El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de segundo grado - Civil

Tipo de proceso : Ordinario – Existencia de contrato de mutuo

Demandante : Jorge Eliécer Vargas Vargas

Demandado : Javier Enrique Espinal Agudelo

Reconvención : Ordinario – Responsabilidad civil

Procedencia : Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Medellín, A.

Radicación : 05001-31-03-016-2006-00102-01

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA (En descongestión)

Aprobada en sesión : 610 DE 05-12-2019

**TEMAS: DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE CONTRATO DE MUTUO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ENTRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y SU SUSTENTO FÁCTICO Y LA SENTENCIA / NO PUEDEN EXPONERSE NUEVOS ARGUMENTOS AL APELAR LA SENTENCIA / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE.**

Empiécese por decir que, fracasa la alzada por incongruente, frente a: (i) El desinterés del demandado en el bien, durante el proceso ejecutivo; y, (ii) Lo inexplicable que es que el demandado y su pareja hayan omitido liquidar la sociedad conyugal, cuando adujeron estar separados.

La congruencia o cuadro de la instancia, aparecía regulada en el CPC (Estatuto aplicable al asunto), en el artículo 305, que disponía “(…) la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta. (…)”…

Descendiendo en autos, sin ambages, los aludidos aspectos son totalmente ajenos al relato fáctico de la demanda. Esa pieza procesal se limitó a referir la forma en que se constituyó la hipoteca, la existencia de la obligación que se demandó y lo acontecido en esa ejecución (Folios 19-20, cuaderno principal). Por su parte, el demandado nunca entendió que se le enrostraban tales cuestiones. Ninguna solicitud o prueba practicada versó sobre ello. Tampoco fueron motivo de valoración en la sentencia. En suma, aunque puede tratarse de circunstancias contingentes, debieron mencionarse desde la formulación del libelo, ser objeto del debate probatorio y no sorprender con esos argumentos en la impugnación a la sentencia.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

## El asunto por decidir

La alzada formulada por la parte actora, contra la sentencia proferida el día 09-06-2011 por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Medellín, A., dentro del proceso ya citado, previas las valoraciones jurídicas que pasarán a hacerse, a la luz del CPC, estatuto aplicable por haberse tramitado por escrito, integralmente, el asunto (Artículo 624, CGP).

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes. La señora Marcela Angarita Carrillo, en su condición de apoderada del señor Javier Enrique Espinal Agudelo, constituyó hipoteca a favor de Jorge Eliécer Vargas Vargas a través de escritura pública y respecto de inmueble de folio de MI001-370270 de la OIIPP Medellín- Zona Sur.

Al amparo de ese gravamen hay una obligación por $40.000.000, que era pagadera el 08-11-2001, pero al estar insoluta se demandó, en acción hipotecaria (*Sic*), que terminó con orden de cesar la ejecución, porque se dijo que la señora Angarita C. carecía de poder para suscribir el título valor cobrado. Esa decisión fue confirmada en segunda instancia (Folios 19-20, cuaderno principal).

* 1. La pretensión: Declarar que el demandado adeuda, al actor, la aludida suma más los intereses moratorios, a la máxima tasa legal permitida, desde el 09-06-2001 y hasta que se efectúe el pago (Folio 21, cuaderno principal).
1. La defensa de la parte pasiva

Contestó la demanda, negó la mayoría de los hechos y aceptó lo relativo a la existencia del proceso ejecutivo. Se opuso a las pretensiones y excepcionó de mérito: (i) Tacha de falsedad respecto al poder usado para constituir la hipoteca; (ii) Genérica; y, (iii) Prescripción (Folios 29-31, cuaderno principal).

1. La sinopsis de la contrademanda
	1. Los hechos relevantes. En el proceso ejecutivo seguido por el señor Vargas V., se secuestró el 30-08-2002, el bien gravado con hipoteca, que estaba en perfecto estado de conservación y que se estima, que con ocasión de la medida, ha sufrido un desmedro equivalente al 20% de su avalúo comercial ($126.246.ooo). Adicionalmente, el inmueble estaba arrendado en $500.000 y su propietario dejó de percibir los cánones (Folio 3, cuaderno No.2).
	2. Las pretensiones: Condenar al señor Jorge E. Vargas V. a pagar: (i) Daño emergente: $25.249.200; (ii) Lucro Cesante: $23.000.000 por concepto de cánones dejados de percibir y $4.523.050 de intereses sobre ese monto; (iii) Frutos futuros por los arrendamientos que deje de percibir hasta la entrega del bien; y, (iv) Daños morales 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (Folio 4, cuaderno No.2).
2. La síntesis de la respuesta a la contrademanda

Sin referirse a los hechos, replicó la demanda, pues afirmó que los perjuicios, de existir, debían ser cubiertos por quien se aduce incurrió en falsedad documental, señora Marcela Angarita C. Alegó que el valor prestado sirvió para cancelar otro gravamen y la existencia de un cheque que no fue pagado, pero cuyo importe era para cubrir los intereses (Folios 10-11, cuaderno No.2).

1. El compendio de la sentencia apelada

En la parte resolutoria decidió: (i) Desestimar las pretensiones de ambas demandas, principal y reconvención; (ii) Abstenerse de condenar en costas.

Explicó que el contrato de mutuo se perfecciona con la entrega, que puede ser real o simbólica y, en todo caso, debe acreditarse esa tradición, que aquí por tratarse del mutuo de una suma de dinero, corresponde al traspaso del respectivo monto, probado a través de cualquier medio demostrativo. Ya, en el caso, afirmó que el actor ninguna prueba acercó que indicara la existencia de esa convención, al contrario, se evidencia que el préstamo fue a una persona diferente al demandado, de allí que fueran despachados negativamente los pedimentos de la demanda principal.

Respecto a la de reconvención, aseveró que dejó de probarse que el demandado fuera el responsable de la obligación de restituir el inmueble en buen estado de conservación, luego de levantado el secuestro. Las copias allegadas de esa diligencia, incumplen los requisitos de los artículos 254 y 268, CPC y los demás medios demostrativos, tampoco sirvieron para ese fin. Concluyó que no hay prueba de los daños alegados (Folios 65-69, cuaderno principal).

1. El resumen de la apelación

Recurrió el demandante principal. Dijo que a ninguna duda se remite que el demandado conocía de la hipoteca, empero, es cuestionable: (i) Su desinterés para con el bien, aun cuando se embargó y secuestró en la ejecución hipotecaria y solo apareció en este proceso; al tiempo que: (ii) Giró un cheque por suma igual a la debida por intereses ($6.000.000), el cual fue entregado al actor (Aportado en copia) pero no pudo cobrar por fondos insuficientes. Frente a ese título, en el proceso penal, afirmaron los esposos Espinal-Angarita que era para gastos familiares, aserto que estima muy discutible.

Expuso que el dinero fue utilizado para cubrir otra obligación hipotecaria, que pesaba sobre el inmueble, y contraída en similares circunstancias, la señora Marcela en representación de Javier E.

Debió acogerse el argumento del fallo de que el demandante fue asaltado en su buena intención, pues es indiscutible que el demandado y su esposa obraron, criminalmente, para despojarlo de su dinero. Hubo preclusión de la investigación penal, frente al demandado, pero lo cierto es que en primera instancia se dio resolución de acusación, dados los mencionados indicios; además, esas pesquisas continuaron frente a la señora Marcela Angarita (Folios 72-73, ibídem).

En segunda instancia, insistió en la apatía del señor Javier con el predio y el referido cheque. Agregó que, también, es inexplicable que no se hubiera liquidado la sociedad conyugal de los señores Javier E. y Marcela, pese a estar separados. Se utilizó el inmueble para defraudar al actor (Folios 6-7, cuaderno No.7).

1. la fundamentación jurídica para decidir
	1. La competencia en esta sede. Esta Sala está habilitada para desatar la apelación, según la asignación hecha mediante el Acuerdo PCSJA19-11327 del CSJ, que adoptó medidas de descongestión y redistribución de procesos, civiles y de familia del sistema escritural, que se encontraban pendientes de fallo en el Tribunal Superior de Medellín.
	2. Los presupuestos de validez y eficacia. La demanda es idónea y los sujetos procesales tienen aptitud jurídica suficiente para participar en el proceso. No hay causales invalidantes que afecten el procedimiento.
	3. Los presupuestos materiales. Este examen es oficioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así lo entiende la CSJ[[1]](#footnote-1), en criterio que acoge sin reparos este Tribunal[[2]](#footnote-2). Cuestión bien diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. La legitimación es presupuesto para examinar las pretensiones en el fondo, es decir, emitir un fallo de mérito[[3]](#footnote-3).

Ahora, en orden metodológico se impone definir primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción, para luego constatar quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se puede determinar la legitimación sustancial de los extremos procesales. Se anticipa que en este caso está cumplida, tal como enseguida se explica.

Aspira la parte demandante a que se declare la existencia de un contrato de mutuo a su favor y a cargo del demandado. Hay legitimación por activa porque el señor Jorge E. Vargas V. es quien aduce haber entregado la suma de dinero que ha sido desconocida. Por su parte, el demandado, Javier E. Espinal A., también está legitimado, es quien se dice recibió el mutuo y se niega a cubrirlo.

* 1. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria, según esgrime la apelación de la parte actora?
	2. La resolución del problema jurídico

Concretados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 357 del CPC, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos puntos censurados.

* 1. El análisis del caso concreto

La apelación, de manera general, plantea que la decisión recurrida dejó de valorar aspectos que, en su criterio, contribuyen a demostrar la existencia del contrato de mutuo, empero, para esta Sala, tales discernimientos son insuficientes para alterar la determinación adoptada por esa sentencia.

Empiécese por decir que, fracasa la alzada por incongruente, frente a: (i) El desinterés del demandado en el bien, durante el proceso ejecutivo; y, (ii) Lo inexplicable que es que el demandado y su pareja hayan omitido liquidar la sociedad conyugal, cuando adujeron estar separados.

La congruencia o cuadro de la instancia, aparecía regulada en el CPC (Estatuto aplicable al asunto), en el artículo 305, que disponía “*(…) la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta. (…)”.* Al respecto razona la jurisprudencia de la CSJ (2016)[[4]](#footnote-4):

Tal postura, sin embargo, desconoce el principio establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: (…)

La citada regla se inspira en el respeto a la garantía de debido proceso a las partes e intervinientes en el trámite judicial, quienes encuentran en ella el respaldo de que su controversia será decidida dentro de los límites dentro de los cuales se circunscribió el debate, y respecto de los que pudieron desplegar su actividad, pidiendo pruebas y presentando sus alegaciones.

Un proceder contrario al que dicta la norma supondría un exceso de poder del funcionario judicial, que terminaría, por tal vía, pronunciándose sobre aspectos ajenos a la discusión de los litigantes.

Puestas así las cosas, adviene paladino denotar que la consonancia o congruencia se define en consideración a las postulaciones de las partes en torno a los hechos o *causa petendi* y las pretensiones mismas (*Petitum*), del lado del demandante; y, según la contestación y excepciones de mérito o perentorias, del extremo pasivo.

Descendiendo en autos, sin ambages, los aludidos aspectos son totalmente ajenos al relato fáctico de la demanda. Esa pieza procesal se limitó a referir la forma en que se constituyó la hipoteca, la existencia de la obligación que se demandó y lo acontecido en esa ejecución (Folios 19-20, cuaderno principal). Por su parte, el demandado nunca entendió que se le enrostraban tales cuestiones. Ninguna solicitud o prueba practicada versó sobre ello. Tampoco fueron motivo de valoración en la sentencia. En suma, aunque puede tratarse de circunstancias contingentes, debieron mencionarse desde la formulación del libelo, ser objeto del debate probatorio y no sorprender con esos argumentos en la impugnación a la sentencia.

Idéntica suerte, corren los reparos del apelante, frente a que: (iii) Intentaron pagarle intereses con un cheque que carecía de fondos, aunque, después, explicaron que tenía otro fin; y, (iv) El valor prestado sirvió para pagar otra obligación hipotecaria anterior; pues ambos fracasan, también.

Ello por cuanto, si bien fueron aspectos que se mencionaron en la contestación de la demanda de reconvención (Folios 10-11, cuaderno No.2) y para los que se aportaron copias de la escritura pública No.1385 y cheque No.9425995 (Folios 12-17, cuaderno No.2); lo primero, es que trata de reproducciones simples que incumplen los requisitos de los artículos 254 y 268, CPC. Y lo segundo, es que ese instrumento tiene nota de cancelación, pero en manera alguna aparece constancia de cómo se pagó y frente al título, ninguna mención hay sobre a qué se debió el endoso que se hizo al señor Jorge E. Vargas V., como para acoger la afirmación de que se trataba de intereses. Adicionalmente, frente a este último se pidió librar un oficio, que ni siquiera fue gestionado (Aparece anexó en original y copia al expediente, cuaderno principal).

Pero más allá de eso, como bien lo señaló la primera instancia, el tema a probar en el caso sobre la existencia del contrato de mutuo, es su perfeccionamiento a través de la entrega de la suma mutuada y las dos precitadas situaciones, aunque pueden eventualmente estar relacionadas con lo propuesto en la demanda, carecen de contundencia para evidenciar esa tradición.

Quedan por revisar los cuestionamientos del recurrente, respecto a que: (v) Debió acogerse lo dicho en primera instancia de que el actor fue defraudado por el señor Javier E. y su esposa; y que (vi) Hubo preclusión en el proceso penal, pero sí había indicios y además esa investigación sigue contra la señora Marcela Angarita.

Al respecto, necesario reiterar que tampoco son realidades demostrativas de la entrega del valor mutuado y, en todo caso, esa afirmación se tomó descontextualizada, en momento alguno se aseguró que ese engaño fuera por parte del aquí demandado y, además, la investigación penal que pueda declarar esa especialidad, recae en Marcela Angarita C., no en el señor Javier E. (Folio 63, cuaderno principal).

Finalmente, conviene subrayar que la gestión probatoria de la parte actora fue harto precaria, se limitó a presentar pruebas documentales inútiles para acreditar la entrega del valor mutuado; solicitó la declaración del demandado y aunque este asistió (Folio 1, cuaderno No.4), no así quien pidió su interrogatorio; también, se reitera, pidió oficiar a una entidad bancaria y omitió su diligenciamiento. En suma, la parte demandante desentendió la carga probatoria que en ella recaía, para demostrar los hechos constitutivos de su pretensión, tal como lo recoge el principio general de que: “Quien alega, prueba” (Artículos 1757, CC y 177, CPC).

1. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo apuntado se: **(i)** Confirmará la sentencia apelada; **(ii)** Se condenará en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, por haber fracasado el recurso (Artículo 365-1º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366, CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior, conforme a las reglas transición (Artículo 625-c), CGP). Se hará en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

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

F A L L A,

1. CONFIRMAR la sentencia del 09-06-2011, del Juzgado 16º Civil del Circuito de Medellín, A.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte recurrente y, a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. TS, Pereira, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; (ii) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. SC-1182-2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ. SC14428-2016. [↑](#footnote-ref-4)