TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023)
Ref.: Exp.: 05266 31 03 002 2022 00080 01
Magistrado Ponente: JOSE OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Proceso:	Declarativo.
Demandante:	JAIME DE JESÚS GIRALDO ZULUAGA.
Demandado:	MARIO DE JESÚS TABARES MESA.
Extracto:	Del principio "*onus probandi incumbit actori"* de cara a lo deprecado, donde si no se cumple el particular, el interesado no podrá obtener el efecto jurídico perseguido. Confirma.

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante[1], contra la sentencia proferida en el referenciado el 14 de julio de 2022, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Envigado.

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

JAIME DE JESÚS GIRALDO ZULUAGA promovió proceso declarativo en contra de MARIO DE JESÚS TABARES MESA, pretendiendo que se declare la existencia de dos obligaciones en favor del demandante y a cargo

[1] La alzada del demandada se declaró desierta por providencia del 28 de marzo de 2023 (archivo 11DeclaraDesierto – 02SegundaInstancia).

del demandado, así: 1) Por $162’000.000,oo contenida en la Escritura Pública 3.659 del 15 de noviembre de 2018 de la Notaría 1ª de Envigado; 2) Por $37’500.000,oo contenida en la Escritura 3.660 del 15 de noviembre de 2018 de igual Notaría. También deprecó que se declare que ambas obligaciones vencieron el 15 de noviembre de 2019, y que sobre las mismas el demandado debe intereses moratorios.

Como sustento de lo anterior se indicó que el 15 de noviembre de 2018, TABARES MESA suscribió a favor del demandante dos pagarés por $162’000.000,oo y 37’500.000,oo, y adicional a ello celebraron dos contratos de mutuo por idénticos montos ($162’000.000,oo y 37’500.000,oo), contenidos estos en las Escrituras 3.659 y 3.660, respectivamente, ambas suscritas dicho día y con fecha de vencimiento el 15 de noviembre de 2019, en las que se constituyó hipoteca sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria 001-150967.

Que ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Envigado se adelanta proceso ejecutivo hipotecario por los dos pagarés, pero no se admitió el cobro de las obligaciones contenidas en las Escrituras Públicas.

LA CONTRADICCIÓN:

El accionado señaló como parcialmente ciertos algunos hechos, y particularmente indicó que suscribió los dos pagarés por valor de $162’000.000,oo y $37.500.000,oo, garantizados estos mediante la Escritura Pública 3.659 del 15 de noviembre de 2018; y que mediante Escritura Pública 3.660 se obligó a pagar $37’500.000,oo, sumas que están siendo cobradas en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Envigado.

Que no es cierto que en la Escritura Pública 3.660 del 15 de noviembre de 2018 se haya pactado el pago de $162’000.000,oo, y por esa razón no se

admitió el cobro ante el Juzgado mencionado, por lo que presentó como excepciones de mérito en los siguientes términos:

1. "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA*". Indicando que los pagarés por $162'00.000,oo y $37'500.000,oo, y la suma de $37'500.000,oo que consta en la Escritura Pública 3.660, ya son objeto de cobro jurídico, y al no constar en el instrumento público obligación por $162'000.000,oo, se carece de legitimación en la causa.

2. "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*. Afirmando que no se puede cobrarse la misma obligación en dos procesos diferentes, máxime cuando la deuda que no consta en la Escritura Pública.

3. "*COBRO DE LO NO DEBIDO*". Sosteniendo que en las Escrituras Públicas 3.659 y 3.660, solo se encuentran tres de las cuatro obligaciones que cobra el demandante, por lo que no puede ejecutarse por la que no está en ellas contenida.

4. "*SUPERAR EL ALCANCE LA LITERALIDAD DE LA GARANTIA HIPOTECARIA CONTENIDA EN LA ESCRITURA PÚBLICA 3.660 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2018*". Arguyendo que el pretender el cobro de una suma no establecida en el Escritura Pública 3.660 del 15 de noviembre de 2018, implica vulnerar la literalidad de dicho instrumento.

5. "*EL ACTA CONCILIATORIO DESBORDA EL PROPOSITO DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN*". Argumentando que el acta de conciliación de la Inspección Cuarta de San Joaquín ha superado los límites de la solicitud.

6. *“NO SER EL ACTA DE CONCILIACIÓN FRACASADA UNA CONFESIÓN”.* Diciendo que si bien el acta conciliatoria tiene la firma del demandado, lo allí consignado no encuentra soporte en las escrituras públicas 3.659 y 3.660 del 15 de noviembre de 2018, y por eso no puede tenerse como confesión.

7. “*GENÉRICA*, según lo que resulte probado.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Luego de hacer recuento del trámite procesal que incluyó acción y contradicción, señaló que lo primero es verificar la validez del contrato, donde las Escrituras 3.659 y 3.660 del 15 de noviembre de 2018 confieren hipoteca abierta y sin límite de cuantía, las cuales fueron registradas y no objetadas por las partes, gravámenes que son contratos accesorios y que depende de uno principal, que en este caso es de mutuo.

Que no hay duda en que el demandado constituyó hipoteca a favor del actor mediante las Escrituras mencionadas y corridas en la Notaría 1ª de Envigado; y que también en la misma fecha fueron suscritos dos pagarés por $162’000.000,oo y $37’500.0000,oo, con vencimiento ambos el 15 de noviembre de 2019, donde en el mismo Juzgado se adelanta proceso hipotecario con base en tales títulos valores respaldados por tales hipotecas.

Que el sustento para solicitar la declaratoria de existencia de otras dos obligaciones por esos mismos valores (pero ya contenidas en las Escrituras de marras), es que en esos instrumentos en la cláusula 17 manifiesta tales montos para liquidar los derechos notariales, y según la carta de efectos fiscales firmada por el acreedor, se da cuenta que se está otorgando hipoteca porque se está autorizado un crédito.

Así las cosas, las Escrituras se limitan a contener el contrato accesorio de hipoteca, al que se anexan unas actas donde el acreedor señala que ha aprobado unos créditos, pero tales títulos no contienen los contratos de mutuo, los que están contenidos en los pagarés, coincidiendo los valores que ya se encuentran en un proceso de ejecución.

En esos términos, que no es procedente reconocer obligaciones por iguales valores que tengan origen en las Escrituras Públicas; no obstante, como en el interrogatorio de parte el demandado confesó que sí existe otra obligación diferente a las que se demandaron ejecutivamente con fundamento en los dos pagarés, siendo aquella por $37’500.000,oo, y que se originó en los negocios que tenía con CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ.

Así, tuvo por reconocida obligación por $37’500.000,oo adquirida el 15 de noviembre de 2018 para ser cancelada el 15 de noviembre de 2019, con los intereses moratorios conforme lo permitido por la Superintendencia Financiera; pero frente la deuda por $162’000.000,oo figurante en el acta de conciliación realizada en la Inspección 11 de Policía de San Joaquín, como frente a ella no hubo acuerdo y nada se dijo que pudiera usarse para otros fines, porque lo que produce efectos es el acuerdo y en este caso no se dio, desestimó este punto.

Como conclusión, estimó la pretensión declarando la obligación por los $37’500.000,oo, aunque acogió las excepciones frente a la obligación por $162’000.000,oo, condenando proporcionalmente en costas al demandado.

DE LA APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por ambas partes procesales; no obstante frente al demandado se declaró desierta la alzada, tal como se indicó inicialmente.

El demandante presentó como reparos y sustentación que el contrato de mutuo celebrado entre las partes, fue por un total de $324’000.000,oo dividido en dos pagarés, uno por $162’000.000,oo y otro por $37’500.000,oo, y dos Escrituras Públicas, cada una de estas por los mismos valores de los títulos valores.

Que el demandado aceptó la deuda de los $37’500.000,oo por fuera de los pagarés y que consta en la Escritura 3.660 del 15 de noviembre de 2018, lo que constituye un indicio de la existencia de obligación por $162’000.000,oo soportada en la Escritura Pública 3.659 de la misma fecha.

Sin más pronunciamientos y no concurriendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se resolverá la alzada previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

INTROITO:

Examinada la actuación procesal en ambas instancias, no se observa irregularidad invalide lo actuado, por lo que están presentes las condiciones necesarias para proferir sentencia de segunda instancia.

De otro lado, ciertamente el artículo 1757 del C. C. indica que incumbe al interesado probar las obligaciones o su extinción, según sea alegado; por ello, el artículo 167 del C. G. del P. desarrolla el principio de la carga de la prueba, debiendo las partes probar el supuesto de hecho de las normas para obtener el efecto jurídico perseguido, debiendo el juez debe fundar las

decisiones en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, conforme el artículo 164 ibidem.

Dado el reparo presentado y atendiendo al principio de limitación (artículo 328 C. G. del P.), el problema jurídico se formula así: ¿se encuentra acreditado el contrato de mutuo por valor de $162’000.000,oo, y que según el demandante se pactó en la Escritura Pública 3.659 del 15 de noviembre de 2018 corrida en la Notaría 1ª de Envigado?

Por lo anterior se analizarán críticamente los medios probatorios allegados, para entrar a resolver la alzada.

DEL CONTRATO DE MUTUO:

Conforme el artículo 2221 del C.C. “*El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”*, cuyo perfeccionamiento se da con la entrega de lo prestado, dice la norma tradición, tal como se desprende del artículo 2222 del mismo ordenamiento sustancial, de lo que la jurisprudencia, ha dicho:

> *““...el mutuario o prestatario no recibe las cosas objeto del contrato para usarlas y devolverlas, sino para consumirlas, natural o jurídicamente, con cargo a devolver otras de la misma especie y calidad" (Sentencia del 27 de marzo de 1.998, exp. 4798). De ahí que un grupo de autores no dude en engastar al mutuo - igualmente conocido a través de la diciente locución como “préstamo de consumo” - en la categoría de los “contratos constitutivos” o “traslativos de propiedad”, atendido el aludido cometido … el mutuo “sólo se perfecciona con la tradición de la cosa prestada, pues es así como se produce la transferencia de la propiedad de ella, del mutuante al mutuario, quien por tanto queda obligado a la restitución de otra del mismo género y calidad” (Se subraya. Sent. marzo 27/98), restitución que sólo se justifica, stricto sensu, en la medida en que previamente se hubiere producido una entrega con la anunciada finalidad (tantum dem eiusdem generis et qualitatis).”*[2]

[2] Corte Suprema de Justicia. Expediente N° 5335. Marzo 22 de 2000.

DE LA SOLUCION A LA ALZADA:

Frente a la existencia del contrato de mutuo por valor de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS ($162’000.000,oo), y que según la actora consta en la Escritura 3.659 del 15 de noviembre de 2018 corrida en la Notaría Primera de Envigado, en cuanto a las las pruebas recaudadas en el plenario, ciertamente se allegó tal instrumento público, el cual no fue tachado en su contenido, por lo que resulta útil para decidir.

En tal Escritura Pública se realizaron tres actos: 1) se canceló la hipoteca constituida mediante la Escritura 2.758 de 13 de julio de 2009 de la misma Notaría, la cual era en favor de CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ GIRALDO, respecto del inmueble identificado con matrícula 001-150967; 2) se canceló la afectación a vivienda familiar; y, 3) se constituyó hipoteca abierta sin límite de cuantía del mismo inmueble y en favor del hoy demandante[3].

Del tenor literal de tal instrumento público, aparte de la constitución del gravamen hipotecario referido en la *causa petendi*, no se otea obligación en particular a cargo del demandado y en favor del demandante, para lo que basta ver el tenor de tal escritura en los siguientes términos:

SEXTO: Que la garantía hipotecaria que por este instrumento se constituye, cubre, respalda y garantiza el pago de las sumas de dinero que, conjunta o separadamente, adeuda(n) el(los) compareciente(s) o llegare(n) a adeudar en el futuro y, en general, todas las obligaciones que adquiera(n), conjunta o separadamente, para con su(s) acreedor(es), y que consten en documentos de crédito, así como cualquier título-valor, con o sin garantía específica y, en general, sumas de dinero a su cargo, que se hayan otorgado o se otorguen en el futuro.----------

[3] Folio 9 – archivo 03DemandaYAnexos.

Es decir, como se intitula tal documento, la hipoteca fue "*ABIERTA*", pues como se indicó en el mismo instrumento y en su parte pertinente:

SEGUNDO: Que obrando como tal constituyen **hipoteca global o abierta en segundo grado y sin límite** de cuantía en favor de **JAIME DE JESUS GIRALDO ZULUAGA** mayor de edad, domiciliado en Medellin, de transito

Agregándose que la alusión a $162'000.000,oo fue solo para efectos notariales, pues como dice la Escritura en referencia:

DECIMOSÉPTIMO: Para efectos de liquidar los derechos notariales, el impuesto de registro (rentas departamentales) y los derechos de registro, a esta hipoteca se le asigna un valor de **CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS M.L.($162.000.000.00)** según carta de efectos fiscales firmada por el(los) acreedor(es). ----------

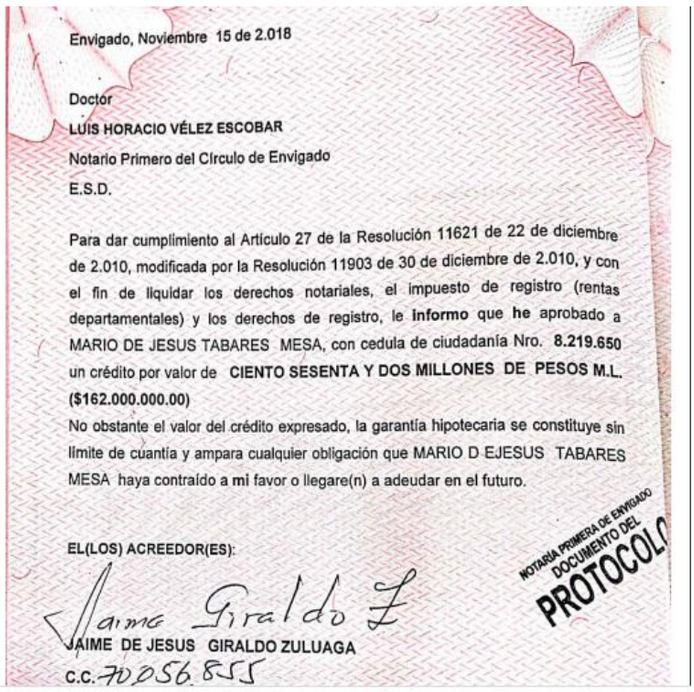
Entonces, queda claro que en el instrumento en mención no se estableció oferta o propuesta de cancelación de una suma de dinero en concreto, y que ello hubiera sido aceptado; incluso, queda en la incertidumbre la fecha de vencimiento.

Debe recalcarse que en la correspondiente cláusula hipotecaria, se dijo que se respaldaba todas las obligaciones que el hoy demandado adquiriera con el acreedor, y que constaran en "*documentos de crédito, así como cualquier título-valor, con o sin garantía específica y, en general, sumas de dinero a su cargo, que se hayan otorgado o se otorguen en el futuro*."[4]; pero, se insiste, sin que se detallara acreencia alguna, ni se pactó ningún crédito.

Y es que como se reprodujo frente a la cláusula 17ª, se estableció el valor de $162'000.000,oo, circunscrito a la liquidación de derechos notariales,

[4] Cláusula Sexta.

impuesto y derechos de registro, lo que fue respaldado igualmente con el escrito obrante a folio 23 del archivo “03DemandaYAnexos” del cuaderno de primera instancia, donde se refirió:



Envigado, Noviembre 15 de 2.018

Doctor
LUIS HORACIO VÉLEZ ESCOBAR
Notario Primero del Círculo de Envigado
E.S.D.

Para dar cumplimiento al Artículo 27 de la Resolución 11621 de 22 de diciembre de 2.010, modificada por la Resolución 11903 de 30 de diciembre de 2.010, y con el fin de liquidar los derechos notariales, el impuesto de registro (rentas departamentales) y los derechos de registro, le **informo** que **he** aprobado a MARIO DE JESUS TABARES MESA, con cedula de ciudadanía Nro. **8.219.650** un crédito por valor de **CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS M.L. ($162.000.000.00)**
No obstante el valor del crédito expresado, la garantía hipotecaria se constituye sin límite de cuantía y ampara cualquier obligación que MARIO D EJESUS TABARES MESA haya contraído a **mi** favor o llegare(n) a adeudar en el futuro.

EL(LOS) ACREEDOR(ES):

Jaime Giraldo Z

JAIME DE JESUS GIRALDO ZULUAGA
C.C. 70.056.855

NOTARÍA PRIMERA DE ENVIGADO
DOCUMENTO DEL
PROTOCOLO

Entonces, tal estipulación no prueba que efectivamente se constituyó una obligación en los términos pretendidos en la demanda, pues aunado a lo ya expuesto, este último documento no se encuentra suscrito por el demandado, siendo una declaración unilateral del demandante, y a más de ello existe otra acreencia por ese mismo valor respaldada en un pagaré, sin que exista otra prueba que permita tener certeza que hayan sido dos las deudas adquiridas por el mismo monto.

Del interrogatorio de parte del demandado tampoco se extrae la existencia de otra deuda por $162’000.000,oo diferente a la del pagaré. En tal diligencia el demandado indicó que eran tres los créditos que tenía con el demandante, dos representados en pagarés de $162’500.000,oo y $37’500.000,oo y que son los que se ejecutan en el proceso hipotecario que también cursa ante el *a quo*, pero en otro proceso.

En esa misma actuación el hoy demandado dijo que si bien los $37´500.000,oo se respaldaron con la Escritura Pública 3.660, negó la vigencia de otra obligación por $162’500.000,oo y que estuviera representada en la Escritura Pública 3.659 del 15 de noviembre de 2018[5].

Igual conclusión se deriva de los testimonios tomados a ADRIANA MARÍA y LIBIA PATRICIA TABARES OSSA, ambas hijas del demandado, y quienes señalaron tener conocimiento de las deudas representadas en los dos pagarés, que son las que se están cobrando en el proceso hipotecario, pero negaron la existencia de otro crédito diferente a estos[6].

En esos términos, el haberse confesado por el demandado la existencia de la deuda por $37’500.000,oo representada en la Escritura Pública 3.660, ello no constituye indicio de la existencia de otro contrato de mutuo por $162’000.000,oo, pues eran negocios jurídicos diferentes, sin que se pueda inferir que por la suscripción de una Escritura exista una deuda que la misma no relaciona, máxime cuando en este tipo de instrumentos prima la recepción y claridad de lo que en ellos se consigne, tal como se desprende de los artículos 14 y 30 del Decreto 960 de 1970.

Y es que el demando de forma categórica desconoció la obligación echada de menos y sustento de la apelación en estudio, donde las especulaciones o suposiciones no constituyen criterios para tomar decisiones judiciales, pues las mismas tienen que estar apoyadas en los medios probatorios legal y oportunamente allegados al plenario, los que siendo ausentes, hacen que el interesado no cumpliera con la carga que le correspondía.

CONCLUSIÓN:

---

[5] Archivo 19ActaAudiencia – Parte 3 – minuto 41:38.
[6] Archivo 19ActaAudiencia – Parte 3 – minuto 1:08:40.

El recurrente no probó los hechos en que basó su pretensión, sin que lograra acreditar la celebración de un contrato de mutuo por la suma de $162’000.000,oo, y el mismo tampoco se deriva de lo plasmado en la Escritura Pública 3.659 del 15 de noviembre de 2018, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Finalmente, en cuanto a costas en segunda instancia, serán a cargo del recurrente y en favor del demandado, tal como se deriva del artículo 365 del C. G. del P., fijándose como agencias en derecho el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente al momento de su liquidación, en lo que a esta instancia corresponde.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en el referenciado el catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2.022), por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Envigado, según lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al recurrente, donde en lo que a esta instancia corresponde y como agencias en derecho, se fija a cargo de este y en favor de la parte demandada, el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: En firme lo decidido, vuelva el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese.

JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO

SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
MAGISTRADO

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO