TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veintidós de febrero de dos mil veintidós

Tipo de pretensión:	Ejecutivo
Procedencia:	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Envigado
Demandante:	José Arnulfo Patiño Bedoya
Demandados:	Juan Gonzalo Gil López y otro.
Radicado:	**05001 31 03 002 2020 00131 01**
Asunto:	**Modifica decisión de primera instancia**

OBJETO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante frente a la sentencia de fecha 12 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Envigado en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

La demanda (arch. 02 C.1 expediente digital):

José Arnulfo Patiño Bedoya presentó demanda ejecutiva en contra de Juan Gonzalo Gil López y Ángel Iván Londoño Cardona, pretendiendo el cobro ejecutivo de dos pagarés.

Uno de los títulos por valor de $20.000.000 y otro por valor de $80.000.000. Se otorgaron el 22 de diciembre de 2016. Las obligaciones vencieron el día 20 de diciembre de 2017. Se pactaron intereses remuneratorios mensuales del

2%, exigibles por mensualidades anticipadas. Se afirma que el demandante sólo habría hecho uno de esos pagos, en el mes de noviembre de 2017.

Lo que se pretende es obtener el cobro ejecutivo del valor del capital y los intereses.

La contestación de Ángel Iván Londoño Cardona (cfr. arch. 18 C. 1 e.d.):

El demandado contestó a la demanda oponiéndose a la pretensión ejecutiva. Se alega el pago de la obligación. El opositor explica que este pago fue reconocido por el acreedor demandante en una escritura pública. No se ofrecen explicaciones sobre las circunstancias del pago. En cambio, se afirma que las obligaciones del pagaré estaban respaldadas con garantía hipotecaria. En la escritura pública número 1.091 del 4 de mayo de 2017 de la Notaría Segunda de Envigado, el acreedor habría declarado que se habían pagado las obligaciones de los pagarés y habría consentido en el levantamiento de la hipoteca. Con base en esa prueba se solicita que se reconozca el pago y se haga cesar la ejecución.

Traslado a las excepciones (cfr. arch. 29 C.1 e.d.)

Aunque el demandante reconoce haber firmado la escritura pública referida por el demandado, niega que se hayan pagado efectivamente las obligaciones de los pagarés objeto de cobro.

El demandante señala que el mutuo que garantiza el pagaré se lo otorgó a los demandados por intermediación de su hermana, la señora Gloria María Patiño Bedoya. Fue ella quien se los presentó, afirmando que había tenido negocios con ellos y los recomendó para el mutuo. El 22 de diciembre de 2016 se otorgaron los pagarés y se constituyó la hipoteca.

En el 2017, de nuevo por intermediación de su hermana, los demandados solicitaron un cambio en el objeto de la garantía hipotecaria -cambiar la casa de Envigado, por una finca en el municipio de la Unión-, para poder concluir una negociación. El demandante accedió y firmó la escritura 1.091, sin percatarse de la cláusula sobre el pago de la obligación.

A pesar de ello, el demandante reitera que la obligación no se pagó y que por esa razón los títulos ejecutivos continúan en su poder. Alega que además de la firma de la escritura, los demandados no pueden probar ninguna circunstancia del pago de las obligaciones cambiarias, pues estas no se han pagado.

La sentencia de primera instancia (cfr. arch 39 c.1)

El juez declaró probadas las excepciones, bajo las siguientes consideraciones:

Si bien señaló que los pagarés son prueba de las obligaciones objeto de cobro, cuando se resuelven excepciones derivadas del negocio causal, como en este caso, debe valorarse el pagaré con base en el resto de la prueba que se practique.

Al valorar las declaraciones del demandante en la Escritura 1.091 de 2017, el juez concluye que es una prueba contundente del pago, que no alcanza a ser desvirtuada por el resto del material probatorio practicado (los indicios a partir de actitudes procesales, las declaraciones de parte y la declaración testimonial de la hermana del demandante Gloria María Patiño Bedoya).

En consecuencia, dispuso cesar la ejecución y ordenó a la parte demandante devolver los títulos valores en su poder.

La apelación (cfr. arch. 05 C2).

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación y presentó reparos ante la primera instancia. En segunda instancia sustentó el recurso.

El actor alega que está probado que los demandados "burlaron malintencionadamente" una obligación que nunca se pagó. Esto se evidenciaría así:

- En la audiencia de conciliación, los demandados habrían expresado no tener ánimo conciliatorio por que no están dispuestos a pagar dos veces una misma obligación. Sin embargo, en los interrogatorios de parte, habrían afirmado que la obligación había sido pagada por un tercero, Silvio Restrepo, fallecido. Por ello, los demandados alegan no tener conocimiento sobre las circunstancias del pago -medio, lugar, tiempo-.

- Se afirma que esa manifestación de que la obligación se había pagado por un tercero, Silvio Restrepo, manifestación que se hizo sólo hasta la audiencia de interrogatorio de parte, habría prevenido a los demandantes de adelantar una actividad defensiva y probatoria más robusta sobre la falta de pago efectivo de la obligación.

- Sobre el demandando Juan Gonzalo Gil López, se afirma que al ser un abogado de profesión, dedicado a asesorar garantías hipotecarias, debe valorarse negativamente el hecho de que se haya abstenido de contestar la demanda. También debe valorarse negativamente que alegue que realizó un pago, pero ni haya exigido la devolución de los pagarés, ni pueda exhibir recibo o cualquier constancia que acredite el pago efectivo.

- Se alega que las partes fueron contradictorias entre sí respecto de quién pagaba los intereses de los créditos objeto de cobro. Mientras Londoño Cardona afirmó que era Silvio Restrepo; Gil López afirmó que él mismo era quien realizaba los pagos.

- Se alega que debe valorarse negativamente que Londoño Cardona afirme que no conocía personalmente a la parte demandante, y sin embargo firmó a su favor pagarés, garantías hipotecarias y hasta realizó un pago de la obligación, según su versión.

- Se afirma que no se tuvo en cuenta la declaración de Gloria María Patiño Bedoya, según la cual los demandados habrían seguido pagando intereses hasta finales de 2018, como se pudo probar a través de los extractos bancarios. El razonamiento es el siguiente: si la obligación estaba pagada en el 2017 ¿Por qué continuaron pagando intereses?

Las alegaciones de la parte demandada (cfr. arch. 09 C.2)

Sobre los puntos de la apelación, el apoderado de la parte demandada manifestó:

- Se afirma que las manifestaciones de la parte en la audiencia de conciliación se refirieron al pago de la obligación, con fundamento en la escritura pública 1.091 de 2017.

- Se alega que si la ley autoriza el pago por otro, ninguna persona está obligada a demostrar el origen del capital aplicado al pago.

- Se adujo que la muerte de Silvio Restrepo Murillo ocurrió después de presentada la demanda, pero que éste murió antes de que se notificara

el mandamiento ejecutivo. Con este pretende explicarse porqué sólo se menciona a esa persona hasta la audiencia de pruebas.

- Luego se alega que es sospechoso por parte de los actores que se dejaran pasar más de dos años desde el vencimiento de la obligación para presentarla para su cobro. Se sugiere que la dilación se debía al cálculo de la muerte de Restrepo Murillo por parte de los acreedores, pues estos temían que él hubiese estado en condiciones de presentarse "a encarar a los demandantes sobre el evento del pago".

- Sobre la conducta de Gil López de no contestar la demanda, se afirma que éste explicó que si no contestó la demanda fue porque consideró que la declaración en la escritura pública era una prueba más que contundente del pago efectivo. Calculó que no era necesario que ambos demandados contestaran la demanda.

- Se alega que no se guardó otra evidencia del pago, por considerarse que la declaración sobre el mismo en una escritura pública era más que suficiente.

- Sobre la supuesta contradicción respecto de la persona que pagaba los intereses, el demandante alega que Silvio José Restrepo Murillo dejaba el valor de los intereses en poder de su abogado Juan Gonzalo Gil López. Se alega que en todo caso esto es irrelevante, ante la posibilidad legal del pago por otro.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

La duda sobre la exigibilidad de la obligación causal de un título ejecutivo, cuando tal duda es atribuible a un acto del propio acreedor expresado en una escritura pública ¿Es una razón adecuada para relativizar la exigibilidad ejecutiva de la obligación cambiaria? O ¿Es necesario pleno convencimiento del pago de la obligación causal para hacer cesar válidamente la ejecución con base en un título valor? ¿Es adecuado que el juez ejecutivo resuelva la pretensión ejecutiva y que deje las cuestiones dudosas del negocio causal -aquellas que no sean indispensables para resolver la pretensión ejecutiva- al juez del proceso declarativo?

Fundamentos jurídicos:

Los títulos valores incorporan la obligación que literalmente se expresa en ellos. El derecho se incorpora en el documento. Esta ficción jurídica, útil a las relaciones de comercio, supone que quien posee un título valor según las leyes de su creación y circulación, posee un documento que le da la potestad de cobrar la obligación incluso a través de medidas de coacción judicial. El documento es prueba autónoma de la obligación que en él se expresa -art. 619 del Código de Comercio-.

En principio, el documento que contiene el título es plena prueba contra el deudor y así debe valorarlo el juez. No obstante, el deudor puede oponer al acreedor cambiario las excepciones del negocio causal, siempre que las partes del proceso ejecutivo sean las mismas partes del negocio que dio origen al título -art. 784. 12 del Código de Comercio-.

Es relevante considerar el supuesto del deudor cambiario que, ante la notificación del mandamiento ejecutivo con base en un pagaré, alega el pago de la obligación cambiaria y presenta como prueba una escritura pública donde -según el opositor- el acreedor-demandante reconoce el pago de las obligaciones causales de los títulos ejecutivos.

Lo anterior, en relación con las siguientes dos variables relevantes:

- Que el deudor no está en condiciones de afirmar las circunstancias fácticas concretas del pago -tiempo, modo, lugar o canal-, ni de presentar ninguna otra evidencia que acredite el pago -es decir, el hecho efectivo de haber devuelto al acreedor el dinero que le debía-, distinta a la escritura.

- Que aunque el acreedor reconoce haber firmado la escritura, niega haber reconocido el pago. Se alega que el pago no se ha realizado y que su pretensión al firmar la escritura era cancelar un gravamen hipotecario abierto, no reconocer la extinción por pago de las obligaciones garantizadas.

Este supuesto con sus variables puede dar lugar a las siguientes posibilidades de convicción probatoria que interesan a esta providencia:

- Que el contenido de la declaración en la escritura, en relación con las alegaciones de la parte demandada, haga plena prueba del pago de las obligaciones cambiarias.

- Que el contenido de la declaración en la escritura, por lo que en ella se expresa o por cuestiones relativas a su falsedad, simulación o vicios del consentimiento, no tenga ningún peso probatorio frente a la exigibilidad de los títulos ejecutivos presentados.

- Que el contenido de la declaración en la escritura, en relación con el resto de la prueba, ofrezca dudas sobre el pago total o parcial de las obligaciones cambiarias.

Para efectos de analizar las posibilidades de convicción probatoria antecedentes, pueden diferenciarse dos tipos de actos derivados de la ejecución del negocio causal, con potencial para vencer la pretensión ejecutiva: el pago de la obligación y el hecho de que el acreedor, en el marco de la negociación causal, actúe voluntariamente de un modo tal que haga seriamente dudosa la *exigibilidad ejecutiva* de la obligación contenida en el título que presenta para el cobro.

Cuando se alega que el acreedor reconoció el pago de una obligación en una escritura pública, resulta pertinente considerar aspectos de la prueba ligados propiamente a lo que se expresa en el documento de la escritura y puede valorarse en él, así como aquellos aspectos relativos al peso probatorio de la escritura como un instrumento público.

En tanto documento, lo que se expresa en una escritura puede tener un sentido declarativo expreso y un sentido denotativo implícito. En el primer caso, la literalidad de la escritura expresa de manera clara y determinada una manifestación de voluntad atribuible al declarante, buscando un efecto jurídico concreto y literalmente expresado en el documento. Por ejemplo, el reconocimiento de un pago.

Según el D. 960 de 1970, el contenido de una escritura debe seguir un protocolo que consta de tres etapas: recepción, extensión, otorgamiento y autorización. Después de que el notario recibe las declaraciones, verifica los fines prácticos perseguidos por los declarantes, el consentimiento expreso del declarante frente a esos fines y el cumplimiento de los demás requisitos legales, debe redactar la declaración con las denominaciones que correspondan al acto. Por ejemplo, "reconocimiento del pago de la obligación

garantizada con hipoteca"- y redactarla de un modo *"sencillo, jurídico y preciso"*, que incluya los elementos "*esenciales y naturales"* del negocio jurídico que es objeto de declaraciones.

Siguiendo con el ejemplo, una escritura pública vale como declaración expresa del reconocimiento del pago de un dinero dado en mutuo, si en el contenido del clausulado se expresan elementos específicos relativos a la obligación, como los sujetos acreedor y deudor, la suma dada en mutuo o aspectos relativos a modos o condiciones de la obligación, como fechas de vencimiento, plazos o aspectos similares relativos a la negociación. Es decir: cuando se identifica la obligación de una manera clara e inequívoca, reconociendo también de forma inequívoca y clara su cancelación por pago.

Considérese esto: el valor probatorio de las escrituras públicas se deriva de la claridad, transparencia y precisión que deberían tener todas las declaraciones de voluntad que en ellas se expresan, precisamente por ceñirse a los protocolos y demás solemnidades legales, bajo la supervisión y autorización de un sujeto especial y altamente cualificado para ese fin: el notario. No es por tanto el color de las hojas, ni la cantidad de los sellos o las fórmulas rimbombantes lo que le da su peso jurídico a las escrituras, sino la precisión fáctica y técnica que la ley ordena que deban tener las declaraciones que en ellas se expresan, garantizadas por el cumplimiento de las solemnidades legales en su formulación.

Por tanto, cuando la declaración en la escritura pública cumple con las condiciones legales, entonces debe dársele el peso probatorio que establece el artículo 257 del CGP para los instrumentos públicos. Siguiendo con el ejemplo, debe aceptarse que el acreedor fue ante un notario y reconoció el pago. Por tanto, la escritura se constituye en una evidencia fuerte de que el pago efectivamente se realizó.

La ley da un peso probatorio fuerte a las escrituras públicas pensando especialmente en los terceros de buena fe. En efecto, el artículo 1766 del Código Civil protege la certeza de las declaraciones de las escrituras frente a acuerdos privados o contraescrituras ocultas. El artículo 1934, por su parte, señala que solo la declaración de la nulidad o la falsificación de la escritura admite la relativización de la declaración que allí se hace sobre el pago del precio en la compraventa respecto a terceros, lo que analógicamente puede aplicarse al pago del mutuo.

Este peso especial que le da la ley a las declaraciones que se hacen a través de escritura pública es útil a las relaciones civiles y comerciales. La solemnidad del acto quiere dar un grado de certeza mayor que el que puede ofrecer una declaración verbal de voluntad o un escrito privado, ante el evento de un conflicto. También supone ofrecer garantías de seguridad a terceros que adquieran derechos teniendo en cuenta las declaraciones que se hagan en los instrumentos públicos.

Frente a este tipo de prueba, sólo una evidencia fuerte de que la voluntad expresada en la escritura fue falsificada, o simulada u obtenida mediando un vicio del consentimiento, podría dar lugar a desconocer el peso probatorio de la declaración en la escritura pública.

En precedente vinculado a un proceso de simulación[1], la Corte realiza consideraciones sobre el peso probatorio de la declaración de pago que hace el acreedor de una obligación en una escritura pública. Se considera que este precedente es relevante porque resuelve un caso similar, donde el litigio radica en que el acreedor desconoce haber recibido efectivamente el pago de la obligación, no obstante haber declarado mediante escritura pública haberlo recibido.

[1] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia SC9072 del 11 de julio de 2014. Radicación n° 11001-31-03-035-2007-00601-01

La Corte diferencia dos eventos para la interpretación del artículo 1934 del Código Civil: si los sujetos que hicieron declaraciones de voluntad en la escritura son los mismos sujetos parte del proceso, la Corte sostiene que existe libertad probatoria para controvertir el hecho del pago que se expresa en la escritura. No obstante, advierte: *"Esto implica un esfuerzo superior del litigante interesado en demostrar la mentira de lo que se expresó en el instrumento público, pues, es ir en contra de una manifestación de voluntad libre y espontánea"*. En cambio, si se trata de un tercero que adquirió derechos con base en lo que se afirma en la escritura pública, solamente podrá alegarse con éxito frente a las declaraciones expresas contenidas en el documento, cuando se pruebe *"la nulidad o la falsificación de la escritura"*.

En asuntos como estos, donde se cuestiona una manifestación de voluntad expresa en una escritura pública, la Corte[2] ha considerado sobre el peso de la prueba indiciaria:

> *"Enorme es la importancia que reviste la prueba indirecta en el escrutinio de la voluntad negocial cuando se le impugna por falta de contenido real, dado que ante la habitual falta de prueba escrita emanada de los contratantes que dé cuenta de su apariencia, lo mismo que de otra prueba directa que la saque a la luz, las más de las veces es el celoso rastreo del negocio, de sus circunstancias y las de sus agentes, el que proporciona los datos a partir de los cuales es factible desentrañar la disconformidad, consciente e intencionada, entre la voluntad expresada y el genuino querer que animó a quienes dijeron concertar el negocio atacado. () "se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél, y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas (per coniecturas, signa et urgentes suspiciones) y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en el mismo terreno"*.

[2] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia SCC de 13 de octubre de 2011, rad. 2002-00083-01

En aplicación de la regla sobre cargas de afirmación y probatorias prevista en el artículo 167 del CGP, corresponde a quien pretenda derivar efectos de negar su voluntad expresada en una escritura, explicar las circunstancias que constituyen la falsedad, la simulación o el vicio del consentimiento, así como evidenciar los hechos que configuran esas circunstancias, para quebrar el grado de certeza que esta prueba ofrece. En caso de que no se cumpla con esta carga, debe asignarse a la escritura el peso probatorio que le corresponde.

Ahora bien, estas consideraciones son aplicables cuando se valora una escritura que contiene una declaración clara, expresa, precisa e inconfundible de una manifestación de voluntad, que coincide con la finalidad que expresamente se atribuye al acto jurídico que en ella se expresa.

No obstante, como ya se advirtió, en tanto documentos, las escrituras públicas también pueden expresar un significado denotativo: eso es, una manifestación en esos documentos a partir de la cual pueda inferirse razonablemente la existencia de un acto, un hecho, o una omisión de las partes en la negociación.

Como documentos denotativos, las escrituras son documentos cuyo contenido, lo que en ellas se expresa o el efecto que se busca con ellas, puede ser indiciario de otros hechos y valorarse como tal -art. 240 CGP-.

Así, por ejemplo, si en una escritura el acreedor declara su voluntad de levantar un gravamen hipotecario abierto, manifestando haber recibido el pago de las obligaciones de un mutuo garantizadas por la hipoteca, de allí puede inferirse razonablemente que el deudor pagó la obligación garantizada con la hipoteca, aunque esa obligación no se caracterice adecuadamente en la escritura, conforme las reglas del D. 960. Se trata de una inferencia falible, pero que puede reforzar otra evidencia probatoria sobre el tema del litigio.

Entiéndase bien: es claro que la hipoteca abierta es una garantía real accesoria cuya cancelación no resuelve la obligación que se garantiza. La cancelación de la hipoteca extingue la garantía, no la obligación. Por tanto, el acto a través del cual se cancela una hipoteca abierta no puede interpretarse directamente como una prueba del pago de la obligación principal.

No obstante, si en la escritura respectiva el acreedor hace manifestaciones a partir de las cuales puede concluirse razonablemente que la obligación principal se pagó, a la vez que cancela el gravamen hipotecario que constituye la garantía, es posible derivar de allí indicios sobre el hecho del pago de la obligación principal, que deben valorarse con el resto del material probatorio -art. 240 del CGP-.

A partir de estas consideraciones es pertinente volver a los supuestos de convicción probatoria presentados al inicio, respecto del litigio y las variables que son problematizados en esta providencia.

Ante la falta de afirmaciones concretas y pruebas directas sobre las circunstancias del pago de la obligación ejecutiva -tiempo, lugar, canal, medio-, el "reconocimiento del pago" de la obligación en una escritura pública sólo hace prueba fuerte del pago, si tal reconocimiento cumple con las condiciones de claridad, precisión y técnica que la ley le atribuye a las declaraciones mediante escritura pública, de modo tal que no quepa ninguna duda de qué obligación se trata, ni de la voluntad del acreedor de declararla extinguida por pago.

Especialmente, se requiere que la declaración sobre el pago identifique la obligación de manera clara, expresa e inequívoca, mencionando el efecto jurídico que se persigue y explicitando literalmente los elementos esenciales y naturales de la obligación.

Así, por ejemplo, si se trata de reconocer de manera solemne el pago de un dinero dado en mutuo, la declaración debe explicitar los elementos esenciales del mutuo, como el acreedor, el deudor y la delimitación del objeto. Asimismo, deben explicitarse los elementos de la naturaleza del contrato tales como plazos, condiciones para el pago, entre otros. En cualquier caso, la obligación que se declara extinguida debe determinarse con toda claridad, de modo tal que no pueda confundirse con otras.

Ante una prueba así constituida mediante escritura pública, con la precisión técnica y la claridad que la ley atribuye a la actividad notarial, la declaración expresa de voluntad de reconocer la extinción de una obligación concreta por pago, correspondería al acreedor que pretenda desconocer su contenido, acreditar los hechos que constituyan la falsedad, la simulación o el vicio del consentimiento. La ausencia o insuficiencia probatoria sobre estos puntos, conlleva a que se dé pleno peso probatorio a la declaración en la escritura como prueba del pago.

No obstante, también puede ocurrir que la declaración en la escritura pública, aunque pueda ofrecer indicios sobre el pago, no se constituya en plena prueba de él, por no declararse de forma expresa, concreta y clara la obligación que se reconoce paga. Asimismo, en el marco de un proceso judicial, podrían concurrir con la escritura otros elementos probatorios que quiebran la certidumbre que ofrece esa declaración, generando dudas razonables sobre el pago efectivo.

Si se aplica la regla de distribución probatoria, el excepcionante que alega el pago debe acreditar que éste se dio efectivamente. Si la escritura pública no hace plena prueba de ello, y no hay otras evidencias que demuestren el pago efectivo, en principio la excepción de pago debe denegarse y disponerse seguir adelante con la ejecución.

Sin embargo, aún en el caso de que la escritura pública no haga plena prueba del pago de la obligación causal, las declaraciones en ellas contenidas pueden generar serias dudas sobre la exigibilidad de la obligación ejecutiva incorporada en el título valor. Es decir que, a partir de la declaración de la escritura, en concordancia con otros elementos probatorios, se quiebre la certeza que en principio ofrece el título ejecutivo como prueba de una obligación insoluta.

En otras palabras: en ejecución del negocio causal pueden ocurrir dos fenómenos que relativicen la fuerza ejecutiva de una obligación reconocida en un título: a. que se demuestre con certeza el pago; o b. que se acrediten conductas del acreedor que fracture la certeza probatoria del título ejecutivo sobre la exigibilidad de la obligación.

Si las partes de la relación cartular son las mismas del negocio causal, en ambos casos la ejecución debe cesar.

En el primero, por existir plena certeza sobre el pago de la obligación causal del título, es decir, sobre la extinción de la obligación.

En el segundo, por no existir plena certeza sobre la exigibilidad de la obligación ejecutiva, por haberse fracturado la certeza que ofrece el título en el debate probatorio.

La pretensión ejecutiva podría estimarse sólo si, después de agotado el debate probatorio del negocio causal, no quedan dudas razonables sobre su exigibilidad.

Asimismo, sólo en el primer evento, la decisión que se adopte en el proceso ejecutivo hace tránsito a cosa juzgada respecto de los eventuales procesos declarativos para el reconocimiento de la obligación causal asociada al título.

En el segundo supuesto, en cambio, se resuelve negativamente la pretensión ejecutiva, por existir un acto de parte que quiebra la certeza sobre la exigibilidad del título, no por haber certeza del pago. Ante esta falta de certeza, el juez debe abstenerse de hacer pronunciamientos sobre el negocio causal -como el reconocimiento de un pago-, dada la necesidad de la prueba para el efecto -art. 164 del CGP-.

Frente a esta conclusión podría plantearse el siguiente argumento: si se hace cesar la ejecución con base en un título ejecutivo por existir dudas sobre la exigibilidad de la obligación que en el se expresa, pero no se define de fondo si la obligación está resuelta o no por pago, no se están cumpliendo las reglas especiales del CGP sobre los procesos ejecutivos con excepciones (art. 443 y c.c.), en la medida que debería resolverse de fondo todas las cuestionas relativas al negocio causal que hayan sido objeto del litigio. Por ejemplo, sí existió o no pago de la obligación.

Según una interpretación de esas reglas, aplicable en la mayoría de los casos que conoce este Tribunal, cuando se propone la excepción de pago, el proceso ejecutivo se vuelve una especie de "proceso declarativo", donde el juez debe emitir una sentencia que: a. o bien deniegue total o parcialmente la excepción de pago y continúe seguir adelante la ejecución; b. o bien acoja la excepción y declare extinta total o parcialmente la obligación ejecutiva.

No obstante, en ciertos casos excepcionales, esa interpretación debe leerse con las disposiciones sobre congruencia -art. 281-, así como las reglas sobre resolución de excepciones -aplicables "*En cualquier tipo de proceso…*", del artículo 282 del CGP. Según el inciso tercero de esa disposición: "*Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones… debe abstenerse de examinar las restantes*".

Así, si en un proceso ejecutivo se prueba que existieron actos del acreedor en la ejecución del negocio causal que, en conjunto con el resto de la prueba, quiebran la certeza del título, habrá que cesar la ejecución. Bajo este supuesto, no es necesario ni por reglas de congruencia, ni por reglas sobre resolución de excepciones, que se resuelva positiva o negativamente una excepción de pago, sobre todo si existe duda e insuficiencia probatoria sobre el particular. Basta la prueba de lo primero para hacer cesar la ejecución.

La síntesis del marco jurídico que se ofrece es el siguiente: la falta de certeza de la exigibilidad ejecutiva de la obligación, por un acto del acreedor exógeno a la literalidad del título, aunque no en todos los casos supone prueba concluyente de la solución de la obligación causal por pago u otra causal, sí se constituye en prueba suficiente para resolver de fondo la pretensión ejecutiva, negándose a continuar con la ejecución con base en un título que ya no ofrece certeza. Lo anterior, sin negar la posibilidad de que la obligación causal pueda discutirse en un proceso declarativo posterior, ante la falta de certeza sobre su solución.

Esta interpretación se orienta a lograr las siguientes finalidades: 1. Abstenerse de tomar medidas ejecutivas frente a los bienes y derechos de una persona, si no se tiene certeza plena de la exigibilidad de la obligación ejecutiva por actos imputables al propio acreedor y 2. Resolver de fondo la pretensión ejecutiva negándose a seguir adelante con la ejecución con base en los títulos presentados, con fuerza de cosa juzgada 3. Negarse a reconocer excepciones o decisiones con fuerza de cosa juzgada que no fueron probadas en el marco del proceso, como el pago efectivo de la obligación a favor del acreedor.

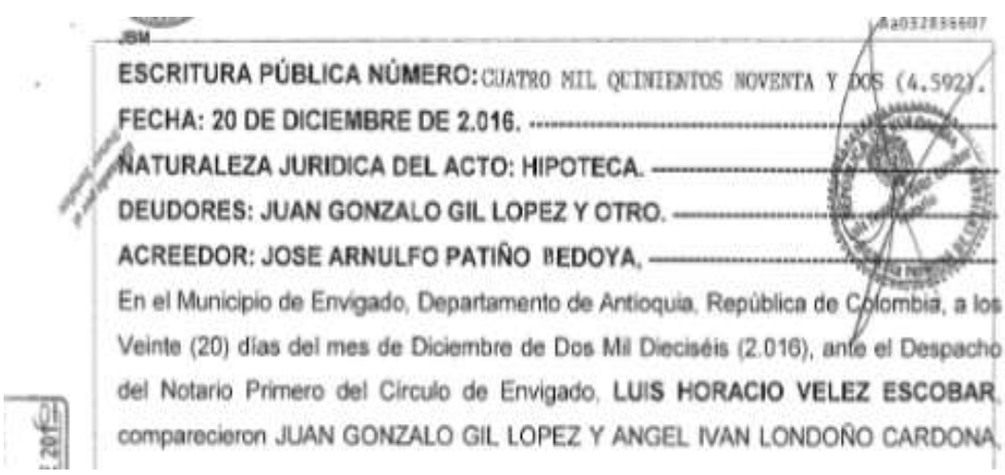
Caso concreto:

José Arnulfo Patiño Bedoya presentó dos pagarés firmados Juan Gonzalo Gil López y Ángel Iván Londoño Cardona pretendiendo el cobro ejecutivo de dos pagarés. Uno de los títulos por valor de $20.000.000 y otro por valor de

$80.000.000. Los pagarés se otorgaron el 22 de diciembre de 2016. La fecha de vencimiento es el día 20 de diciembre de 2017. Se pactaron intereses remuneratorios mensuales del 2%, exigibles por mensualidades anticipadas. Una reproducción de los pagarés obra en el expediente digital (cfr. 02 c1 e.d.).

Por su parte, en la contestación de la demanda, el demandado Londoño Cardona se opuso al cobro de la obligación alegando el pago. Por un lado, afirma que las obligaciones de los pagarés se garantizaron con hipoteca – la escritura 4.592 de 2016. De otro lado, afirma que en el mismo acto de cancelación de hipoteca -la escritura 1.091 de 2017-, el acreedor reconoció haber recibido el pago de las obligaciones de los pagarés.

La escritura de constitución de la hipoteca se encuentra en el archivo 22 del expediente digital. Se trata de la Escritura Pública número 4.592 de la Notaría Primera del Círculo de Envigado, donde los deudores constituyen a favor del acreedor una hipoteca abierta sin límite de cuantía, sobre una casa en el Municipio de Envigado:


JSM

ESCRITURA PÚBLICA NÚMERO: CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS (4.592).
FECHA: 20 DE DICIEMBRE DE 2.016.
NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO: HIPOTECA.
DEUDORES: JUAN GONZALO GIL LOPEZ Y OTRO.
ACREEDOR: JOSE ARNULFO PATIÑO BEDOYA.
En el Municipio de Envigado, Departamento de Antioquia, República de Colombia, a los Veinte (20) días del mes de Diciembre de Dos Mil Dieciséis (2.016), ante el Despacho del Notario Primero del Circulo de Envigado, **LUIS HORACIO VELEZ ESCOBAR**, comparecieron JUAN GONZALO GIL LOPEZ Y ANGEL IVAN LONDOÑO CARDONA,

Para la constitución de la hipoteca no se declara la existencia de obligaciones concretas, sino que la hipoteca es abierta y sin límite de cuantía.

PRIMERO: Que constituye **HIPOTECA GLOBAL O ABIERTA EN SEGUNDO GRADO Y SIN LÍMITE DE CUANTÍA** en favor de JOSE ARNULFO PATIÑO BEDOYA, de conformidad con los articulos 2438 y siguientes del Código Civil, sobre el siguiente bien inmueble situado en el municipio de Envigado situado en la CALLE 36 D NUMERO 27 D 166 (CASA 221). Un lote de terreno distinguido con el numero veinte cinco (25) de la manzana 'D', junto con la casa de habitación sobre él construida, distinguida con el

El carácter abierto de la hipoteca se refuerza en la cláusula octava de la escritura:

OCTAVO: Que esta escritura y la garantía real hipotecaria en ella contenida, tendrán vigencia mientras existan sin cancelar cualquier deuda u obligación a cargo del(los) deudor(es) y en favor del(los) acreedor(es), cualesquiera que sean las causas, las fechas y las procedencias de esas deudas u obligaciones no obstante que haya habido solución de continuidad entre las fechas de constitución de dos o más, las que estarán garantizadas por medio de este instrumento escriturario, siempre que el gravamen hipotecario que por ella se constituye esté sin cancelar, al propio tiempo que la cancelación de dicha garantía no implicará, en manera alguna, cancelación, pago o extinción de las obligaciones que pudieren existir a cargo del(los) deudor(es) y en favor del(los) acreedor(es).----------

Obsérvese que se incluye una cláusula según la cual, *"la cancelación de la garantía no implicará, en manera alguna, cancelación, pago o extinción de las obligaciones que pudieren existir a cargo de los deudores"*.

También importa resaltar que en la cláusula adicional de la escritura se consignó lo siguiente sobre el valor del acto:

CLÁUSULA ADICIONAL 1: Con el fin de determinar los derechos notariales y de registro de la presente escritura se protocoliza carta de efectos fiscales por la suma de **VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($20.000.000.oo).**

Asimismo, en el archivo 23, se encuentra un registro fotográfico de la Escritura Pública número 1.091 del 4 de mayo de 2017, de la Notaría Segunda del Círculo de Envigado. En ese documento, las partes dejan constancia ante el notario de un acuerdo de cancelación de hipoteca.

En la cláusula primera se lee un reconocimiento y una delimitación de una obligación:

PRIMERO: Que los señores **JUAN GONZALO GIL LOPEZ Y ANGEL IVAN LONDOÑO CARDONA**, CON CEDULAS NUMEROS 71.633.839 Y 71.295.100, se constituyeron deudores del señor **JOSE ARNULFO PATIÑO BEDOYA**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía numero 15.428.719, por la suma de **VEINTE MILLONES DE PESOS ML. ($ 20,000.000.oo)** por medio de la escritura publica numero 4.592 del 20 de Diciembre de 2016 de la Notaria Primera de Envigado, debidamente registrada bajo la **MATRICULA INMOBILIARIA NUMERO :- 001-488158.**

En el encabezado de ese documento se lee "Cancelación de hipoteca". En el numeral primero, se afirma que los demandados son deudores del demandante por una suma de $20.000.000. Se afirma además que esta obligación se adquirió "por medio" de la escritura 4.592 de 2016. En el numeral segundo se dice que para garantizar la obligación se constituyó la hipoteca de la mencionada escritura. En el numeral tercero, se señala lo siguiente:

TERCERO: Que por haber recibido el compareciente de manos de los señores **JUAN GONZALO GIL LOPEZ Y ANGEL IVAN LONDOÑO CARDONA**, la suma mutuada, declara CANCELADA la obligación y la hipoteca abierta constituida por la escritura pública antes citada, debidamente registrada y libra a los deudores de toda responsabilidad.----------

¿Cuál es el peso probatorio de esos documentos?

Si nos atenemos a la literalidad de la Escritura 1.091, ésta prueba que a través de ella se canceló una hipoteca abierta a favor del demandante, relativa a un crédito de $20.000.000, reconocido en la Escritura 4.592.

La obligación que se reconoce como pagada se identifica de una manera adecuada en la cláusula primera, especificando la obligación a partir de sus elementos esenciales: acreedor -el demandante-, deudores -los demandados- y objeto – dar $20.000.0000-. Sí bien no se menciona la causa de la obligación más que de paso -la referencia al "mutuo", en la página 3ª-, en cambio se hace un vínculo directo entre la garantía hipotecaria constituida en la escritura 4.592 y la obligación de $20.000.000 objeto de la obligación.

Esta obligación puede asociarse claramente con incorporada en uno de los pagarés (pagaré 1) por ese mismo valor, en cuyo cuerpo se hace referencia expresa a la garantía hipotecaria de la Escritura 4.592.

PAGARE

LUGAR Y FECHA DE CELEBRACION DEL CONTRATO: Envigado, Diciembre 22 de 2.016. ----------
PAGARE NÚMERO: 1. ----------
VALOR: VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000.oo) M.L. ----------
INTERESES DURANTE EL PLAZO: Dos Por Ciento (2%) mensual.----------
INTERESES DE MORA: Tasa máxima legal autorizada, y según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria.----------
PERSONAS A QUIEN DEBEN HACER EL PAGO: JOSE ARNULFO PATIÑO BEDOYA. ----------
LUGAR DONDE SE EFECTUARA EL PAGO: ENVIGADO.----------
FECHA DE VENCIMIENTO DE LA OBLIGACION: Diciembre 20 de 2017. ----------
DEUDORES: JUAN GONZALO GIL LOPEZ Y ANGEL IVAN LONDOÑO CARDONA, varones, mayores de edad, vecinos de este Municipio, Identificados con las cedulas de ciudadanía números 71.633.839 y 71.295.100 expedidas en Medellín e Itagüí respectivamente, de estado civil casado con sociedad conyugal vigente el primero y soltero sin unión marital de hecho el segundo y Declararon: ----------

El presente pagare será garantizado con la Hipoteca Abierta constituida por medio de la Escritura Pública Numero 4.592 del 22 de Diciembre de 2.016, otorgada en la Notaria Primera (01) de Envigado, registrada en el Folio de Matricula Inmobiliaria Numero 001-448158. ----------

Atendiendo la literalidad del pagaré 1 y el contenido declarativo expreso de las escrituras 4.592 y 1.091, es posible concluir razonablemente que la suma que el demandante reconoció que le fue pagada por los demandados, es la misma suma incorporada en el título valor, "PAGARÉ NÚMERO: 1".

Este mismo razonamiento, en contraste, no puede hacerse frente al pagaré núm. 2, por valor de $80.000.000.

Esta obligación no aparece determinada por sus elementos, ni mencionada de forma concreta o expresa en el texto de la escritura. Por tanto, frente a este pagaré, la escritura no opera como prueba de una declaración pública de reconocimiento del pago, ni tiene el peso probatorio que la ley da a tales declaraciones, porque de su lectura no puede concluirse una voluntad

concreta y expresa del acreedor, en el sentido de reconocer el pago de la obligación incorporada en el "PAGARÉ NÚM. 2" por valor de $80.000.000.

No obstante, es importante considerar que el documento de la escritura pública y sus declaraciones pueden probar hechos que se constituyen en indicios de otros hechos, y que el juez tiene la obligación de valorar, atendiendo el artículo 240 del CGP.

A pesar de que la escritura pública 1.091 no contiene una declaración de reconocimiento de pago frente al pagaré número 2., sí se constituye en un acto que, en relación con otras pruebas del proceso que pasarán a analizarse, generan dudas razonables sobre la exigibilidad de la obligación ejecutiva incorporada en ese pagaré.

En la literalidad del PAGARÉ NÚMERO 2 se expresa claramente el vínculo de la obligación, con la garantía hipotecaria abierta de la escritura 4.592. Ciertamente, por tratarse de una hipoteca abierta y en razón de la cláusula octava de esa misma escritura, levantar la hipoteca a través de la escritura 1.091 no tiene ningún efecto jurídico sobre las obligaciones a cargo del deudor, ni mucho menos supone su pago.

Sin embargo, en el marco de una relación estrictamente mercantil entre un prestamista y su deudor, a quienes sólo une un interés comercial ¿Por qué se levantaría una garantía hipotecaria sobre una obligación no resuelta? Por las reglas de la experiencia, puede decirse sin mucha oposición que los acreedores sólo levantan las garantías hipotecarias si se les paga totalmente el capital y los intereses pactados, sobre todo si el interés y la relación entre las partes es estrictamente comercial.

Se insiste: nada en la escritura 1.091 permite concluir que el acreedor reconoció el pago del PAGARÉ NÚMERO 2. El acto voluntario de cancelar

una hipoteca abierta, no tiene el efecto de modificar ni de resolver las obligaciones a cargo del deudor.

Sin embargo, atendiendo las circunstancias del caso y en relación con otras evidencias, el acto de levantamiento de la hipoteca puede ser *indiciario* del pago, o de alguna otra modificación de todas las obligaciones garantizadas por la hipoteca, por la forma como las reglas de la experiencia sugieren una respuesta a esta pregunta: En el caso de la relación prestamista a interés – deudor ¿Cuál sería la causa para que el acreedor levante voluntariamente la garantía real de las obligaciones? Si bien este sólo cuestionamiento no es conclusivo sobre el pago u otra modificación de la obligación, sí puede ser indicativo de ellos, en concordancia con otras pruebas.

En este caso, por ejemplo, además del reconocimiento expreso del pago de $20.000.000, en la cláusula tercera de la escritura 1.091, el acreedor declaró que cancelaba la hipoteca por haberse satisfecho "*la suma mutuada*" a cargo de los deudores. En consecuencia, "*libra a los deudores de toda responsabilidad*".

Estrictamente hablando, dentro de las posibilidades de sentido del documento en sí mismo y lo que expresa, éstas declaraciones podrían relacionarse sólo con la obligación de $20.000.000 que se menciona en las otras cláusulas de la escritura. Pero continúa el interrogante: si aún le debían $80.000.000 ¿Por qué el acreedor hace estas declaraciones generales y además levanta la garantía hipotecaria?

El demandante y su hermana dan una explicación: no se ha pagado ni la obligación de $20.000.000, ni la obligación de $80.000.000.

El demandante reconoce que firmó, pero niegan que su intención fuera reconocer el pago de esas obligaciones. Afirma que accedieron a una solicitud de los deudores -quienes habrían pagado puntualmente intereses de las sumas dadas en mutuo por el actor y de otras sumas mutuadas a los acá deudores

por su hermana- para cambiar el objeto de la garantía real. El acreedor habría firmado la escritura a sabiendas que cancelaba la hipoteca, en espera de una nueva garantía y sin consentir en aceptar el pago de obligación alguna.

Por su parte, Gloria María Patiño Bedoya corrobora la versión del demandante en este punto. Afirmó que ella misma había prestado dinero a los demandados en otra ocasión. Éstos habían sido muy puntuales con el pago de los intereses. Por eso, ella recomendó a su hermano prestarles el dinero del mutuo garantizado por los pagarés. Luego los deudores solicitaron el cambio de la garantía hipotecaria, a lo que ella accedió y convenció a su hermano para que accediera también. Levantaron las hipotecas. Se quedaron esperando a que les constituyeran la nueva garantía. La testigo fue enfática en señalar que podía probar con certificados bancarios que los deudores siguieron pagando intereses a las obligaciones hasta el año 2018, varios meses después de haberse levantado la hipoteca. Sin embargo, estos documentos no se allegaron al expediente. Asimismo, manifestó con vehemencia que la intención de los demandados era engañarla a ella y a su hermano, para apropiarse del dinero dado en mutuo.

La única explicación que puede dar el demandante sobre por qué reconoció el pago de $20.000.000 es que no leyó la escritura y que no tenía experiencia los trámites notariales. Sin embargo, las reglas de argumentación judicial impiden atribuir efectos beneficiosos a quien alega su propia culpa persiguiendo un efecto. El demandante debió leer la escritura y, sí era del caso, asesorarse para su comprensión.

Se alega que los deudores lo engañaron, en el sentido de que nunca se constituyó la nueva garantía hipotecaria ni se pagaron las obligaciones a su cargo. Sin embargo, ese supuesto engaño no explica por qué el demandante firmó la escritura reconociendo el pago de $20.000.000.

También se afirma que el acreedor y su hermana confiaban en los deudores, por haber tenido ésta buenas relaciones con ellos en otros mutuos, en lo que respecta al pago de intereses. Sin embargo, esto tampoco explica que se haya reconocido ante un notario el pago de $20.000.000 que se desconoce en este proceso.

Adviértase que aunque la explicación del demandante sobre el cambio de garantía y la confianza en los deudores es coherente como explicación de la declaración de voluntad sobre la cancelación de la hipoteca y la esperanza en la constitución de una nueva garantía, esas razones no sólo revelan un comportamiento extraño entre sujetos a quienes une solamente un interés mercantil, sino que tampoco explica en absoluto por qué se reconoció ante el Notario el pago de $20.000.000.

Esta falta de una explicación convincente, o el hecho de que se alegue la propia culpa -no haber leído lo que expresamente decía la escritura, como se manifestó y reiteró en el interrogatorio de parte- no sólo son insuficientes para derrotar la fuerza probatoria de la declaración pública, sino que además se valoran negativamente como indicio de conducta contra la parte demandante. No está en condiciones de ofrecer explicaciones razonables sobre hechos relevantes a su versión de los hechos.

Aún más, durante la audiencia de interrogatorio del parte, al actor incurrió en varias contradicciones y reticencias que merecen la atención de la Sala.

Estas manifestaciones se advierten sobre dos puntos específicos: sobre su actividad de prestamista y sobre la persona de "Silvio Restrepo". Señaló que no ejercía profesionalmente como prestamista. Que excepcionalmente le había prestado dinero a los demandados por la intermediación y recomendación de su hermana.

Sin embargo, cuando se le pregunta si conoció a "Silvio Restrepo" o si tuvo negocios con él, primero contestó "no me acuerdo". Luego, cuando el juez insistió en la pregunta, respondió "teníamos una relación crediticia". Finalmente señala que también a través de su hermana le había prestado dineros al señor "Silvio", $130.000.000.

Estas manifestaciones se hicieron con nerviosismo y reticencias, después de haber sido reconvenido por el juez sobre la necesidad de rendir la declaración mirando la cámara, sin recibir ayuda del abogado o de terceros en la habitación desde donde declaraba.

Además, contrastan claramente con manifestaciones anteriores del declarante, según las cuales no se dedicaba a prestar dinero y el negocio con los demandados fue una excepción, con los dineros de una venta de una casa. Cuando se le hace caer en cuenta de la contradicción dice: *"he tenido negocios con ellos, con Silvio y con otra señora"*.

El demandante fue reticente, confuso y contradictorio al explicar las relaciones que los unían con "Silvio Restrepo", aunque tanto él como su hermana fueron categóricos al expresar que eran negocios distintos a los que lo unían con los demandados.

Esta declaración contrasta claramente con la versión que rindieron los demandados en sus interrogatorios. Estos manifestaron que en el mutuo que los unía a los demandantes y que se constituye en la relación causal de los títulos objeto de cobro, actuaron como agentes de "Silvio Restrepo", quien según ellos falleció, y de quienes serían respectivamente su amigo y abogado - Juan Gonzalo Gil López- y su yerno -Ángel Iván Londoño Cardona-.

Se afirma que en varios negocios relacionados con proyectos inmobiliarios, incluido el mutuo con los demandados, "Silvio Restrepo" actuaba a través de

los demandados para distintos actos jurídicos, incluido recibir dineros y pagar intereses.

Sin embargo, en cuanto al mutuo con el demandante, se alega que fue "Silvio Restrepo" quien recibió el dinero y luego lo pagó, haciendo dejar constancia de ello en la escritura 1.091. Los demandados afirman no tener un conocimiento directo sobre el hecho del pago, sino saberlo por boca de "don Silvio" y por la declaración en la escritura.

Esta declaración, hecha por ambos demandados en sus respectivas declaraciones, presenta una contradicción con lo que se expresa en la cláusula tercera de la Escritura 1.091: allí se dice que el acreedor recibió la suma mutuada "*de las manos"* de los deudores Juan Gonzalo Gil López y Ángel Iván Londoño Cardona. Éstos declaran que saben de oídas que el pago lo hizo "*Silvio Restrepo*" y el demandante y la testigo dicen que no hubo ningún pago en absoluto.

Valorando la prueba documental con las declaraciones de las partes y la testigo tenemos lo siguiente:

Frente al pagaré núm. 1, por valor de $20.0000.000:

La escritura pública 1.091 se constituye en una prueba muy fuerte del pago de la obligación, en la medida que contiene una declaración expresa y clara sobre el particular.

No obstante, esa declaración contrasta con el reconocimiento expreso que hacen los demandados sobre que fue un tercero, "Silvio Restrepo", quien contrajo y pagó la obligación, lo que contradice la literalidad misma de la escritura.

Los demandados dicen que no tiene un conocimiento directo de ese pago, por lo que no están en condiciones de afirmar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que éste se produjo, con el fin de agotar la contradicción y la prueba de una manera más contundente.

Esto también se valora en contra de la excepción, pues una carga mínima de quien alega un pago es afirmar las circunstancias concretas de ese pago (modo, tiempo, lugar, medio). Por tanto, quién dice que pagó, pero al mismo tiempo señala que no sabe nada, directamente nada de ese pago, no tiene una posición sólida para su excepción.

Además, la explicación que involucra a "Silvio Restrepo" no se formuló en la contestación de la demanda, sino sólo al momento de rendir interrogatorio de parte, disminuyendo con ello las posibilidades de contradicción y prueba del actor.

A esto se agrega que uno de los demandados es abogado asesor experto en temas inmobiliarios, por lo cual algunas conductas relativas a la forma de ejecución del negocio causal y las conductas procesales desplegadas en el proceso, pueden ser fuentes indiciarias de evidencia teniendo en cuenta esa condición.

Esas conductas que se valoran negativamente respecto de la excepción de "pago" propuesta la parte ejecutada son las siguiente:

En este proceso el abogado demandado se abstuvo de contestar la demanda; consecuentemente se abstuvo de indicar claramente su versión sobre el mutuo, su calidad de agente de un tercero, su desconocimiento de las condiciones directas del pago, y los otros aspectos relativos a la participación de "Silvio Restrepo".

Aunque ante la respuesta del deudor solidario y ante las declaraciones en audiencia, no es posible derivar de la falta de la contestación de la demanda una confesión ficta, sí es posible y el juez debe derivar de allí un indicio de conducta. Aunque es válido como actitud defensiva abstenerse de contestar la demanda o de afirmar o negar ciertos hechos, también es válido valorar esas actitudes para formar convicción probatoria -artículo 241 del CGP-.

En este caso, se considera que esa actitud reticente incidió en el ejercicio de la contradicción del demandante y en que se hubiera podido adelantar un debate probatorio robusto del negocio causal y la participación que tuvo "Silvio Restrepo" en él. Por tanto, es un indicio en contra de la excepción, en la medida que impidió obtener certezas probatorias sobre los hechos que la constituyen; obró como un obstáculo para el efecto.

Asimismo, llama la atención que aunque el demandado es abogado experto en asesorías inmobiliarias, y en calidad de tal presta su nombre para constituir una hipoteca y firma pagarés obligándose cambiariamente, al mismo tiempo se desatiende de aspectos básicos sobre el cómo dar por canceladas las obligaciones cambiarias tales como la devolución de los pagarés o por lo menos la conservación de recibos de pago. Ni siquiera le interesó enterarse de las circunstancias específicas del pago.

Esto se explica alegando que ante la "claridad" de la escritura de reconocimiento de pago, todo lo anterior se consideró innecesario. Sin embargo, esa escritura no sólo no es clara ni expresa en lo que respecta al pagaré número 2 por $80.000.000, pues nada dice de él; sino que lo que en ella se expresa sobre el pagaré número 1 de $20.000.000 contradice la propia versión de los demandados, quienes dicen no haber ni recibido ni pagado directamente dineros a los demandados, sino que supieron que eso ocurrió de boca de "Silvio Restrepo".

En estas condiciones, se considera que a pesar de la declaración expresa en la escritura 1.091 sobre el pago de los $20.000.000, existen serias dudas probatorias sobre el hecho real de tal pago.

El pagaré número 2 por $80.000.000

La escritura 1091 no es una prueba fuerte del pago de la obligación del pagaré número 2, puesto que no contiene declaraciones expresas sobre él.

No obstante, las declaraciones en él contenidas, así como el acto de levantamiento de la hipoteca, pueden valorarse como indicios de que a la firma de ese acto los deudores habían pagado "la suma mutuada", por lo cual el acreedor los "libra de toda responsabilidad", según se lee en la cláusula tercera de la escritura.

En tanto el pagaré núm. 2 había sido garantizado con la misma hipoteca, puede inferirse razonablemente que al momento de su levantamiento esta obligación se encontraba pagada. De otro modo ¿Por qué se prescindiría de la garantía?

Este indicio se refuerza con las declaraciones y las actitudes procesales del demandante. Éste no sólo niega que no se le pagaron los $80.000.000 del pagaré número 2., sino que además niega el pago de la obligación de $20.000.000 del pagaré número 1, a pesar de haber reconocido explícitamente el pago ante el notario, y haber hecho las declaraciones ya citadas.

Las explicaciones que se ofrecen sobre el punto de por qué se accedió a firmar la cancelación de la hipoteca y por qué se considera un engaño el hecho de que no se pagara la obligación, no explica porque se reconoció ante notario haber recibido la suma dada en mutuo o por qué se liberó de responsabilidad a los deudores.

Además, en la declaración de parte, el demandante incurrió en conductas reticentes, confusas y contradictorias a la hora de explicar su relación con "Silvio Restrepo", quien según los demandados sería quien habría pagado la obligación.

Se considera que esto debe valorarse en contra de la pretensión ejecutiva, en la medida que denota una incomodidad o una intención de encubrir hechos que según el litigio planteado por los demandados, serían relevantes para la excepción de pago.

Así las cosas, aunque la escritura pública 1.091 no hace plena prueba del pago de la obligación ejecutiva del pagaré núm. 2, si lo que allí se declara se valora indiciariamente en conjunto con las actitudes del demandante en audiencia de interrogatorio de parte y con las declaraciones de los demandados, se configuran dudas razonables sobre la exigibilidad de la obligación causal del pagaré número 2.

En conclusión:

Para que la pretensión ejecutiva esté llamada a prosperar, los títulos que se presentan para el cobro deben ofrecer certeza sobre la exigibilidad de la obligación.

En este caso, la literalidad de los títulos que se presentaron para el cobro -pagarés 1 y 2- ofrecen esa certeza, en principio.

No obstante, existen actos imputables al acreedor, evidenciados en el marco del proceso ejecutivo con excepciones, que quiebran esa certeza.

Esos actos son concretamente los siguientes: haber reconocido en escritura pública el pago de la obligación del pagaré de $20.000.000; haber reconocido en la escritura que se le había pagado "la suma dada en mutuo" y que "liberaba

de responsabilidad a los deudores"; haber levantado la hipoteca que garantizaba el pago del pagaré por $80.000.000; haber incurrido en reticencias y contradicciones a la hora de declarar sobre la relación con "Silvio Restrepo", quien según los demandados habría pagado las dos obligaciones.

Estos actos del acreedor, probados en el proceso ejecutivo, bastan para hacer cesar la ejecución, en la medida que fracturan la certeza sobre la exigibilidad de las obligaciones que se incorporan en los títulos presentados para el cobro.

No obstante lo anterior, ello no significa que deba reconocerse la excepción de pago propuesta por los demandados, por no haber tampoco certeza probatoria sobre el particular.

Los demandados ni siquiera tienen un conocimiento directo sobre el *pago efectivo* de la obligación. Conocieron de ella a oídas.

La prueba que presentan en sustento de la excepción -la escritura 1.091-, aunque es una prueba fuerte del pago del pagaré núm.1 por $20.000.000, lo cierto es que cede ante otra evidencia probatoria en el proceso ejecutivo: la contradicción sobre quien hizo el pago entre la escritura y lo que manifiestan los demandados en sus interrogatorios; las actitudes defensivas que impidieron un debate robusto sobre la participación de "Silvio Restrepo" en el negocio causal; las actitudes del deudor abogado en el manejo del pago del crédito según su versión, quien se abstuvo de reclamar pagarés, pedir recibos o de informarse siquiera sobre las condiciones concretas del pago; y por último, las declaraciones del demandante y su hermana.

Por tanto, no existen certezas sino dudas probatorias sobre el hecho real y efectivo del pago. No sé sabe en qué lugar se hizo, ni a qué horas, ni a través de qué medios, ni si lo hicieron los demandados "de su mano" como dice la escritura de cancelación de la hipoteca que se presenta como prueba; o si lo hizo "Silvio Restrepo".

¿Cómo debe resolverse el caso?

La aplicación de la regla general de la carga de la prueba indicaría que si el juez tiene dudas sobre el pago de la obligación, debe desechar la excepción y disponer seguir adelante con la ejecución, con base en los títulos ejecutivos.

No obstante, en este caso existe una particularidad que exceptúa la aplicación de esa regla: el demandado asumió una carga probatoria suficiente para generar serias dudas sobre la exigibilidad de las obligaciones ejecutivas, derivadas de un acto del propio acreedor: el reconocimiento del pago en escritura pública y su falta de claridad, reticencia y contradicciones en el interrogatorio de parte sobre la relación con "Silvio Restrepo".

Así, dada la falta de certeza sobre la exigibildiad de las obligaciones ejecutivas derivadas del negocio causal por conductas imputables al propio acreedor, motiva que este Despacho disponga cesar con la ejecución

En consecuencia, los pagarés presentados no son susceptibles de ejecución y con ello se resuelve de fondo el presente litigio. En este punto se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, como tampoco se probó el pago efectivo de las obligaciones, las discusiones sobre la existencia o la exigibilidad de las obligaciones que expresan los pagarés, podrían definirse en un proceso declarativo posterior. Por tanto, éstos podrán utilizarse como prueba en un proceso posterior.

En consecuencia, esta sentencia no hace tránsito a cosa juzgada respecto de una pretensión declarativa posterior entre las mismas partes que tenga por objeto el reconocimiento de la obligación causal de los títulos.

En este punto se revocará la sentencia de primera instancia.

Esta interpretación de la regla aplicada al caso se orienta a lograr las siguientes finalidades:

1. Abstenerse de tomar medidas ejecutivas frente a los bienes y derechos de los demandados, ante la falta de certeza sobre la exigibilidad de la obligación ejecutiva incorporada en los pagarés, por actos imputables al propio acreedor.

2. Resolver con ello de fondo la pretensión ejecutiva, cesando la ejecución, con fuerza de cosa juzgada: los pagarés no tienen fuerza ejecutiva.

3. Negarse a reconocer excepciones o decisiones con fuerza de cosa juzgada que no fueron probadas en el marco del proceso, como el pago efectivo de la obligación causal al acreedor.

En ese orden de ideas, se modificará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Con base en lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, la condena en costas en segunda instancia sólo es procedente cuando se revoca o se confirma completamente la decisión objeto de la apelación. No obstante, como en este caso se modificará la decisión, no habrá lugar a la imposición de la condena.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Primera de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

FALLA

Primero: Modificar la sentencia de fecha 12 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Envigado, en el sentido de cesar la ejecución con base en los pagarés presentados, revocando la decisión de dar por probada la excepción de pago.

Segundo: Se confirman los numerales 1), 3) y 4) de la sentencia de primera instancia. Se revocan los numerales 2) y 5).

Tercero: Sin condena en costas.

Notifíquese y cúmplase;

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
Magistrado

(Con salvamento de voto)
JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
Magistrado

SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
Magistrado