

HONORABLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA-SALA CUARTA CIVIL-FAMILIA.

MAGISTRADA PONENTE DRA. CARMIÑA GONZALEZ ORTIZ.

REF. PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO DE MAYOR CUANTIA

RADICADO 08001-31-53-008-2021-00073-02

RADICACIÓN INTERNA 44.455

DEMANDANTE: INVERSIONES ALCIRA Y COMPAÑÍA LIMITADA NIT.802.013.283-3. Rep. Legal LEONCIO DE JESUS POSADA RESTREPO C.C.6.808.285

DEMANDADOS: OLGA CALDERON DE DUARTE C.C.No.22.386.003, de Barranquilla.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 25 DE NOVIEMBRE DEL 2022.

LUIS ALBERTO ESTUPIÑAN VIZCAINO, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N°1.045.169.361, expedida en Candelaria Atlántico, en mi condición de apoderado del señora **OLGA CALDERON DE DUARTE**, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con la Cedula de Ciudadanía No.22.386.003, expedida en Barranquilla, muy respetuosamente manifiesto a usted, que, presento **ESCRITO DE SUSTENTACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN**, admitido por este despacho en auto del 06 de diciembre del 2022, notificado por estado electrónico el día 7 de diciembre del 2022, correspondiendo entonces presentar la sustentación al recurso de apelación, en virtud de lo establecido en el Artículo 320 y SS del Código General del Proceso y con base en lo estipulado en el Artículo 12, inciso 2, de la ley 2213 del 2022, CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, EMITIDA POR PARTE DEL JUZGADO OCTAVO (8) CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, DE FECHA 25 DE NOVIEMBRE DEL 2022, a través de la cual, el A QUO, DECIDIÓ SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN y DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIONES DE MERITO PLANTEADAS POR LA DEMANDADA, que versan sobre el titulo valor presentado como base de recaudo judicial.

PETICIÓN

PRIMERA. - Solicito se revoque la sentencia de primera instancia de fecha 25 de noviembre del 2022, por medio de la cual el JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, declaro no probadas las excepciones de méritos planteadas, y ordeno seguir adelante la ejecución. Para que en su lugar el superior jerárquico una vez realizado un análisis integral de las normas y jurisprudencia que regulan el asunto que aquí nos ocupa, así mismo, se realice una valoración exhaustiva de las pruebas arimadas al proceso de tal manera que se pueda lograr una decisión congruente, la cual consistiría en declarar probadas las excepciones de mérito planteadas como COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE Y LLENADO DEL PAGARE SIN LAS INSTRUCCIONES DEJADAS POR EL DEUDOR, y como consecuencia de tal declaración que la orden de seguir adelante la ejecución sea por la suma de \$123,120,000, con los intereses moratorios sobre dicha suma de dinero, causados a partir del día 10 de junio del 2022.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE FECHA 25 DE NOVIEMBRE DEL 2022:

El AQUO, declara probadas parcialmente las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago parcial, y declara no probadas las excepciones de mala fe y llenado del pagare desconociendo las instrucciones dejadas por el deudor. Por lo cual ordena seguir adelante la ejecución en contra de la demandada por la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$162.360.000,00), por concepto de capital contenido en el pagaré No. 0652 de 14 de marzo de 2018, más los intereses moratorios sobre el capital señalado, desde el día 17 de junio de 2019, hasta que se realice el pago total de la obligación, los cuáles se liquidarán de acuerdo a la

tasa pactada sin que exceda la máxima legal establecida por la Superintendencia Financiera.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN FRENTE A LA SENTENCIA DE FECHA 25 DE NOVIEMBRE DEL 2022:

Se plantearon como reparos contra la sentencia de fecha 25 de noviembre del 2022, el monto de la obligación insoluta por el cual se condenó a la demandada y la fecha de causación de los intereses moratorios, ya que, se considera que el despacho judicial incurrió en defectos facticos y sustantivos.

Los reparos contra la sentencia se sustentarán de la siguiente manera:

EN CUANTO A LOS DEFECTOS FACTICOS:

- EL AQUO, dio por demostrado, sin estarlo, que el titulo valor pagare No.0652 base de ejecución allegado al proceso cumple con los requisitos indicados en el artículo 622 del código de comercio. Lo cual no es así, ya que, el mencionado documento no fue llenado conforme a las instrucciones dadas por la deudora OLGA CALDERON DE DUARTE.

Al respecto, en la carta de instrucciones suscrita por la demandada para el diligenciamiento del Pagare No.0652, base de recaudo, esta dejo consignado que la cuantía por la cual sería diligenciado ese título valor sería por el monto aprobado en pesos, con los respectivos intereses de plazo y de mora, que se adeuden a la fecha en que se llene el pagare.

Así las cosas, se tiene que el capital prestado a la demandada fue la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$150,000,000) M/L, tal cual lo reconoció el representante legal de la entidad demandante en el interrogatorio de parte rendido.

Dicha suma de dinero fue dada en mutuo con un interés del 2% mensual de los cuales la demandada pago con corte a mayo del 2019, la suma de \$68,880,000, mediante 14 cuotas mensuales de \$4,920,000.

Así que, para la fecha en la cual fue diligenciado el pagare ella es 16 de junio del 2019, lo adeudado por la demandada era la suma de \$123,120,000.

Es decir, a mayo del 2019, el capital de \$150,000,000 al 2% mensual genero un interés total de \$42,000,000, si la demandada pago catorce (14) cuotas mensuales de \$4,920,000, lo cual equivale con corte a mayo del 2019, a un total de \$68.880.000, de estos se aplican \$42,000,000, para intereses y \$26,880,000 para el capital de \$150.000.000, Por lo cual, a fecha de junio del 2019, lo que adeudaba la demandada era la suma de \$123,120,000 y no la suma de \$162,360,000 como lo estableció incorrectamente este despacho judicial.

Por tanto, la orden de seguir adelante la ejecución debía ser por la suma de \$123,120,000, a los cuales se le debían imputar los abonos realizados por la demandada, el día 08 de noviembre del 2019 y 08 enero del 2020., por valor de \$2,800,000 y \$2,120,000, de conformidad con lo indicado en el artículo 1654 del código civil.

- Este operador judicial le da validez a una cláusula acceleratoria la cual no se encuentra pactada de manera clara y expresa en la escritura de hipoteca suscrita entre las partes, ni en el Pagare No.0652, de fecha 14 de marzo del 2018, se considera que lo correcto para el asunto en concreto es que en la fecha que se diligencio el pagare ella es 16 de junio del 2019, se tasaran los valores que realmente debía la demandada con corte a esa fecha, correspondiendo ese monto a la cifra de \$123,120,000.

- El despacho judicial no hizo un estudio de fondo respecto de la cláusula sexta consignada en el Pagare No.0652 del 14 de marzo del 2018, ya que, según lo que

se desprende del tenor literal de ella, lo que se pactó entre las partes fue una cláusula aceleratoria facultativa, dicha estipulación reza lo siguiente:

*“Que en caso de mora en el pago de una cualquiera de las cuotas LA ACREEDORA, **podrá** exigir anticipadamente de inmediato, ejecutivamente o por cualquier otro medio legal, no solo la cuota o cuotas demoradas sino todo el capital adecuado junto con los intereses remuneratorios y el costo de la mora, así como también aquellos costos de cobranzas, y en fin todo gasto autorizado a cobrar por el Gobierno Nacional. (.....)”*

De lo anterior se colige, que entre las partes se pactó el ejercicio de la cláusula aceleratoria facultativa, toda vez que, se estipuló en dicho documento el otorgamiento de la facultad o potestad al acreedor, de hacer o no hacer efectiva dicha aceleración del plazo una vez ocurriera el incumplimiento por parte del deudor. Ello porque, además, no se estipuló de manera expresa, tener por extinguido de manera automática el plazo pactado y exigir de inmediato su devolución. Contrario a ello, se expresó que el acreedor **“podrá”** hacer uso de ella, otorgándole a la cláusula un carácter meramente optativo, ocasional, voluntario y discrecional, en aras que, si así lo determinaba, hiciera uso de esta para el respectivo cobro compulsivo frente a aquél que no consumó cualquiera de las obligaciones pactadas.

Con relación a las cláusulas aceleratorias automáticas y facultativas EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN SALA CIVIL FAMILIA RADICACIÓN No. 19001-31-03-005-2019-00082-01, indica que, la cláusula aceleratoria se muestra como una estipulación contractual, en virtud de la cual *“se otorga al acreedor el derecho de declarar vencida anticipadamente la totalidad de una obligación periódica. En este caso se extingue el plazo convenido, debido a la mora del deudor, y se hacen exigibles de inmediato los instalamentos pendientes”*⁷. Por tanto, su funcionamiento depende de la condición consistente en el incumplimiento del deudor, así como en la decisión del acreedor de declarar vencido el plazo de la obligación.”

Indica que doctrinariamente, esta cláusula que es considerada de carácter accidental puede ser: automática o facultativa.

Expone que la CLAUSULA ACELERATORIA AUTOMATICA: es aquella que ópera de manera mecánica con el solo hecho del incumplimiento del deudor, teniéndose por extinguido el plazo pactado para exigir de inmediato la devolución de la totalidad de lo debido.

Mientras que la CLAUSULA ACELERATORIA FACULTATIVA: faculta, permite o autoriza al acreedor, para que, con el hecho del incumplimiento del deudor, opte por hacer o no hacer efectiva la totalidad de la acreencia insoluta.

EFFECTIVIDAD DE LA CLAUSULA ACELERATORIA FACULTATIVA: Al respecto EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN SALA CIVIL FAMILIA RADICACIÓN No. 19001-31-03-005-2019-00082-01, indica que,

“La cláusula aceleratoria se hace efectiva dependiendo del tipo de aceleración pactada, en consecuencia, si de cláusula facultativa se trata, esta sólo se hace efectiva cuando el acreedor exteriorice su voluntad de hacerlo. Dicha manifestación se materializa con la presentación de la demanda o de algún otro modo, existiendo desde ese momento la oportunidad para computar el término prescriptivo para el cobro de la totalidad de la obligación o de su saldo insoluto.”

De conformidad con lo expuesto se tiene que en el presente proceso no se probó en ningún momento que INVERSIONES ALCIRA Y COMPAÑIA LTDA, haya realizado algún otro requerimiento de constitución en mora a la deudora diferente al de la presentación de la demanda, por tal motivo la entidad ACREEDORA hizo uso de la cláusula aceleratoria facultativa con la presentación de la demanda, la cual fue radicada el día 07 de abril del 2021, y la notificación del mandamiento de pago fue efectuada el día 09 de junio del 2022, según las certificaciones allegadas

por el apoderado judicial de la parte demandante, siendo entonces este el momento en que la parte pasiva tuvo conocimiento que la entidad acreedora aquí demandante decidió hacer uso de la mencionada cláusula, por lo cual se deben generar los intereses de mora a partir del 10 de junio del 2022, fecha esta última correspondiente al día siguiente de la notificación del mandamiento de pago.

Respecto de dicha temática relativa a la constitución en mora y generación de los intereses moratorios a los deudores cuando se pactan cláusulas aceleratorias facultativas EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN SALA CIVIL FAMILIA RADICACIÓN No. 19001-31-03-005-2019-00082-01, resalta lo siguiente:

“(…) en el ejercicio de la cláusula aceleratoria facultativa, si se requiere constituir en mora al deudor, constitución que se entiende realizada en la fecha en que se notificó a la parte ejecutada del respectivo auto de mandamiento de pago.”

Resaltan que se incurre en mora cuando una obligación no se cumple, debido al retraso, sea este imputable al deudor (mora deudaría) o al acreedor (mora creditoria). La mora supone entonces que, la obligación no es satisfecha en la oportunidad debida. En tratándose de la mora atribuida al deudor, el artículo 1608 del C.C. señala:

“Artículo 1608. Mora en el deudor: El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.” (Negritas fuera de texto)

Dicha preceptiva regula a su vez, la forma y oportunidad para constituir en mora, puesto que, dispone como regla general, que se necesita requerimiento judicial para que el deudor sea considerado en mora, y solamente a partir de cuándo se efectúe la reconvenición por el juez – o de algún otro modo –, se causan los perjuicios moratorios que, en el caso de incumplimiento en el pago de sumas de dinero, se reparan mediante el pago de los intereses de mora.

“Así las cosas, cuando se emplea la cláusula aceleratoria facultativa al depender su ejercicio, no sólo del incumplimiento del deudor sino también de la voluntad del acreedor de hacerla efectiva, es necesario el requerimiento para la constitución en mora del deudor, porque dicha facultad unilateral concedida para extinguir anticipadamente el plazo por el incumplimiento del deudor, como potestad que es, no opera automáticamente, su ejercicio es un acto dispositivo del acreedor, que puede o no usar, y requiere la manifestación expresa en tal sentido.

De esta forma, cuando la mentada potestad se materializa si no es de otro modo, a través de la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor se torna judicial, por lo que los efectos de la mora se surtirán desde la notificación personal del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, acorde a lo señalado en el inciso 2º del artículo 94 C.G.P. en consonancia con el artículo 423 ibidem, que establece:

“Artículo 423. Requerimiento para constituir en mora y notificación de la cesión del crédito: La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación”. (Negrita y subrayas fuera de texto).”

Con base en lo citado, considera el suscrito que los intereses moratorios de la obligación pendiente de pago se debían causar o generar a partir del 10 de junio del 2022, y no a partir del 17 de junio del 2019, fecha esta última en la que la entidad acreedora diligencio el Pagare No.0652, la cual estableció el despacho judicial de manera errada como aquella a partir de la cual se generan los intereses moratorios.

Al respecto en nuestra jurisprudencia se indica en la Sentencia T- 757 de 2009, que se produce el defecto factico; cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva, esto es, cuando el funcionario judicial I) simplemente deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; II) cuando excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o cuando III) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales.

Así las cosas, se considera que el JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, incurrió en un defecto factico al no hacer una valoración de fondo al título valor pagare No.0652 del 14 de marzo del 2018, concretamente a la cláusula aceleratoria, estipulada en la declaración sexta de dicho documento , lo cual conlleva a que de manera errada el operador judicial de primera instancia, diera aplicación a la CLAUSULA ACELERATORIA AUTOMATICA, la cual esta claramente probado que NO fue estipulada, condenando injustamente a la demandada a pagar intereses de mora de la obligación insoluta a partir del 17 de junio del 2019, cuando lo correcto era según lo que se desprende del título valor base de ejecución pagare, dar aplicación a la CLAUSULA ACELERATORIA FACULTATIVA, sobre la cual hizo uso la entidad ejecutante en la fecha de presentación de la demanda, por lo cual los intereses moratorios debían ser causados a partir del 10 de junio del 2022, fecha correspondiente al día siguiente de la notificación del mandamiento de pago.

EN CUANTO AL DEFECTO SUSTANTIVO:

La Jurisprudencia Constitucional en Sentencia T-673/2010, define que se incurre en un defecto sustantivo, entre otras razones: *“(i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, es decir, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente, o no se encuentra vigente por haber sido derogada o por haber sido declarada inconstitucional, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance[, (iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática[, (iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada, o (v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”.*

El defecto sustantivo en que incurrió el JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA consistió en no dar aplicación a las normas y jurisprudencia que regulan las cláusulas aceleratorias, y la aplicación de esta cuando se estipula de manera facultativa.

RAZONES QUE FUNDAMENTAN LAS INCONFORMIDADES:

FRENTE A LAS CONDENAS Y DECLARACIONES DE LA SENTENCIA APELADA.

Son razones de inconformidad sobre las condenas y declaraciones, los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, por lo cual solicito se revoque la sentencia de fecha 25 DE NOVIEMBRE DEL 2022, a través de la cual el A QUO, declaro no probadas las excepciones de méritos planteadas, y ordeno seguir adelante la ejecución. Para que en su lugar declare probada la excepción de mérito denominadas COBRO DE LO NO DEBIDO, TEMERIDAD Y MALA FE y LLENADO DEL PAGARE SIN LAS INSTRUCCIONES DEJADAS POR EL DEUDOR.

Con las pruebas documentales arrimadas al proceso, las cuales no fueron valoradas de fondo por el AQUO, de ese modo ese operador judicial, incurre en la vulneración a la garantía del debido proceso de mi mandante, lo cual le trae como consecuencia condenas económicas injustas por valores mayores a los realmente adeudados.

Así las cosas, me opongo a todas y cada una de las declaraciones y condenas resueltas por el AQUO en razón a las inconsistencias que se presentaron en la decisión judicial, las cuales fueron explicadas ampliamente en este escrito.

En ese orden de ideas, con base en la presente sustentación el suscrito considera que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y en su lugar se debe emitir la condena a pagar por un capital insoluto de \$123,120,000, con los intereses moratorios causados a partir del día 10 de junio del 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Invoco como fundamento de derecho lo preceptuado en los artículos 164, 165, 166, 167,170, 320 y ss. Código General del Proceso, Artículo 12 de la ley 2213 del 2022, arts. 622 y ss, y demás normas concordantes y pertinentes.

Atentamente,

LUIS ALBERTO ESTUPIÑAN VIZCAINO

C.C. No.1.045.169.361, de Candelaria Atlántico

T.P. No. 294.359 del C. S. de la J.