

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



DISTRITO JUDICIAL DE CALI
JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
RAD: 760014003-0013-2021-00722-01
SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA No. 078-2023

Santiago de Cali, Treinta (30) de Mayo de dos mil Veintitrés (2023)

I. **OBJETO DE ESTA PROVIDENCIA**

Resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra la sentencia No. 033 del 06 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, mediante la cual decidió declarar no probadas las excepciones y continuar la ejecución, dentro del proceso EJECUTIVO SINGULAR propuesto por BANCOLOMBIA S.A. y FONDO NACIONAL DE GARANTIAS (Subrogatario Parcial) contra CONASE SAS y FABIOLA MARTINEZ DE ARROYO.

II. **DEMANDA Y OPOSICIÓN**

Se demanda el pago de la suma de \$125.000.000 por concepto del capital contenido en el pagaré No. 600109471 aceptado por los demandados y a favor del demandante, más los intereses moratorios a una tasa pactada del 22.96% desde el 16 de mayo de 2021, hasta que se verifique el pago total.

Una vez notificada la parte demandada, formuló las excepciones que denominó *“FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN, y COBRO DE LO NO DEBIDO”*. Sustenta la primera diciendo que *“El 9 de octubre de 2020, fecha de suscripción del pagaré, el país se encontraba en el pico de la pandemia y dada la actividad de la sociedad CONASE, que es servicios de Ingeniería Civil, no pudo honrar sus obligaciones pues no fue posible suscribir nuevos contratos, lo que imposibilitó el pago de la obligación, presentándose una fuerza mayor que se debe evaluar”*. En cuanto a la segunda y tercera excepción, aduce que *“...la entidad demandante debitó de la cuenta corriente No. 06000000148, la suma de*

\$10.000.000, el 24 de diciembre de 2021 y posteriormente la suma de \$ 2.000.000, el día 28 de diciembre de 2021, lo que implica que la entidad ejecutante ha aceptado que no hay mora en el pago de la obligación, permitiendo que se pague y en forma tácita acepta que se pague por instalamentos teniendo en cuenta la disponibilidad de los recursos de los ejecutados”.

III. SENTENCIA APELADA

En la audiencia de instrucción y juzgamiento adelantada el 06 de diciembre de 2022 el proceso se concilió parcialmente entre BANCOLOMBIA S.A. y CONASE SAS, y al no haber conciliación en lo que respecta al subrogatario parcial FONDO NACIONAL DE GARANTIAS la titular del despacho se pronunció de fondo de la siguiente manera:

Se refirió a los antecedentes, a elucidar de manera general el mérito ejecutivo de los títulos y el específico del pagaré, entró al estudio de las excepciones planteadas por la demandada, denominadas “FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN, y COBRO DE LO NO DEBIDO”, respecto de las cuales consideró que el caso indicado como fuerza mayor o caso fortuito es ineficaz para desvirtuar la obligación que se ha adquirido pues al proceso se ha traído un título valor claro expreso y exigible, que la sola manifestación de índole económica no es un presupuesto válido para que se desconozcan las obligaciones contraídas, máxime cuando el Gobierno Nacional impartió disposiciones que buscaban aliviar los efectos del Covid 19 en las personas naturales y/o jurídicas para aliviar sus obligaciones y no se arrimó al proceso prueba alguna de que los demandados se quisieran acoger a las mismas, además la parte demandante indico que fue justamente en la pandemia cuando se adquirió el crédito donde se justificaron los ingresos para la aprobación del mismo.

En cuanto a las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido dijo que es evidente que desconoce la naturaleza de las obligaciones que contrajo con base en el pagaré, para lo cual se refiere a la cláusula de aceleración del pago en caso de mora, lo que concuerda con el Art. 1608 C.C., que para el caso concreto basta con que se incumpla con el pago como aquí sucedió, que el plazo fue pactado para pagar el 15 de mayo de 2021 según el pagare y su carta de instrucciones, por lo que no es procedente el medio exceptivo pues no se probó que la obligación ha sido satisfecha, además la demanda fue presentada

el 26 de octubre de 2021 y los descuentos fueron realizados en diciembre del mismo año, es decir que los pagos se hicieron como abonos, recordando que ya hay un acuerdo conciliatorio con Bancolombia.

En cuanto al subrogatario FONDO NACIONAL DE GARANTIAS dijo que se ordenará tener en cuenta la subrogación por valor de \$60.307.424 valor que ha disminuido a \$50.647.821 por los abonos que el demandado ha realizado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada apela la sentencia proferida aclarando que no está atacando el título, sino el no cumplimiento de la obligación basado en el mencionado medio exceptivo (*FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO*), que es claro que en circunstancias especiales los deudores no pueden honrar las obligaciones a su cargo, y es el caso de la sociedad demandada a quien en plena pandemia le hicieron el préstamo con posibilidad de que pudiera desarrollar su actividad para honrar esta obligación, pero ya se sabe todo lo que ocurrió siendo un hecho notorio que no necesita ser probado porque es por todos conocido, insiste en la segunda excepción en el sentido de que tácitamente las partes cuando recibieron esos abonos a la obligación modificaron las condiciones de pago y eso conlleva al cobro de lo no debido, por ultimo llama la atención en que entre el Fondo y Conase hubo una verdadera transacción, indistintamente que se trate de bienes del Estado, que es importante tener en cuenta el Art 2469 C.C. que dice que la transacción es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, que significa que las partes transaron la forma de pagar la obligación, motivo por el cual considera que la señora Juez debió dar por terminado el proceso tanto con Bancolombia como con el Fondo Nacional de Garantía.

Al sustentar ante esta instancia su recurso añadió que el juzgado de primera instancia no realizó ningún análisis de fondo para desvirtuar que en el presente caso no operó la fuerza mayor o caso fortuito, limitándose a indicar que la obligación surge de una firma puesta en un título valor y que no obstante los alivios decretadas por la Entidad Financiera, los ejecutados no acudieron a ello, resalta que es sabido que en la práctica los bancos no dieron ningún alivio a los deudores, simple y llanamente refinanciaron las cuotas de los meses de mayo, junio y julio de

2020 para luego ser cobradas con interés, junto a la cuota ordinaria, además, la demandada no se comprometió a pagar la obligación dineraria por instalamentos, sino en una sola cuota que vencía el 15 de mayo 2021.

V. **CONSIDERACIONES**

1. En el caso que se estudia están cumplidos los denominados presupuestos procesales¹ y de legitimación que permiten proferir decisión de fondo en la segunda instancia, no encontrándose vicios o irregularidades que afecten el debido proceso.

2. Según lo dispuesto en el Art. 328 del C.G.P. *“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 previstos por la ley...”*.

3. El problema jurídico que se desprende del compendio de antecedentes y sustento del recurso, consiste en determinar si se encuentra ajustada a derecho la sentencia proferida, o si, por el contrario, son procedentes las excepciones propuestas que pongan fin al proceso, también se estudiara la figura del contrato de transacción a fin de determinar si lo acordado con el Fondo Nacional de Garantías concuerda el mismo.

4. Se precisa que la base de todo proceso ejecutivo la conforma primordialmente la presencia de un título ejecutivo, es decir, no puede haber jamás ejecuciones sin que exista un documento con dicha calidad que la respalde.

Por tanto, *“pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituya plena prueba contra él”*, de esta forma se precisa lo que es título ejecutivo en el artículo 422 del Código General del Proceso.

Se desprende de lo anterior, sea cual fuere el origen de la obligación contenida en el documento público o privado para poder demandar ejecutivamente requiere de ciertas características:

¹ Capacidad para ser parte y comparecer al proceso, competencia del juez, y demanda en forma.

- a) **Que la obligación sea expresa:** Quiere decir, que la obligación se halle debidamente determinada, específica y patente, esta sólo se logra al hacerlo por escrito.
- b) **Que la obligación sea clara:** Consistiendo lo anterior, a que sus elementos aparezcan inequívocamente señalados, objeto (crédito) sujeto (acreedor y deudor). La causa como elementos de toda obligación, no tiene que indicarse.
- c) **Que la obligación sea exigible:** Significa esto que únicamente son ejecutables las obligaciones puras y simples, o, que estando sujetas a plazos o condición suspensiva, se haya vencido aquel o cumplida ésta.

Requisitos que se cumplen a cabalidad en el presente proceso tal como lo adujo el apoderado de la parte pasiva al indicar que no estaba atacando el título sino su cumplimiento, por lo tanto, al adentrarnos en los reparos de la apelación de la sentencia encontramos como primera medida que una de sus excepciones es “FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO” donde argumenta que al demandado en plena pandemia le hicieron el préstamo con posibilidad de que pudiera desarrollar su actividad para honrar esta obligación, lo cual no ocurrió, ante los acontecimientos que son de conocimiento público, al respecto debe decir este recinto judicial que el artículo 64 del Código Civil, aplicado en este asunto en razón a lo dispuesto en el artículo 2º del Código de Comercio, establece que “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

La Corte Suprema de Justicia por su parte ha indicado:

(...). Para dilucidar estos cuestionamientos, es necesario memorar, así sea sucintamente, que la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es ‘el imprevisto a que no es posible resistir’ (art. 64 C.C., sub. art. 1º Ley 95 de 1890), lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos.

No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular –in concreto-, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué

hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no. (...)”.

(...) un hecho sólo puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, es lo ordinario, si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodíctica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable. (CSJ SC, 29 abr. 2005, rad. 0829 reiterada en SC 7 de dic de 2016 M.P. Dr. Luis Alfonso Rico Puerta Exp. 2006-00123)

En el sub-examine se verifica que los demandados no logran enervar las pretensiones de la demanda y tampoco configura una fuerza mayor que implique la exoneración de la obligación que se persigue en este proceso, debido a que, para la fecha de suscripción del pagare objeto de este proceso, ya era conocida situación de pandemia y hechos que la rodearon para el demandado, y aun así decidido acreditar ante el Banco demandante los ingresos que le asegurarían el cumplimiento de la obligación adquirida, entonces, no se trató de un hecho imprevisible ni irresistible, que haya sido sorpresivo para los demandados, pues por motivo de la pandemia, se declaró la emergencia sanitaria y se impusieron restricciones con el fin de contener el contagio desde el 25 de marzo de 2020 y el crédito fue suscrito posteriormente, el 09 de octubre de 2020, y es que no hay duda de que la pandemia del Covid-19 afectó a muchas personas y empresas, llevando a que muchas sociedades tuvieran que cerrar o liquidarse y que muchas personas perdieran sus empleos, pero este es un hecho lamentable que finalizó el 30 de junio de 2022 que no exime del pago de las obligaciones adquiridas, por lo que no puede considerarse la presencia de fuerza mayor para exonerar a los demandados del pago que en este asunto ejecutivo se persigue. Lo mismo ocurre con los hechos de desórdenes que menciona el demandante, mismos que ya fueron superados, sin que a voces de el a quo se haya acreditado la solicitud de alivios que facilitarían los pagos.

En cuanto a las excepciones “*INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN, y COBRO DE LO NO DEBIDO*” donde refiere que, por los descuentos realizados de su cuenta, tácitamente al recibir esos abonos a la obligación se modificaron las condiciones de pago, debe decir el despacho que conforme el pagare No. 6001099471 firmado y aceptado por los demandados se estableció como fecha de pago el 15 de mayo de 2021 y se indicó que “*El incumplimiento o retardo en el pago de una cualquiera de las cuotas de amortización de capital o de los intereses, dará lugar a que el Banco declare vencida la obligación y exija el pago de la totalidad de la deuda*”, pasada la fecha de pago instituida y al no acreditarse la cancelación del mismo, Bancolombia

procedió a acelerar el plazo acordado y exigir el cumplimiento de la totalidad de la deuda, máxime cuando como el apoderado indica se había pactado en un único pago que no realizó, por ello, presentó la demanda ejecutiva el 26 de octubre de 2021.

De manera que los descuentos realizados los días 24 y 28 de diciembre de 2021 por valor total de \$12.000.000 fueron efectuados con posterioridad a la presentación de la demanda (26-10-2021), al igual que los pagos que ha realizado con motivo del acuerdo realizado con Bancolombia y con el Fondo Nacional de Garantías, lo que hace que la excepción de cobro de no lo debido no prospere por cuanto la misma, se configura cuando los pagos se hayan efectuado antes de la presentación de la acción ejecutiva, sin que por ello no se hagan merecedores a ser considerados si son alegados oportunamente, así lo contempla el artículo 281 del C.G.P., cuando permite *“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto de la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”*.

Abonos que fueron tenidos en cuenta por la Juez de primera instancia, no solo al aceptar la conciliación con Bancolombia, sino al determinar que la subrogación con el Fondo Nacional de Garantías fue por valor de \$60.307.424 y que el mismo ha disminuido a \$50.647.821 por los abonos que el demandado ha realizado.

Respecto a que el acuerdo celebrado entre el Fondo Nacional de Garantías y Conase S.A.S. es una transacción, motivo por el cual considera que la señora Juez debió dar por terminado el proceso tanto con Bancolombia como con el Fondo, se resalta que el Código Civil definió el contrato de transacción en su primer inciso del artículo 2469, así: *“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”*, su propósito es culminar un debate judicial en curso, de consuno entre las partes y sin la intervención del funcionario, o el medio para evitar que una posible contienda llegue ante las autoridades, eso sí, siempre y cuando quienes la celebran tengan la capacidad de disponer *«de los objetos comprometidos»* en ella.

En pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P. Luis Alfonso Rico Puerta en proceso SC1365-2022 Radicación n.º 11001-31-03-009-2013-00173-01 del 06 de junio de 2022, indico respecto a la transacción:

“En cuanto a los elementos esenciales del contrato de transacción, esta Corporación ha precisado:

*«El artículo 2469 del Código Civil, que se ocupa de la noción de la transacción, expresa que “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. De esta definición, que le ha merecido la crítica de ser incompleta, la doctrina de la Corte tiene sentado **que son tres los elementos estructurales de la transacción, a saber: a) la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes; y c) su voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado** (Casación Civil de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y 480; 6 de junio de 1939, XLVIII, 268; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135). Teniendo en cuenta estos elementos, se ha definido con mayor exactitud la transacción, expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual» (CSJ SC, 29 oct. 1979, G. J. t. CLIX, pp. 301 a 305).*

Conforme se sigue de la definición legal –inserta en el citado artículo 2469– y del precedente consolidado de la Sala, la existencia de un derecho en contienda entre los estipulantes constituye un requisito de la esencia de la transacción, sin el cual esa convención, «o no produce efecto alguno, o degene[ra] en otro contrato diferente», en los términos del canon 1501 del Código Civil. De ahí que el propio legislador hubiera recabado en que «no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa».

Aquí vemos que no se cumplen los elementos esenciales del contrato de transacción, pues no solo, no se trajo al proceso documento alusivo a tal contrato, sino que el Fondo de Garantías fue enfático en señalar, tanto en la audiencia inicial celebrada el 28 de septiembre de 2022 como en la de instrucción y juzgamiento del 06 de diciembre de 2022 que el Fondo posee dineros públicos por lo que no pueden aceptar una terminación del proceso por conciliación como consecuencia del acuerdo celebrado con el demandado, que se trata de un acuerdo de pago donde se hace la salvedad en el documento de que el mismo no conlleva a la terminación del proceso y que no habría lugar al levantamiento de medidas previas, con lo que el apoderado de la parte pasiva desatiende los elementos estructurales de la transacción, pues como se dijo anteriormente no se trajo al proceso un contrato bilateral válidamente celebrado entre las partes, razón por la cual no es procedente acceder a su pretensión.

En esa medida quedaron desvirtuadas las alegaciones de la parte apelante, por lo que carece de trascendencia el reclamo del demandado, motivo por el cual habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

5. De conformidad con lo expuesto y de lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandada y a favor del FONDO NACIONAL DE GARANTIAS (Subrogatario Parcial).

En mérito de todo lo expuesto, el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. **RESUELVE:**

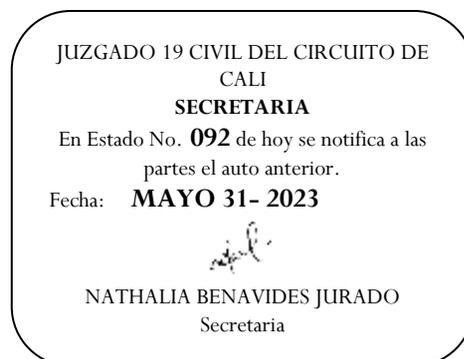
PRIMERO: Confirmar la sentencia No. 033 del 06 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Trece Civil Municipal de Cali.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la sociedad apelante y a favor del Fondo Nacional de Garantías -Subrogatario Parcial-. Liquidense por Secretaría e inclúyase en la liquidación a practicar la suma de \$1.160.000.00.

TERCERO: Una vez concluido el trámite de instancia, devuélvase el expediente digital al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

**GLORIA MARIA JIMENEZ LONDOÑO
LA JUEZ,**



Firmado Por:

Gloria Maria Jimenez Londoño

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 019

Cali - Valle Del Cauca

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: **9031e7d729a40e0fc7ad7ea8f9b509e335159782c67c4fdf4a62f34c6af30f3c**

Documento generado en 30/05/2023 11:59:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>