

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

**Magistrado Ponente:
CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS**

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de Julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 3894

Se decide sobre la solicitud de exequátur presentada por SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK N.A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERNATIONAL, NCNB NATIONAL BANK OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A. para la providencia proferida por la Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, en el proceso 83-1375 adelantado por los bancos antes mencionados contra LUIS A DUQUE PEÑA.

ANTECEDENTES

1. Demanda.

Mediante demanda presentada por el apoderado de SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERNATIONAL, NCNB NATIONAL BANK OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A y que obra a folios 232 del cuaderno principal, se solicitó el exequátur de la sentencia judicial proferida el día 21 de agosto de

1984 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América, Distrito Sur de la Florida, en el proceso No. 83-1375 CIV-LCN del cual fueron partes las entidades financieras mencionadas como demandantes y LUIS A. DUQUE PEÑA como demandado. En dicha sentencia se condenó a este último a pagar la suma de veintiséis millones setecientos trece mil ochocientos tres dólares de los Estados Unidos de América con veintinueve centavos de dólar (US \$26.713.803,29), por los siguientes conceptos:

- La suma de veintidós millones ciento veintisiete mil doscientos noventa y tres dólares con ochenta y dos centavos (US \$22.127.293,82) por principal.

- La suma de tres millones quinientos cincuenta y cinco mil trescientos ochenta y dos dólares de los Estados Unidos de América con dieciséis centavos de dólar (US \$3.555.382,16) por intereses al día 12 de julio de 1984.

- La suma de novecientos setenta y nueve mil cincuenta y seis dólares de Estados Unidos de América con noventa centavos (US \$979.056,90) por concepto de costos reembolsables.

- La suma de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (\$50.000.00) por concepto de honorarios profesionales de abogado.

- La suma de dos mil setenta dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y un centavos (US \$2.070,41) por concepto de costas.

Afirma el apoderado de la parte demandante, luego de examinar los requisitos para la aceptación en Colombia de la sentencia cuyo exequátur se pretende, que esta se encuentra debidamente ejecutoriada según consta tanto en la certificación suscrita por el Tribunal confirmando el carácter definitivo del fallo de conformidad con las leyes del país de origen, como en las declaraciones al respecto rendidas por los abogados Gary M. Carman, Saturnino E. Lucio y Keith S. Rosenn-; que la sentencia se refiere al pago de sumas de dinero y no a derechos reales; que no viola disposición de derecho interno colombiano; que no es de competencia exclusiva de los jueces nacionales por cuanto la competencia y jurisdicción la tienen los jueces de Estados Unidos de América; que no existe proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto y que se citó debidamente al demandado, como puede comprobarse al observar la contestación que éste hizo de la demanda.

Fundamenta su solicitud en los siguientes hechos:

La General Coffee Corporation (GCC), compañía de comercio organizada y constituida bajo las leyes de Estados Unidos de América, tenía como actividad principal comprar e importar café en almendra para su procesamiento y venta, para lo cual celebró con los bancos demandantes diversas operaciones de banca internacional.

El 23 de diciembre de 1982 la GCC tomó de los bancos demandantes dinero en calidad de mutuo a través de una línea de crédito rotatoria, suscribiendo los documentos de préstamo respectivos. Posteriormente, el 19 de abril de 1983, el demandado suscribió y entregó a los bancos demandantes contratos de garantía en los que garantizaba incondicionalmente a los bancos demandantes tanto el pago del préstamo otorgado a la sociedad en referencia como de las demás obligaciones que de éste pudieran derivarse.

Al incumplirse el contrato de mutuo y el acuerdo de garantía antes citado, se les solicitó a GCC y al garante la cancelación del monto total adeudado, quienes se negaron a realizar el pago, llevando a los bancos que otorgaron el préstamo a presentar demanda ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida el 3 de junio de 1983 contra LUIS A. DUQUE PEÑA, quien es nacional colombiano domiciliado en Girardot.

El 23 de febrero de 1984 el demandado procedió a contestar la demanda (F. 124 del C. Principal), cumpliéndose así el requisito de la debida citación y contradicción de acuerdo con la ley del país de origen del fallo proferido, y el 21 de agosto de 1984, la juez que conocía del proceso, Lenore C. Nesbitt, profirió dicha sentencia que es objeto de la solicitud de exequátur. El 12 de agosto de 1985, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Décimo Primer Circuito confirmó el fallo citado.

El 12 de julio de 1990 la misma Juez Nesbitt registró una orden en la que afirma el carácter definitivo del fallo del 21 de agosto de 1984, no siendo susceptible de ningún recurso, de donde se sigue que la providencia se halla ejecutoriada y por ende, de allí mismo se desprende, por vía de

presunción legal, la debida citación a quien fuera demandado en ese proceso. Este no ha pagado la suma de dinero a la que fue condenado en la sentencia objeto de esta solicitud y mientras tanto la obligación civil en dicho fallo reconocida, ha estado devengando intereses a la tasa del 11.93% anual, capitalizados anualmente de conformidad con el 28 U.S.C. artículos 1961 (a) y (b). Por lo tanto al 25 de abril de 1991, se han acumulado treinta millones cincuenta y siete mil novecientos noventa y seis dólares de Estados Unidos de América con catorce centavos (US \$30.057.996,14) en intereses y la suma de US \$17.169,68 diarios adicionales en intereses que continuarán acumulándose cada día hasta la siguiente capitalización anual, o sea el día 25 de abril de 1992.

No existe tratado público o convenio entre Colombia y los Estado Unidos sobre reconocimiento y ejecución en cada uno de estos países de las sentencias proferidas en el otro. Confirma el apoderado de la parte actora este hecho negativo con una certificación de la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia expedida el 11 de marzo de 1992. Tampoco existe norma en el Estado de la Florida que determine que en dicho estado se reconozca pleno valor y efecto a las sentencias proferidas en el exterior, incluidas las sentencias dictadas en Colombia. Por tanto, se aportan las declaraciones rendidas por los abogados Gary E. Carinan, Saturnino E. Lucio y Keith S. Rosenn, todos autorizados para ejercer su profesión en los Estados Unidos, en las cuales aparece el reconocimiento y ejecución que el5 Tribunal del Estado de la Florida de los Estados Unidos de América le ha dado a sentencias dictadas en países latinoamericanos y la afirmación de que dicho tratamiento se daría a las sentencias colombianas. 2. Traslado y réplica de la demanda.

Al recorrer el traslado de la demanda, el Procurador Delegado en lo Civil estimó, después de encontrar cumplidos los requisitos que exige la ley para la prosperidad de la solicitud de exequátur, que una decisión en tal sentido deberá sujetarse a lo que se pruebe en el presente proceso.

A su vez, la parte demandada fue emplazada en los términos que exige la ley y por no comparecer se le nombró curador ad litem quien se opuso a las pretensiones de los solicitantes del exequátur y pidió también la prueba de los hechos alegados, siendo de advertir que con posterioridad

aquella concurrió al proceso, designando un mandatario judicial que hasta la fecha ha llevado su representación procesal.

2. Alegaciones finales.

La parte actora en su alegato escrito de conclusión reiteró las afirmaciones contenidas en la solicitud presentada.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada se opuso al reconocimiento de la sentencia por las razones que enseguida pasan a resumirse:

1. No estima probado a ciencia cierta qué fuerza se reconoce en los Estados Unidos a las sentencias producidas en Colombia. Los escritos anexados por la parte contraria solo se refieren a las sentencias de países como Guatemala, México o Venezuela, sin que pueda considerarse cumplido el requisito contemplado en el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil.

En su opinión, las declaraciones de los abogados deben ser consideradas como declaraciones rendidas extra proceso con fines judiciales y, por tanto, era necesaria su ratificación y la citación de la presunta contraparte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. Expresa que no pueden aceptarse las declaraciones en mención por cuanto, para empezar, Gary M. Carman no actuó en forma espontánea ni imparcial sino que declaró a nombre de Paul C. Nordberg, quien según el mismo declarante es agente y sucesor en intereses de los bancos demandantes. Así mismo, los abogados Keith S. Rosenn y Saturnino E. Lucio no depusieron de manera espontánea sino en forma preparada, lo cual se verifica al indicar en sus declaraciones que el fin de ellas era el presente proceso.

2. La sentencia cuyo exequátur se solicita fue proferida el 21 de agosto de 1984, época en la que regía en Colombia el Decreto 444 de marzo 22 de 1967. El artículo 246 de este Estatuto definía lo que se entiende por operación de comercio exterior y señalaba aquellas operaciones que implicaban egreso e ingreso de divisas y de moneda legal colombiana. El artículo 14 del mismo Decreto hacía una enumeración restrictiva de las operaciones en moneda extranjera autorizadas, en la cual se incluía la

autorización a otorgar garantías o avales en moneda extranjera para operaciones de cambio internacional, celebradas de conformidad con las normas de dicho estatuto. Y en los artículos 128 y 129 se indicaba que los préstamos externos que obtenían las personas naturales o jurídicas residentes en Colombia debían registrarse en la Oficina de Cambios y las divisas provenientes de tales préstamos era forzoso venderlas al Banco de la República. Teniendo en cuenta que el demandado es residente colombiano, que no realizó operación de cambio exterior, y que los bancos demandantes no cumplieron los requisitos establecidos en el Decreto 444 de 1967 en cuanto a las diligencias previas de registro de la operación en la Oficina de Cambios, ni se produjo la intervención de la Prefectura de Control de Cambios, ni la garantía se ajustó a la enumeración prevista para su viabilidad, se incumplieron en consecuencia los requisitos del Decreto 444 y por tanto, sin incurrir en violación de la norma citada que tiene carácter de orden público, no existe derecho de girar al exterior en la divisa que señala la sentencia de cuyo reconocimiento se trata.

CONSIDERACIONES

1. Sabido es que la soberanía de los Estados conlleva que sean sus magistrados quienes imparten justicia en el respectivo territorio pues como tantas veces se ha dicho, la autoridad de la cosa juzgada no se deriva del Derecho de Gentes sino que recibe su fuerza del ordenamiento "civil" de cada nación. Sin embargo, esta soberanía y más concretamente el principio general de la independencia de los Estados tiene una excepción basada en exigencias prácticas de internacionalización y eficacia de la justicia, consistente en permitir que decisiones de jueces de otros países surtan efectos en Colombia, mientras que se respeten determinados principios sustanciales y procesales, los cuales la legislación colombiana ha enumerado en los artículos 693 y 694 del Código de Procedimiento Civil, acogiendo sin lugar a dudas el sistema llamado de la "regularidad internacional de los fallos extranjeros", sistema que consiste en aceptar por norma el cumplimiento en el país de providencias de esa naturaleza, en la medida en que se reúnan ciertas exigencias mínimas señaladas previamente por la legislación con el fin de precaverse de las "irregularidades

internacionales" de que las ameritadas sentencias puedan adolecer. En este orden de ideas, aquellos principios sustanciales y procesales son los siguientes:

a. El primero consiste en la existencia de la reciprocidad legislativa o diplomática con el Estado extranjero de donde provenga la decisión judicial o arbitral. Debe entonces quedar probado en el proceso que existe tratado público vigente entre Colombia y el Estado de origen donde se profirió la decisión respectiva que permita acatar y hacer cumplir las sentencias proferidas en la primera como país requerido; si no existe tratado, debe admitirse la norma extranjera por cuya virtud se consagre la posibilidad de aceptarlas.

b. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en el territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

c. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento. d. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.

e. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

f. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

g. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.

2. De acuerdo con las consideraciones precedentes, procede entonces la Sala a definir si dichas exigencias antes enumeradas concurren en el caso de autos:

Los actores presentaron como prueba de la legislación del Estado de la Florida, en los Estados Unidos de América, que permite que sentencias de otros países que reúnan determinadas condiciones fundamentalmente de oportunidad de un juicio justo y de equidad, puedan ser ejecutadas en el Estado de la Florida, las siguientes declaraciones de abogados titulados autorizados para ejercer la profesión en el Estado de la Florida:

Gary M. Caimán (Folio 171 del C. ppal). Afirmó que aparentemente "los tribunales de los Estados Unidos reconocerían y harían hacer valer fallos colombianos del mismo tipo y naturaleza de aquel dictado en este caso". En relación con esta declaración, el apoderado del opositor objetó su imparcialidad, por cuanto el abogado afirmó estar autorizado para rendir la declaración por Nordberg -otro de los abogados que rindió su testimonio -, haber sido representante de los demandantes en el proceso que se siguió en la Florida, cuya sentencia es objeto de estudio en esta Sala, y socio de la firma de abogados que representó entonces a la parte demandante.

Sin embargo, en opinión de esta Corporación, la declaración de Carman es clara y precisa y no obra en el expediente prueba que demuestre versiones contrarias a la dada por el abogado. Por el contrario, su declaración concuerda con las demás presentadas con la demanda y con las adjuntadas al proceso en la etapa probatoria.

A su vez, Keith S. Rossen manifestó que "si el fallo monetario en este caso hubiere sido dictado por un tribunal colombiano competente con la debida notificación y una oportunidad para la defensa, al fallo se le otorgaría reconocimiento y ejecución tanto por los tribunales federales como por los tribunales del Estado de la Florida." Un fallo colombiano dictado en circunstancias similares a las del presente caso, afirmó, sería reconocido por las cortes de Estados Unidos.

Por último, Saturnino E. Lucio dijo al rendir su declaración, basada en la revisión de la declaración de Carman y en el estudio personal del asunto, que una acción para hacer valer un fallo colombiano dictado en un contexto similar al de este caso recibiría el mismo tratamiento y se aplicarían los mismos principios de derecho cualquiera que fuera el Tribunal, ya sea estatal o federal, en el cual se entable la acción.

La falta de espontaneidad de estas declaraciones, en contra de lo argumentado por la parte que se opone al exequátur, implica para el juez una mayor certeza sobre el tema materia de prueba en este caso que no son simples hechos sino la aplicabilidad de la "ley extranjera" como derecho. No todo profesional en las disciplinas jurídicas conoce los pormenores de una determinada normatividad; por tanto, la circunstancia de que los abogados

mismos aseveraran haber estudiado antes el tema sobre el cual expondrían sus conclusiones, al igual que acontece con el peritaje, da mayor garantía sobre el asunto al juez ante quien pretende demostrarse la existencia y los alcances de la legislación de otro lugar, todavía con mayor razón si se trata de una legislación no escrita, y a esta orientación responde por cierto la acreditada práctica de los "certificats de costume" y los "affidavit de conocedores", aceptada y prohijada en importantes estatutos de Derecho Internacional Privado como lo es, por ejemplo, el artículo 409 del Código Bustamante.

Estima de otro lado el mismo apoderado que el requisito de la ratificación y citación de la contraparte que señala el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, no se cumplió y, por ende, no pueden aceptarse las declaraciones rendidas por los abogados ya referidos, criterio en apariencia consistente pero que pierde su fuerza si se tiene en cuenta que el aludido requisito no lo exige el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil y, además, debe tenerse presente que el artículo 229 ibidem es claro al señalar que solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan recibido fuera del proceso, en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299 ib. Estos dos artículos, en su orden, se refieren al testimonio anticipado recibido a personas enfermas y al testimonio rendido ante notarios y alcaldes para fines judiciales o no judiciales. El último de dichos artículos a su vez expresa que el testimonio se realizará con repetición del interrogatorio en la forma establecida para la recepción de este tipo de prueba en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.

Estas disposiciones en ningún momento se refieren a los testimonios rendidos por abogados en el exterior para dar fe del contenido de la ley extranjera, testimonios que por la materia sobre la cual versan difieren de la simple declaración de un tercero sobre hechos que le constan. Así, en la forma en que ya se expresó, en el caso del testimonio al que se refiere el artículo 188 es preferible que el deponente se presente con una información preparada y completa y no que declare a la ligera, sin esa necesaria preparación previa; a su vez, debe tenerse presente que, generalmente, es indispensable pagar los honorarios de quien dedica su tiempo a investigar el punto que requiere conocerse y a informar sobre él con seriedad ante la

autoridad correspondiente, - al no estar cobijados por la obligación de rendir testimonio que consagra el artículo 213 ib -, características que reiteran la índole especial del testimonio al que se refiere el artículo 188 citado. Teniendo en cuenta que las normas referidas no aluden a la necesidad de ratificación de estos testimonios, debe entenderse que no es obligatorio agotar esta fase, lo que no impide desde luego que la otra parte a quien ese testimonio calificado puede no favorecer, ofrezca y aporte en la oportunidad debida los argumentos de prueba contrarios, también calificados, que permitan restarle mérito o fuerza de convicción a dicho testimonio, y es de advertir que no obstante ello, la parte que se opone al exequátur en el caso de autos no presentó elemento de juicio alguno que permita dudar de las afirmaciones hechas por los abogados extranjeros, y por otra parte, obra en el expediente copia de los documentos del proceso de exequátur promovido por Granfinanciera Corporación Financiera S.A. contra Isaac Mildenberg y Jannin Posner de Mildenberg, correspondientes a la declaración de los abogados Abelardo Menéndez y John H. Patterson Jr. acerca de la aplicabilidad y reconocimiento de decisiones jurisdiccionales colombianas en el Estado de la Florida y la sentencia proferida por la Corte de Dade en ese proceso, documentos mediante los que se probó que las Cortes de la Florida han reconocido valor como tales a las sentencias proferidas por jueces colombianos; estas pruebas reiteran en conjunto que lo dicho por los abogados tantas veces nombrados sobre la reciprocidad que es objeto aquí de indagación procesal, por sí mismo da base para considerarla probada entre Colombia y el Estado de la Florida, integrante de la Unión Americana, y permiten formar criterio sobre el punto sin mayor dificultad, conclusión ésta que adquiere todavía mayor solidez si se tiene en cuenta que cuando los "testimonios" a que alude el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil se hacen constar por escrito, sistema que por cierto es el normal, su tratamiento procesal adecuado es el que corresponde darle a los documentos declarativos emanados de terceros con función meramente informativa, siéndoles aplicable por consiguiente el artículo 22, numeral 2o, del Decreto 2651 de 1991 a cuyo tenor, tratándose de documentos de ese linaje, puede el juzgador atribuirles valor demostrativo aun sin ratificación, salvo que "... de manera expresa ..." haya solicitado el cumplimiento de este requisito la parte contra la cual la prueba se pretende hacer valer.

De otra parte, arguye el apoderado del opositor que no se acreditó a ciencia cierta la reciprocidad exigida por el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil para otorgar el exequátur, dada la naturaleza equívoca y variable de las fuentes a que se refieren los testimonios en cuestión.

Conviene al respecto señalar que las decisiones judiciales en el sistema de derecho anglosajón tienen por objeto no solo definir la controversia planteada sino también descubrir la ley natural aplicable a los hechos presentados, creando un precedente que puede ser utilizado por otros tribunales enfrentados a casos similares. Este principio de la autoridad del precedente legal, llamado también *stare decisis* (estarse a lo decidido sin perturbar puntos ya fijados) no se encuentra escrito ni siquiera en la Constitución de los Estados Unidos, pero su respeto ha permitido el desarrollo jurídico estable, equitativo y predecible de los países que lo han acogido.

El *holding* o regla que se derive de la decisión de un juez es entonces seguido respetuosamente por las demás cortes en casos donde los hechos se asimilen al supuesto que originó la decisión anterior. Sin embargo, cuando al aplicar el *holding* el juez observa que puede producir en el caso particular una injusticia, o, simplemente, las condiciones han cambiado y hacen de ese *holding* una decisión inapropiada para la época, la corte puede alejarse del precedente (*overruled*) y fallar como considere acertado.

A pesar de ser los jueces quienes desarrollan la ley en este sistema de derecho, ellos no deben expresar reglas para casos que no les han sido presentados. Si lo hacen, lo así dicho será considerado *dictum* y se le respetará, pero no tendrá autoridad como precedente y no tendrá que ser seguido por las otras cortes cuando se presente un asunto en el que la controversia radique precisamente sobre el tema que se analizó como *dictum* en otro proceso.

Con lo dicho anteriormente se quiere dejar en claro que la "ley" en el sistema anglosajón, salvo en determinadas materias, no se encuentra escrita en términos generales. Que es tarea del juez y del abogado examinar si existen o no, de acuerdo con los casos que se han presentado, reglas definidas aplicables al caso que se litiga y si concurre algún hecho que haga

diferente la situación como para no aplicar el precedente ya desarrollado por los jueces. Por estas razones, la certeza total sobre la aplicación de una decisión a un caso específico no puede encontrarse en este sistema de derecho referido.

En conclusión, aunque no existe ley escrita del Estado de la Florida que afirme categóricamente la reciprocidad existente en materia de decisiones judiciales con países como Colombia, el hecho de que las autoridades judiciales de dicho Estado hayan aceptado la ejecución de otras providencias cuyas características se asemejan al caso de autos, puede concluirse, con el grado de precisión que el sistema de derecho anglosajón permite, que para este caso existe la tan mentada reciprocidad con el Estado de la Florida. Dicho en otras palabras, la reciprocidad a que alude el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, puede ser positiva o negativa y legal o de hecho, entendido que la primera es basada en la ley escrita mientras que la segunda procede o emerge de la jurisprudencia, y lo que ocurre es que, correspondiéndole la carga de la prueba en los dos supuestos a quien solicita el exequátur, la dificultad de satisfacerla es mucho mayor cuando se trata de la llamada reciprocidad de hecho a la cual, valga insistir, se acudió en el caso presente en defecto de la reciprocidad diplomática, empleando el testimonio calificado de abogados que autoriza el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil y documentos (prueba escrita trasladada) cuyo contenido da cumplida razón de resoluciones del tribunal extranjero que demuestran claramente que en su país, que lo es también el de origen de la sentencia por cuyo reconocimiento se propende, se han aceptado fallos de tribunales colombianos; en estas condiciones, pues, no puede decirse con seriedad que a las sentencias civiles de jueces colombianos se les niega invariablemente en el Estado de Florida la fuerza que merece todo acto de autoridad legítimamente emitido, luego sistemáticamente y del modo que parece sugerirlo el opositor, no puede rechazarse en Colombia una resolución jurisdiccional con las características de la que en este caso se ha proferido, habida cuenta que no lo permiten postulados elementales de Derecho Internacional Público que aquí no es pertinente examinar. 3. La controversia civil a la cual le puso fin la sentencia extranjera, desató un litigio de carácter mercantil relacionado con el cumplimiento de un contrato de garantía pactado entre las entidades financieras mencionadas y LUIS A DUQUE PEÑA, no referida a derechos reales, según los datos que obran en el expediente.

4. La decisión en estudio si es o no contraria a normas de orden público, es punto sometido a discusión pues el opositor estima que si se tiene en consideración que la garantía estipulada se constituyó con infracción de las normas cambiarias de Colombia, no existía derecho a girar al exterior las divisas en caso de exigirse el pago, como en efecto ocurrió. Y que siendo el antiguo Estatuto Cambiario una norma de orden público, no es procedente la concesión del exequátur.

Sobre este particular son pertinentes las observaciones siguientes:

A- Sea lo primero señalar que en el ámbito del Derecho Internacional Privado y contra lo que suele pensarse sin mayor análisis, el concepto del "orden público" se presenta como esencialmente problemático en la medida en que es variable, relativo, movedizo y escapa en verdad a la posibilidad de reducirlo a los límites de un enunciado matemáticamente exacto, por lo que se ha llegado hasta decir (Antoine Pillet. y Jean Paulin Niboyet. Manual de Derecho Internacional Privado. París 1924) que el acuerdo unánime acerca del principio de orden público cesa desde el momento en que es necesario precisarlo. Todos los que de estudiar el tema se han ocupado coinciden en sostener que se trata de una noción enigmática en grado sumo y donde nada puede tomarse como axiomático; lo que hay de cierto allí es muy poco y siguiendo la doctrina científica, bien puede resumirse del siguiente modo: Indudable es la obligación que pesa sobre los

Estados de aceptar que en su territorio pueda tener aplicación directa o indirecta la ley extranjera reclamada por la competente norma interna de colisión, pero ello encuentra límite infranqueable en el punto en que esa aplicación, vistas muy en concreto las circunstancias particulares del caso, tuviera por consecuencia comprometer la vigencia de cualquier principio indispensable para la salvaguardia de la sociedad que aquellos representan, principios referentes como se sabe a los intereses esenciales de los países dadas las ideas particulares en ellos imperantes en la época y que pueden ser intereses políticos, morales, religiosos o económicos.

En consecuencia, las relaciones internacionales y los sentimientos de cortesía que en buena medida les infunden fuerza, son lícitas en cuanto se mantengan inofensivas y dejan de serlo cuando tienden a

hacer aplicar en el territorio de un Estado leyes positivas de otro, sentencias por sus jueces proferidas o contratos allí realizados que se juzgan incompatibles con los mencionados intereses, de donde se infiere, entonces, que la denominada "excepción de orden público" de la cual viene haciéndose mérito, cumple en últimas una función de defensa que preserva a los Estados de las perturbaciones que puedan derivarse de la aplicación directa o indirecta de normas extranjeras, en los supuestos cuidadosamente comprobados en que debido a esa aplicación se introduce en realidad un elemento de intolerable desequilibrio en el seno del ordenamiento jurídico del foro, y es a los jueces en este último a los que les corresponde adelantar esa tarea de comprobación "...inspirándose en el estado de las costumbres y de la conciencia pública en el momento en que son llamados a pronunciarse, decidiendo con ayuda de apreciaciones muy prudentes si tal o cual ley es o no de orden público internacional ...". (Pierre Arminjon. Principios de Derecho Internacional Privado. Tomo 1, París. 1952), lo que implica empezar por evitar que en gracia de abstracciones dogmáticas se llegue a convertir el "orden público" en un simple subterfugio para facilitar el triunfo de antojadizos nacionalismos.

Así, pues, dentro de las llamadas normas de orden público que han de tomarse como factor de contraste, se encuentran entre otras las normas de derecho de familia y las que determinan el régimen monetario del Estado y, entre éstas, el control de las operaciones de cambio exterior, por cuanto "nada que atañe más a los mandatarios que el control de las monedas como quiera que ella está estrechamente vinculada al orden público en todos sus aspectos: político, económico y social" (C. S. J. sentencia del 14 de diciembre de 1973, T. CXLIX, 281).

La noción del régimen cambiario explica de suyo la razón para considerarlo de orden público: "El llamado 'control de cambios' (...) es un conjunto de reglas de derecho público que, en líneas generales, tiende a someter al control de las autoridades administrativas todos los movimientos (...) susceptibles de afectar los recursos del Estado en medios de pagos internacionales, (...) permitiendo al Estado administrar según un plan el fondo de divisas de la economía nacional lo cual consiste, básicamente, en la creación de un centro de disposición de esos fondos y en la aprobación tan solo de los pagos internacionales considerados útiles desde el punto de vista

de los intereses generales de la comunidad, así como también en la satisfacción, por vía de concesión de divisas, únicamente de aquellas necesidades que se consideren urgentes o indispensables(..)." (C.S.J. Sentencia de 17 octubre de 1989). Significa esto, en síntesis, que aun cuando los controles cambiarios forman parte del "orden público", se establecen en interés nacional y por lo general la política de un país en esta materia no es acorde con la de otros países, lo que ha llevado a sostener con acierto que el "riesgo" del control de cambios implantado en el país del deudor, debe estar más bien a cargo de éste último y no del acreedor cuando se trata de hacer efectivas obligaciones que tienen su fuente en actos, negocios u operaciones extranacionales "localizadas" en otro país cuyo ordenamiento les otorga pleno reconocimiento y la condigna protección, habida consideración que, desde la perspectiva de la posición acreedora, el derecho adquirido que constituye su expresión no es forzosamente contrario al "orden público" del país del deudor por el sólo hecho de que dicho derecho, por obra del control de cambios allí existente, no hubiera podido crearse con igual configuración cualitativa o cuantitativa, por manera que lo que cumple examinar en cada caso dentro del contexto en mención, es si la eficacia del derecho del acreedor legítimamente consolidado en el extranjero resulta contraria al "orden público" y no si la adquisición del mismo habría sido opuesta al mismo por infringir la normatividad cambiaria local vigente en aquél país; necesario es, entonces, distinguir y aislar convenientemente el establecimiento de los derechos y los efectos por ellos producidos que se pretenden hacer valer, porque la circunstancia de que lo primero sea inconciliable con el "orden público" imperante en el país 'que por comodidad de lenguaje podría identificarse como "importador del derecho", no entraña por fuerza que también de lo segundo tenga que predicarse igual cosa sí, cual acontece con frecuencia y este expediente muestra un ejemplo de ello, el derecho en cuestión ha sido adquirido por el acreedor de conformidad con la ley normal del "país de exportación" y es esa la ley competente en el fondo, llamada en cuanto tal a regir como una unidad la respectiva relación negocial.

Debe aclararse también, para proseguir en el estudio del presente caso, que el orden público que ha de apreciarse como relevante al decidir sobre el exequátur, es el existente al momento del otorgamiento de éste y no al momento de proferirse la decisión extranjera (Batiffol, Derecho

Internacional Privado, pag 783), toda vez que como también lo apuntan otros autorizados escritores (Kegel, Derecho Internacional Privado, cap. XVI, num VI) lo que se considera núcleo irrenunciable del ordenamiento del foro, evoluciona cada día como cambia así mismo el "orden público" del derecho policivo común y es así como hoy en día en Colombia, a diferencia de lo que acontecía mientras conservó vigencia el Decreto Ley 444 de 1967, el ordenamiento que regula la materia desde la promulgación de la Ley 9a de 1991, tiende a facilitar las transacciones corrientes de los colombianos en el exterior en estrecha concordancia con el proceso de apertura económica que ha vivido el país en los años recientes, lo que desde luego presupone favorecer o estimular el crédito de los residentes colombianos en sus operaciones de endeudamiento con el exterior.

Por último, y en consonancia con las apreciaciones que anteceden, cabe precisar que la solución dada en una sentencia puede ser contraria al orden público y, por ende, no ser posible su exequátur, tanto cuando la ley aplicada al caso sea contraria a disposiciones de orden público y por esto la sentencia sea también contraria a tales disposiciones, como también cuando la solución final al caso concreto dada por un tribunal extranjero, a pesar de basarse en una ley que esté conforme con ese orden público, otorga una solución injusta al caso concreto, a la luz de las normas de orden público, en este caso colombianas.

B- En el asunto que hoy ocupa la atención de la Corte no obra en el expediente prueba alguna de la que se pueda concluir que la norma aplicada para condenar al señor LUIS A. DUQUE con fundamento en la garantía por él otorgada, sea contraria al orden público nacional; y tampoco la decisión en sí misma adoptada por el Tribunal extranjero muestra injusticia alguna que choque con regulaciones consagradas en Colombia en sus normas de orden público tal y como ellas operan en el momento presente.

El antiguo Estatuto Cambiario disponía que un residente en Colombia no podía otorgar garantías en moneda extranjera sobre operaciones fueran ellas o no de cambio internacional, y que solo a determinadas instituciones financieras les era posible hacerlo (Artículos 14 literal e- y 15 del Dec. 444 de 1967), pero es inevitable no perder de vista que ese régimen cambiario, hoy derogado, no significaba que esta situación ilícita

implicara el no pago de la obligación contraída o una exoneración automática de responsabilidad para el deudor. Simplemente, el pago debía hacerse en el equivalente en moneda nacional colombiana al tipo de cambio vigente al momento en que la obligación aludida quedó configurada (art.249 ib y 874 del Código de Comercio), siguiéndose así el criterio general de acuerdo con el cual situaciones de esa índole, en tanto contravenciones que son al estatuto interno de cambios, no son actos cuya validez niegue radicalmente la ley para todo propósito, sino que exponen a los culpables, acreedor y deudor, a castigos específicos como es, por ejemplo, el de imponer la conversión forzosa de la obligación, pactada en dinero extranjero, a una tasa de cambio que, a diferencia de las que sin duda son prácticas comunes en el ámbito de las transacciones internacionales, hace incidir en el acreedor y no en el deudor las consecuencias perjudiciales del riesgo originado en las llamadas "fluctuaciones negativas del cambio".

De otro lado, y en lo que es una transformación notoria en la filosofía general de la institución según puede corroborarse con la lectura de los dos primeros artículos de la Ley 9a de 1991, los artículos 7, 45 y 46 del actual Estatuto Cambiario, contenido sustancialmente en la Resolución 21 de 1993 de la Junta del Banco de la República, disponen que un residente en Colombia puede otorgar garantías - en moneda extranjera para respaldar cualquier obligación derivada de una operación de cambio, canalizando los respectivos ingresos y egresos de divisas a través del mercado cambiario. Y solamente si la obligación no corresponde a una operación de cambio según el alcance que a esta 'categoría le da el artículo 10 del Decreto 1735 de 1993 el pago, bajo los términos del artículo 95 del citado Estatuto, deberá hacerse en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fue contraída, salvo que las partes hayan convenido una tasa o fecha de referencia distinta, luego de haberlo celebrado bajo el imperio de estas nuevas regulaciones, ninguna objeción o reparo desde el punto de vista de la legislación de divisas en vigor en Colombia, habría podido suscitar la regularidad cambiaria del contrato de garantía cuyo incumplimiento dio lugar al fallo de condena que es objeto de análisis en este expediente. Y aun cuando se mirara la cuestión desde otro ángulo, aceptándose apenas en gracia de avanzar en el análisis que la conclusión precedente no es correcta, habría que decir, entonces, que frente a circunstancias similares a las que identifican el supuesto de hecho bajo estudio en este expediente, el Derecho

Internacional Privado, claramente inspirado en motivos de razón y de justicia, no permite la utilización de un principio general distinto a aquél que manda darle aplicación a "... la ley propia del contrato de suerte que si la transacción celebrada está regida por la misma ley que ha establecido las restricciones de cambio, deben ellas recibirse como integrantes que son del conjunto normativo que conforma esa ".. ley propia mientras que si la transacción la gobierna un ordenamiento legal distinto al que estableció el control de cambios, también ha de imperar "... la ley propia del contrato o *lex obligationis* ..." y por ende las regulaciones de divisas son en términos de principio irrelevantes. En otras palabras, si ha de observarse el espíritu por lo menos de los preceptos de Derecho Internacional Privado rememorados y en particular de aquél según el cual ha de aplicarse siempre la ley más ligada al caso, la que tenga un contacto mejor caracterizado y sea por ende la más justa para decidirlo, preciso es hacer ver que el Derecho que rige la obligación emergente como queda visto de una garantía ajustada en los Estados Unidos, para respaldar una deuda también allí contraída y cuyo destino era financiar las actividades de una empresa comercial establecida igualmente en los EE.UU., no es el Derecho que establece las restricciones inherentes al control de cambios aquí aducidas por el opositor y que en el párrafo precedente se dejaron señaladas. Por eso no puede afirmarse entonces, que el derecho adquirido por las instituciones bancadas demandantes y materializado en la sentencia cuyo reconocimiento se solicita, sea violatorio del orden público nacional y menos aun si se tiene en cuenta que una opinión en sentido contrario, como la patrocinada en este expediente, conduciría al absurdo de permitir a las personas residentes en Colombia asumir compromisos en el exterior, sabiendo que pueden incumplir impunemente en tanto se pongan al abrigo de las fronteras de su país y con el argumento de la falta de "licitud cambiaria" allí de las operaciones de que tales deudas se desprenden.

La excepción de "orden público" invocada aquí para enervar la acción de exequátur entablada, no es por lo tanto de recibo, toda vez que siguiendo las ideas expuestas a lo largo de las líneas que anteceden, la consecuencia que en el caso de autos hay lugar a atribuirle a las restricciones de cambio vigentes en Colombia actualmente, no es en modo alguno la de abrirle paso, por la vía de la negativa a priori del exequátur reclamado, a una extinción sobreviniente de las obligaciones que la

sentencia extranjera ordena satisfacer, ello gracias a una presunta imposibilidad técnica de cumplimiento cuyas bases morales dejan serias reservas. Esas restricciones a lo sumo podrían conducir, en la etapa de ejecución forzosa de la ameritada providencia, a una eventual adaptación, por vía de conversión a signos monetarios de curso legal en Colombia, de las condiciones estipuladas en el contrato original en lo que atañe al circulante utilizable para realizar, no el pago en el lugar "debido" sino el pago en el lugar " ... de hecho" que en cuanto es tal, implica la puesta en marcha de mecanismos procesales de cobranza coactiva previstos por el ordenamiento interno de cada país, por lo que resulta relativamente fortuito y extraño por añadidura tanto al título de la obligación sancionada en la sentencia como a la ley que le es aplicable, toda vez que ese pago "en el lugar de hecho" depende de factores ocasionales ligados a la posición económica del deudor sobre quien pesa la condena judicial y a la ubicación territorial de sus bienes pues como lo hace notar con acierto la doctrina, "... el patrimonio del deudor puede estar internacionalmente más o menos disperso, con la consiguiente posibilidad de multiplicaciones de los lugares de hecho de cobro sobre sus haberes y es dable pensar, también, en ejecuciones parciales en diferentes países en los que existan bienes, si en alguno de ellos éstos no son suficientes para agotar la pretensión del acreedor ..." (Obligaciones en Moneda Extranjera. Antonio Boggiano. Buenos Aires, 1991). Y en este orden de ideas, como es apenas natural intuirlo, al método que en su caso llegare a utilizarse en Colombia para convertir a pesos colombianos una obligación que cual acontece con la declarada en la sentencia de cuyo examen se ocupa la Corte, debió cumplir el deudor en el exterior y expresada así mismo en dólares de los EE.UU. que es la "moneda de cuenta" en el contrato de garantía celebrado, no puede atribuírsele, al dicho método, virtualidad alguna capaz de alterar el valor sustancial del crédito con menoscabo para los derechos de las entidades financieras acreedoras, en cuyo favor se profirió aquella sentencia, acogiénose así otro principio de general aceptación al tenor del cual se afirma la necesidad de asegurarse, en cualquier supuesto, que si una suma de dinero debe pagarse en un país cuya moneda difiere de la convenida para el pago, el acreedor recibirá ni más ni menos de lo que hubiere recibido si el pago hubiera sido hecho en el lugar y tiempo debidos, en la moneda en que la suma de dinero se expresó (Internacional Law Association, 47a conferencia, Dubrovnik, 1956), principio que por cierto es el que corresponde prohiar en un sistema jurídico consonante con las metas

económicas de una comunidad que aspira al progresivo crecimiento de su comercio internacional, reduciendo en grado significativo las interferencias cambiarías.

5. La sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada según consta en la certificación suscrita por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de la Florida, confirmando el carácter definitivo y ejecutable del fallo (F. 162 del Cuaderno Principal). A su vez, los documentos contentivos de las atestaciones de los abogados son claros al confirmar que la sentencia objeto de esta solicitud de exequátur se encuentra ejecutoriada de acuerdo con las normas del país de origen (Folios 174, 187, y 214 del Cuaderno Principal.)

Según lo exige el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia se presentó en copia debidamente autenticada y legalizada en la forma en que lo exige la ley. (Folios 108 y ss)

6. El asunto sobre el cual recae no es de competencia exclusiva de los jueces colombianos si se tiene en cuenta que no existe norma legal que indique que este tipo de procesos como el que originó la sentencia cuyo exequátur se solicita tenga que ser adelantado por jueces Colombianos. Por el contrario, el numeral 5o del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil autoriza al demandante a presentar su libelo en el lugar del domicilio del demandado o en el lugar de cumplimiento del contrato.

Puede observarse también que el demandado autorizó en la garantía otorgada ser juzgado en cualquier Tribunal de los Estados Unidos (F. 186 del C. Principal) y que la jurisdicción extranjera encontró razones para asumir el conocimiento del pago de la garantía allí otorgada.

7. No existe en el proceso prueba o noticia alguna que permitiera al menos suponer que en Colombia exista proceso en curso o sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

8. Siendo el presente caso de carácter contencioso, se observa el cumplimiento del requisito de la debida citación y contradicción del demandado, quien tuvo oportunidad de oponerse a los argumentos presentados en la demanda (F. 124 y ss y F.186 y 213 del C. principal). La correcta citación a la parte contraria que permitiera la defensa de sus intereses se probó con las declaraciones rendidas por los abogados Carman, Rossen y Lucio, quienes expresaron que ésta se realizó conforme a las normas del Estado de la Florida (F. 186 y 213). Por si fuera poco, el hecho de encontrarse ejecutoriada la providencia proferida por la Corte de Distrito de

los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, en el proceso 83-1375 hace presumir según el ordenamiento procesal colombiano, el cumplimiento del requisito de la debida citación y contradicción del demandado.

Por lo anteriormente expuesto, se hallan reunidos los requisitos para que se otorgue el exequátur solicitado por SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK N.A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERNATIONAL, NCNB NATIONAL BANK OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A. para la providencia proferida el 21 de agosto de 1984 por la Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, en el proceso 83-1375 adelantado por los bancos antes mencionados contra LUIS A DUQUE PEÑA, decisión esta que en consecuencia es idónea, como elemento jurídico nacional, para producir los efectos que le son propios y con los que de antemano contaba en su país de origen, luego habrá de acordarse el reconocimiento en lo que constituye una operación puramente procesal distinta e independiente de la acción primitiva que engendró la citada sentencia y acerca de la cual, por sabido se tiene, a la Corte no le es permitido estatuir.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Conceder el exequátur a la sentencia proferida día 21 de agosto de 1984 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América, Distrito Sur de la Florida, en el proceso No. 83-1375 CIV-LCN adelantado por SHAWMUT BOSTON INTERNATIONAL BANKING CORPORATION, SOUTH EAST BANK N.A. SHAWMUT CREDIT CORPORATION, THE ROYAL BANK AND TRUST COMPANY, MELLON BANK INTERNATIONAL, NORWEST BANK INTERNATIONAL, NCNB NATIONAL BANK OF NORTH CAROLINA Y CRESTAR BANK N.A. contra LUIS A DUQUE PEÑA.

Las costas en este proceso serán a cargo del opositor. Tásense en la oportunidad debida.

PEDRO LAFONT PIANETA

EDUARDO GARCIA SARMIENTO

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

HECTOR MARIN NARANJO

ALBERTO OSPINA BOTERO

RAFAEL ROMERO SIERRA