NEGOCIO SUBYACENTE/ Carga de la prueba sobre su existencia para acreditar contraprestaciones incumplidas por el acreedor que desvirtúen la exigibilidad del título ejecutivo

“(…) sin embargo, nada hay que pruebe dentro del proceso la existencia del tal contrato subyacente y menos las prestaciones a cargo de cada una de las partes, que entre otras cosas, la parte ejecutada refiere en unos casos a un contrato de distribución y en otras a un contrato realidad de “agencia comercial”, para derivar del mismo que la obligación no es clara y exigible (…) las ejecutadas no cumplieron con dicha carga procesal. La prueba documental aportada por la parte ejecutada, en criterio del Tribunal, no es demostrativa del contrato subyacente.”

Cita: Corte Constitucional, sentencia T-310 de 2009.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, Risaralda, quince (15) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 007 del 14-01-16

Expediente 66001-31-03-004-2011-00348-01

**I. Asunto**

Decide el Tribunal el recurso de APELACIÓN interpuesto contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2013, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, en el proceso ejecutivo mixto, promovido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., contra LIVE MOVIL S.A.S. y JACKELINE SALAZAR PÉREZ.

**II. Antecedentes y trámite de la demanda**

1. Mediante abogado, COMUNICACIÓN CELULAR S.A., en adelante COMCEL S.A., demandó a LIVE MOVIL S.A.S. y JACKELINE SALAZAR PÉREZ, con el fin de obtener el pago de $114.988.659 como capital del pagaré aportado con el libelo y por los intereses de mora (fls. 2 al 7 c. 1).

2. Como fundamento de lo pedido, expuso los hechos que en seguida se compendian:

2.1. JACKELINE SALAZAR PÉREZ, como persona natural y como representante legal de LIVE MOVIL S.A.S., el 25 de agosto de 2010 suscribió a favor del demandante un pagaré en blanco y ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas, el actor conforme a la carta de instrucciones lo diligenció con fecha de vencimiento 13 de julio de 2011.

2.2. Mediante escritura pública 01908 del 24 de agosto de 2010, otorgada en la Notaría 25 de Bogotá, la señora Jackeline garantizó todas las obligaciones derivadas del título valor mediante hipoteca abierta de primer grado.

2.3. Del pagaré, la carta de instrucciones, la escritura pública citada y documentos adjuntos, se deduce la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

3. El 24 de noviembre de 2011 el juzgado de conocimiento libró auto de mandamiento de pago (fl. 44 c. 1), el cual fue notificado en legal forma a las ejecutadas (fls. 50 y 51 ib.).

3.1. La parte demandada, por conducto de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones y por vía de excepciones alegó: *“Las derivadas del negocio jurídico, que dio origen a la creación del título, o base del título valor”, “Derecho de retención”, “Compensación”, “Falta de exigibilidad de título valor (pagaré)”, “Cobro de lo no debido” e “Incumplimiento y violación del contrato por parte de Comcel S.A.”*

4. Agotado el trámite de las excepciones y evacuada la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes para alegatos de conclusión, derecho del que solo hizo uso el actor del ejecutivo.

**III. La sentencia de primera instancia**

1. Denegó las referidas defensas, por lo que dispuso seguir adelante con la ejecución, el avalúo y remate de los bienes, la liquidación del crédito y, además, condenó en costas a la parte ejecutada (fls. 124 al 133 c. 1). En las motivaciones de su fallo, la juzgadora indicó que el título base de la ejecución no tiene reparo alguno frente a sus requisitos formales, por lo que bien pudiera proferirse decisión de fondo favorable al acreedor, si no fuera porque los demandados se oponen al cobro, pues según señalan hubo incumplimiento y violación por parte de Comcel al contrato subyacente al título valor, que lo dio por terminado arbitrariamente.

2. Más adelante señala que como prueba de la excepción contemplada en el numeral 12 del artículo 784 del C. Co. y la denominada incumplimiento y violación del contrato, se arrimó en copia simple un documento “CONVENIO ENTRE LIVE MÓVIL S.A.S. Y COMUNICACIONES CELULAR S.A.”, del cual se podría deducir que se trató de una autorización para la distribución de productos y servicios de Comcel, sin que se pueda determinar con claridad la contraprestación; tal documento, dice la falladora, a más de ser una copia informal, en nada coincide con los argumentos que planteó el apoderado de los demandados; conforme al artículo 254 del C.P.C. y la jurisprudencia que cita, no puede tener valor probatorio.

3. También aclara que en forma reiterada en la contestación de la demanda se explica que la relación jurídico-negocial entre las partes se ejecutó de manera permanente desde octubre 6 de 2010 hasta julio 5 de 2011, fecha en que en forma unilateral, se afirma, fue terminado el contrato, sin que tal aseveración encuentre respaldo probatorio en el expediente. Según el escrito aportado, el convenio se firmó el 20 de junio de 2011, entonces no coincide, con lo dicho, como tampoco la comunicación de fecha 5 de julio del mismo año, enviada por la parte actora a los demandados, comunicándoles la terminación de varios contratos (fl.79).

4. Respecto de la excepción de retención dijo la *a quo*, que no es procedente por cuanto lo que se pretende con este ejecutivo es el pago forzoso de una suma de dinero que se garantizó con un pagaré y no la discusión sobre la existencia de un contrato de agencia comercial, lo cual se tendría que demostrar con otro tipo de proceso.

5. En cuanto a la excepción de compensación, expresó la funcionaria judicial que al proceso no se arrimó prueba alguna que demostrara que Comcel adeude dinero a las demandadas.

6. Y frente al cobro de lo no debido, expresa que revisado el pagaré se observa que se cobra la suma impresa en él y los intereses que por ley tiene derecho; no existe desbordamiento en las peticiones y tampoco se allegaron constancias de pagos efectuados por parte de los demandados.

**IV. El recurso de apelación**

1. Inconforme con la decisión la parte ejecutada la apeló. Tres son los fundamentos sobre los cuales edifica el recurso:

1.1. El primero, referido a que la sentencia se basa solo en los requisitos de forma del pagaré, sin tener en cuenta las excepciones del art. 784 del C. Co., como tampoco los medios de prueba aportados por la demandada para acreditar el negocio subyacente.

Alega el apelante que la demandada firmó el 6 de octubre de 2010 un contrato de distribución, con todas las características de un contrato de agencia comercial, el que se ejecutó de manera permanente hasta el 5 de julio de 2011, cuando de manera sorpresiva e intempestiva Comcel decide darlo por terminado de manera unilateral. Previamente, Comcel exigió a la demandada que constituyera una hipoteca abierta y sin límite de cuantía y la firma de un pagaré en blanco y carta de instrucciones.

No tuvo en cuenta la señora jueza de primera instancia, dice, la prueba documental, ni la testimonial, aportada para acreditar el negocio subyacente.

1.2. El segundo argumento se refiere al incumplimiento y violación del contrato por parte de Comcel. Expresa que fue dicha compañía quien artificiosamente dio lugar a tal situación, inventándose unas causales e imponiendo su voluntad y posición. Es por ello que dicha empresa está siendo demandada en un proceso declarativo de existencia de un contrato realidad, de agencia comercial, indemnizatorio por incumplimiento, que actualmente cursa en el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, del que se pidió se trasladara a este proceso; sin embargo el juez no esperó a que llegara dicha prueba y se apresuró a dictar sentencia.

 1.3. El tercero hace relación a la errónea interpretación de que no se encuentra respaldo probatorio en la terminación del contrato. Por manera, dice el togado, no tuvo en cuenta la señora Jueza la prueba documental allegada al proceso.

2. Como conclusión itera que el título valor –pagaré- no es exigible, por derivarse de una oferta contractual incumplida por el ejecutante Comcel S.A., pide sea revocada la providencia apelada.

3. El apoderado judicial de la parte ejecutante se pronunció para defender la integridad de la providencia recurrida.

**V. Consideraciones y fundamentos**

1. Al verificar que la relación procesal se ha constituido regularmente, sin que en el trámite se haya incurrido en irregularidad alguna que tenga la virtualidad de invalidar lo actuado, es procedente entrar a resolver acerca de los fundamentos del medio de impugnación formulado.

2. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el Tribunal al resolver la alzada debe establecer, si la parte demandada probó o no las excepciones de mérito propuestas, relacionadas con el negocio subyacente que dio origen a la suscripción del título valor base de la ejecución y si, en consecuencia, se debe revocar o mantener la providencia impugnada.

3. En virtud de lo anterior, ha de decirse que en lo concerniente al planteamiento de las *“excepciones de mérito”* en el proceso ejecutivo, al tenor del precepto 509 del Código de Procedimiento Civil, básicamente se exige que sean alegadas dentro del término autorizado, con indicación de los hechos en que se funden; y con relación a su contenido, de la citada norma se infiere que constituye regla general, la atinente a que el ejecutado puede invocar todas aquellas que busquen enervar la obligación cuyo cumplimiento se está reclamando, tornándose ilimitadas al no hallarse señaladas expresamente por el legislador; mientras que en los asuntos donde el título ejecutivo consista en una sentencia, laudo arbitral u otra providencia, se contemplan algunas restricciones, al igual que cuando se está ejercitando la *acción cambiaria*, esto es, la prevista para exigir el derecho incorporado en un *título valor*, pues únicamente son viables las relacionadas en el canon 784 del Código de Comercio.

4. En ese contexto, dada la relevancia que tienen para la decisión que se está adoptando, se resaltan los hechos y actuaciones que pasan a mencionarse:

a) El título base de la ejecución es un pagaré otorgado por JACKELINE SALAZAR PÉREZ, como persona natural y como representante legal de LIVE MOVIL S.A.S., que suscribió a favor del demandante, por valor de $114.988.659 y tiene fecha de vencimiento 13 de julio de 2011.

b) En la sustentación de las excepciones de mérito, específicamente respecto de la denominada *“Las derivadas del negocio jurídico, que dio origen a la creación del título, o base del título valor”*, se alude a un contrato de distribución celebrado el 6 de octubre de 2010 entre las personas que son parte en este proceso, el cual estuvo vigente hasta el 5 de julio de 2011, expresándose que Comcel S.A. terminó el contrato sin justa causa comprobada. Por estas razones, dice, hay un negocio subyacente al PAGARÉ que se cobra, sin tenerse en cuenta su causación, su origen, las razones del mismo y sin que haya una exigibilidad verdadera. Y mediante la excepción de *“Incumplimiento y violación del contrato por parte de Comcel”* insiste la parte ejecutada, en que dicha empresa dio artificiosamente lugar al incumplimiento inventándose unas causales.

c). El actor al replicar las defensas en cuestión, en lo pertinente manifestó que *“Ha de considerarse que en lo atinente a restar eficacia al contrato de distribución suscrito entre las partes no es un punto que deba discutirse en el proceso que aquí nos atañe por cuanto nos encontramos frente a un proceso ejecutivo que cuenta con un título valor complejo donde la obligación es clara, expresa, actualmente exigible y proviene de los aquí demandados; en igual sentido por la clase de acción que aquí se tramita no tiene aplicabilidad el Art. 1326 del C. de Co.”*.

Más adelante expuso: *“Es pertinente precisarle al despacho que el pagaré materia del recaudo se diligencio con fundamento en la carta de instrucciones, de una parte y de la otra, el monto del dinero compelido corresponde a las obligaciones dinerarias causadas y no pagadas con ocasión a la ejecución y desarrollo del contrato de distribución suscrito por los demandantes con COMCEL S.A.; el cual se ciñó a cada una de las cláusulas que libremente fueron aceptadas…” (sic).*

Y es enfático en sostener la independencia del título valor del negocio causal que lo originó y la autonomía, consistente en el ejercicio independiente de su tenedor legítimo sobre el derecho en él incorporado.

5. Del pagaré aportado, de la carta de instrucciones, de las excepciones de mérito propuestas y de la respuesta a las mismas, se infiere que entre las partes de este proceso hay un *negocio causal* que dio origen a la firma del pagaré base de la ejecución, que es un *“contrato de distribución”* o de *“agencia comercial”*. Y al examinar y confrontar la situación planteada por el recurrente, con los elementos de juicio que obran en el plenario, se deduce que al corresponder la ejecución al ejercicio de la “acción cambiaria” derivada de tal título valor otorgado por los demandados a favor del actor, de conformidad con el numeral 12 del precepto 784 del Estatuto Mercantil, procedía plantear *excepciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio*, supuesto este que puede abarcar múltiples hipótesis, verbi gratia, relacionadas con la inexistencia, o ineficacia del contrato, nulidad absoluta o relativa, simulación, incumplimiento de obligaciones, etc. En síntesis, para la las demandadas hay un negocio subyacente de la relación cambiaria que enfrenta a las partes en esta ejecución; sin embargo, dicho convenio, así como las prestaciones a cargo de los contratantes no se probaron en debida forma.

6. Téngase en cuenta que el aspecto central de la alzada se refiere a la presunta deficiente valoración probatoria en que incurre la sentencia impugnada, por ello, a juicio de la Sala, resulta esencial delimitar el problema jurídico propuesto dentro del marco legal y procedimental que le resulta aplicable, en especial lo que respecta a los principios generales que el ordenamiento mercantil le confiere a los títulos valores y la incidencia de estos en la carga probatoria exigida al interior de los procesos de ejecución.

7. El artículo 619 del Código de Comercio define los títulos valores como los *“documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora”*. A partir de esa definición legal, la doctrina mercantil ha establecido que los elementos o características esenciales de los títulos valores son la incorporación, la literalidad, la legitimación y la autonomía.

(i) La incorporación significa que el título valor incorpora en el documento que lo contiene un derecho de crédito, exigible al deudor cambiario por el tenedor legítimo del título. En otras palabras, existe un vínculo inescindible entre el crédito y el documento constitutivo de título valor y por ello la doctrina especializada sostiene que el derecho de crédito incorporado al título valor tiene naturaleza cartular, pues no puede desprenderse del documento correspondiente.

(ii) La literalidad está relacionada con la condición que tiene el título valor para enmarcar el contenido y alcance del derecho de crédito en él incorporado. Por ende, serán esas condiciones literales las que definan el contenido crediticio del título valor, sin que resulten oponibles aquellas declaraciones extracartulares, que no consten en el cuerpo del mismo; de allí que el artículo 626 del Código de Comercio prescribe que el *“suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia”*.

Esto implica que las características y condiciones del negocio subyacente no afectan el contenido del derecho de crédito incorporado al título valor. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de que entre el titular del mismo y el deudor –y solamente entre esas partes, lo que excluye a los demás tenedores de buena fe– puedan alegarse las excepciones personales o derivadas del negocio causal.

(iii) La legitimación es una característica propia del título valor, según la cual el tenedor del mismo se encuentra jurídicamente habilitado para exigir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación crediticia contenida en el documento, conforme a las condiciones de literalidad e incorporación antes descritas.

(iv) Por último, el principio de autonomía versa sobre el ejercicio independiente del derecho incorporado en el título valor, por parte de su tenedor legítimo. Ello implica la posibilidad de transmitir el título a través del mecanismo de endoso y el carácter autónomo del derecho que recibe el endosatario por parte de ese tenedor.

8. Haciendo referencia a lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que,

***“16. Los principios anotados tienen incidencia directa en las particularidades propias de los procesos judiciales de ejecución. En efecto, estos procedimientos parten de la exhibición ante la jurisdicción civil de un título ejecutivo, esto es, la obligación clara, expresa y exigible, contenida en documentos que provengan del deudor o de su causante, y que constituyan plena prueba contra él (Art. 488 C. de P.C.). Por ende, los títulos valores, revestidos de las condiciones de incorporación, literalidad, legitimación y autonomía, constituyen títulos ejecutivos por antonomasia, en tanto contienen obligaciones cartulares, que en sí mismas consideradas conforman prueba suficiente de la existencia del derecho de crédito y, en consecuencia, de la exigibilidad judicial del mismo.***

***Bajo esta lógica el artículo 782 del Código de Comercio reconoce la titularidad de la acción cambiaria a favor del tenedor legítimo del título valor, para que pueda reclamar el pago del importe del título, los intereses moratorios desde el día del vencimiento, los gastos de cobranza y la prima y gastos de transferencia de una plaza a otra, si a ello hubiera lugar. A su vez, habida consideración de las características particulares de los títulos valores, la normatividad mercantil establece un listado taxativo de excepciones que pueda oponer el demandado al ejercicio de la acción cambiaria, contenido en el artículo 784 ejusdem.***

***Para el asunto de la referencia, es importante recabar en la causal de oposición a la acción cambiaria derivada del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título. Este mecanismo de defensa del deudor cambiario se aplica de forma excepcional, puesto que afecta las condiciones de literalidad, incorporación y autonomía del título valor, basada en la existencia de convenciones extracartulares entre el titular y el deudor, las cuales enervan la posibilidad de exigir la obligación, en los términos del artículo 782 del Código de Comercio.***

***Es evidente que la prosperidad de la excepción fundada en el negocio causal o subyacente tiene efectos directos en la distribución de la carga probatoria en el proceso ejecutivo: si el deudor opta por hacer oponibles asuntos propios del negocio subyacente, le corresponderá probar (i) las características particulares del mismo; y (ii) las consecuencias jurídicas que, en razón a su grado de importancia, tienen el estatus suficiente para afectar el carácter autónomo y la exigibilidad propia del derecho de crédito incorporado en un título valor. Como se indicó en el fundamento jurídico 15 de esta decisión, los principios de los títulos valores están dirigidos a garantizar la seguridad jurídica, la certeza sobre la existencia y exigibilidad de la obligación y la posibilidad que el crédito incorporado sea susceptible de tráfico mercantil con la simple entrega material del título y el cumplimiento de la ley de circulación. En consecuencia, si el deudor pretende negar la exigibilidad de la obligación cambiaria, deberá demostrar fehacientemente que la literalidad del título se ve afectada por las particularidades del negocio subyacente. Así, toda la carga de la prueba se impone exclusivamente al deudor, al ejecutado que propone la excepción.”[[1]](#footnote-1)***

9. Para el caso propuesto, la *a quo* consideró no probadas las excepciones formuladas, con base en los argumentos que ya se dejaron plasmados en el acápite correspondiente de esta providencia (III); conclusión que la Sala observa se origina en una valoración probatoria acertada.

En efecto, toda la carga de la prueba era exclusivamente de las deudoras que propusieron las excepciones derivadas del negocio causal; sin embargo en relación con el contrato subyacente al título valor base de la ejecución, solo aportaron una copia simple de un acuerdo suscrito entre Comcel S.A. y Jacqueline Salazar Pérez el 20 de junio de 2011, mediante el cual el primero de los nombrados permite al distribuidor –Live Móvil S.A.S.- utilizar un local comercial. En las consideraciones del acuerdo se advierte que entre los mismos se celebró un contrato de distribución el cual se encuentra vigente (fls. 74-77 c. ppl.).

También se allegó con el escrito de excepciones, una carta de fecha julio 5 de 2011 dirigida por Comcel S.A. a la señora Jackeline Salazar Pérez, cuyo asunto es el siguiente: *“Terminación de los Contratos de Distribución de Voz, Datos, y Blackberry existentes entre Comcel S.A. y Live Movil S.A.S., por justa causa imputable a Live Movil S.A.S.”* (fls. 79-81 ib.).

Igualmente se aportó otra carta de fecha julio 21 de 2011 dirigida por Comcel S.A. a la señora Jackeline Salazar Pérez, cuyo asunto es “Terminación vínculo contractual entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y LIVE MOVIL S.A.S.”, en la cual se hace referencia a tres contratos: *“1. Contrato de Distribución de Voz de fecha 10 de octubre de 2010, celebrado entre LIVE MOVIL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. 2. Contrato de Distribución de Datos de fecha 10 de octubre de 2010, celebrado entre LIVE MOVIL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. y 3. Contrato de Distribución de BlackBerry de fecha 10 de octubre de 2010, celebrado entre LIVE MOVIL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.”.* Conjuntamente con dicha comunicación obran unos estados de cuenta, actas de devolución, comunicaciones vía e-mail y facturas de venta (fls. 83-106 ib.).

10. Lo que revelan los documentos antes relacionados, es que entre las partes han surgido una serie de relaciones comerciales que han derivado en varios contratos, entre los que se mencionan los de distribución de datos, voz y blackberry, según Comcel S.A. celebrados el 10 de octubre de 2010. Para las demandadas el título valor de las obligaciones derivadas del contrato de distribución entre las mismas partes, fue celebrado el 6 de octubre de 2010 y tuvo vigencia hasta el 5 de julio de 2011; sin embargo, nada hay que pruebe dentro del proceso la existencia del tal contrato subyacente y menos las prestaciones a cargo de cada una de las partes, que entre otras cosas, la parte ejecutada refiere en unos casos a un contrato de distribución y en otras a un contrato realidad de “agencia comercial”, para derivar del mismo que la obligación no es clara y exigible; y como según hicimos referencia a la jurisprudencia constitucional relacionada con el tema, las ejecutadas no cumplieron con dicha carga procesal. La prueba documental aportada por la parte ejecutada, en criterio del Tribunal, no es demostrativa del contrato subyacente.

11. Ahora, en cuanto a la prueba testimonial, recibió el juzgado declaraciones a Diana María Vidal Jaramillo, Stiven Becerra Villa y Paula Andrea Ríos Castro.

DIANA MARÍA VIDAL JARAMILLO, quien dice haber laborado para empresa Live Móvil S.A.S. a partir de julio de 2011, desde el inicio de la etapa preoperativa. Manifiesta que la operación arrancó en octubre de 2011, sin recordar la fecha exacta. En lo que respecta al contrato celebrado entre Comcel y Jackeline Salazar Pérez, el juzgado interrogó así: *“PREGUNTADO. Informe al Juzgado, ya que dice estuvo en los inicios de dicha negociación, si se enteró de la firma de algún tipo de contrato. CONTESTÓ. Si, la doctora Jackeline viajó a Bogotá a firmar el contrato, no sé qué tipo, yo no lo vi, es una información que no era de acceso libre para mí, eso lo maneja la gerente, sé que para poder comercializar los productos se debe firmar y estar como de acuerdo con lo que dice el operador, ellos manejan a mi concepto, manejan una posición dominante, uno tiene que firmar lo que ellos dicen, para mí es eso.”*  Más adelante interroga el despacho judicial sobre si conoce el origen del pagaré que aquí se cobra, a lo que respondió: *“Pues, en concreto no, porque no manejo esa parte contable, yo sé que Comcel le debe a Live Móvil, hasta que se dio el cierre de la operación que fue en julio del año pasado, Comcel le debía a Live Móvil. No sé qué Live Móvil le deba a Comcel, para mi es al contrario…”* Luego el juzgado insiste en que si al inicio del negocio entre Live Móvil y Comcel se enteró de que la señora Jackeline haya tenido que firmar documentos o garantizar de alguna manera el cumplimiento del contrato firmado con Comcel, a lo que expresó: *“Esa parte legal no la conozco, en sí sé que firmó un contrato, pero no sé que tiene el contrato o las condiciones que tiene para eso, no sé, yo no tenía acceso a esa información, es una cosa muy privada.”* (fls. 9-14 c. No. 3).

STEVEN BECERRA VILLA, quien dice haber trabajado en Live Móvil S.A.S. en la parte de bodegas y activaciones, desde octubre de 2010 hasta julio de 2011, al ser interrogado sobre la existencia de algún tipo de contrato entre Live Móvil y Comcel, manifestó: *“Si, me imagino que tenían algún contrato. No conozco el tipo de contrato.”* (fls. 15-17 c. No. 3).

Por su parte, PAULA ANDREA RIOS CASTRO, expresó *“Yo prestaba los servicios de contador de la empresa Live Móvil, por esa razón sabía del contrato que había entre Comcel y la empresa, conocía que había un contrato que habían firmado por el término de un año, un contrato de distribución, no tengo claro fechas, había un contrato por un año, que la empresa Live Móvil, hacía las veces de uno más de los agentes comerciales de Comcel, yo empecé a trabajar con ellos en el mes de enero de 2011, por la parte contable la empresas llevaba apenas dos meses operando, cuando yo ingresé. En el mes de enero empezó su operación comercial. Live Móvil se iba a encargar de vender teléfonos y planes celulares, accesorios…”* (fls. 18-21 c. No. 3).

12. Como se puede apreciar, las personas llamadas a declarar a instancias de la parte ejecutada en absoluto aportan a la demostración del contrato subyacente. La señora Diana María Vidal Jaramillo no sabe el tipo de contrato que la señora Jacqueline viajó a firmar a Bogotá. El señor Stiven Becerra Villa expresa que las partes debían tener alguno, pero no sabe de qué tipo. Y la señora Paula Andrea Ríos Castro hace mención de un contrato de distribución del que no tiene claro sus fechas.

13. En conclusión, ni de la prueba documental ni de la prueba testimonial, puede esta magistratura colegir la existencia de un contrato entre Comcel S.A. y Live Móvil S.A.S, que la parte ejecutada denomina de distribución o contrato realidad de agencia comercial, como subyacente al pagaré base de la ejecución, del cual se pueda predicar alguna hipótesis de incumplimiento por parte de Comcel S.A. que haga inviable el cobro ejecutivo de dicho título valor por parte de la mentada empresa, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia.

14. Finalmente, frente al reclamo del apelante, en el sentido de que Comcel S.A. está siendo demandada en un proceso declarativo de existencia de un contrato realidad de agencia comercial, indemnizatorio por incumplimiento, que cursa en el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, del que se ordenó se certificara el estado actual del mismo y remisión de una copia del expediente contentivo (fl. 72 c. ppl.), sin que el juez esperara a que llegara dicha prueba, apresurándose a dictar sentencia, ha de decirse que, bien pudo el recurrente en su momento, esto es, cuando se cerró el debate probatorio y se dio traslado para alegar (fls. 118 ib.), advertir de tal situación al juzgado a fin de recaudar tal probanza, sin embargo guardó silencio; entonces, no es ahora mediante el recurso de alzada el momento de enmendar su incuria, por lo que, su reclamo no es de recibo.

**VI. Decisión**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2013, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, dentro del proceso ejecutivo singular promovido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. S.A., contra LIVE MOVIL S.A.S. y JACKELINE SALAZAR PÉREZ.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte ejecutante y a favor de la ejecutada. Las agencias en derecho de esta instancia se tasan en la segunda en dos millones de pesos ($2.000.000).

En su oportunidad, vuelva el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-310 DE 2009 [↑](#footnote-ref-1)