a la Sociedad BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. se desconoce el valor exacto de cada uno de ellos, solo obra en el expediente documento "Notas a los estados financieros BUENA VISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S." el cual refleja activos y pasivos con corte del 31 de diciembre 2019, por lo tanto, hasta que no se haya consumado todas las medidas, no se puede solicitar la reducción de embargos.

Con todo, como las medidas cautelares hasta que no se encuentren materializadas constituyen mera expectativa en aras de asegurar los resultados de la sentencia o providencia de fondo, no pueden entrar a levantarse antes de su consumación sino después de ella, en la que resulte excedente al límite fijado. Empero lo que si procede, y entiende el juzgado es el deseo del recurrente, es fijar caución para el levantamiento de las que

considera más gravosas, esto es, las que recaen sobre los inmuebles. Como a la fecha no se tiene certeza de los valores a los que se les ha aplicado retención, la caución para que proceda el levantamiento de las medidas decretadas, en general, será por el límite embargable decretado en el mandamiento de pago, en los términos del numeral 3 del artículo 597, en concordancia con el artículo 603 adjetivo.

En mérito de lo expuesto, este Juzgado

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el Auto Interlocutorio N°036 de fecha veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022), por encontrarse ajustado a la ley sustancial y procesal.

SEGUNDO: FIJAR CAUCIÓN a cargo de la ejecutada, que podrá ser bancaria o por compañía de seguros, por el valor de **MIL TREINTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/Cte. (\$1.036.163.274)**, que deberá constituirse dentro de los 10 días siguientes a esta providencia, a efectos de garantizar lo pretendido por el ejecutante y ordenado en el mandamiento de pago en este asunto. Cumplido lo anterior, verificada y calificada la misma, procederá el levantamiento de las medidas decretadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALEJANDRA MARÍA RISUENO MARTÍNEZ
Jueza

AK