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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia -7 de marzo de 2018

Radicación Nro. : 2013-00130

Ejecutante: Yolanda López Vasquez y otro

Ejecutado: Jairo Arvey Rico Duque

Proceso:                 Ejecutivo – Con Pretensión Real

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: EJECUTIVO CON PRETENSIÓN REAL / LITERALIDAD / DISCUSIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO SUBYACENTE / INEXISTENCIA DEL MUTUO DEBE PROBARSE / CARGA PROBATORIA INCUMPLIDA /CONFIRMA / CONCEDE /-** Y es que aunque la literalidad es uno de los elementos generales de los títulos valores, esta no funciona estrictamente respecto de quienes concurrieron a la elaboración de estos, puesto que lo pactado, entre ellos, generalmente va más allá del texto plasmado en el documento y por esa razón, solo entre estos pueden proponerse las excepciones derivadas del negocio jurídico subyacente (Artículo 784-12º, CCo).

(…)

En ese orden de ideas, siempre que se presente identidad entre quienes concurrieron al momento de la creación del título y los protagonistas de la ejecución, será posible aducir una defensa de tal naturaleza, cuya prosperidad radicará, obviamente, en el cumplimiento de la carga demostrativa correspondiente

(…)

Así las cosas, como ya se anticipara las pruebas recaudadas, en forma alguna, logran desvirtuar la literalidad de los títulos y la orden de pago debe quedar a salvo, puesto que el dinero prestado y garantizado por el ejecutado fue entregado a María Elena Cataño, tal como fue convenido. No sobra acotar que reluce la gestión probatoria de la parte ejecutada, harto precaria; se limitó a excepcionar la inexistencia del mutuo, las pruebas testimoniales le fueron negadas y las decretadas de oficio (Señores María Elena y Francisco Javier) fueron desaprovechadas.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de segundo grado - Comercial

 Proceso : Ejecutivo con pretensión real

 Ejecutante : Yolanda López Vásquez y otro

 Ejecutado : Jairo Arvey Rico Duque

 Procedencia : Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira

 Radicación : 2013-00130-01

Temas : Negocio subyacente – Valoración probatoria

Mag. Ponente : Duberney Grisales Herrera

AUDIENCIA PÚBLICA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

En la ciudad de Pereira, Risaralda, hoy siete (07) de marzo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), fecha y hora programadas en auto del 07-02-2018, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 19-12-2016, el Magistrado Duberney Grisales Herrera, se declara constituido en Audiencia Pública, en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, Edder Jimmy Sánchez Calambás y Jaime Alberto Saraza Naranjo, conforme al artículo 327, CGP, en la sede donde habitualmente laboran en el Palacio de Justicia de la ciudad. Compareció el apoderado judicial de la parte XXXX.

1. El resumen de la sentencia apelada

Declaró no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado, ordenó seguir adelante con la ejecución y condenó en costas a la parte pasiva. Encontró que, contrario a lo alegado por el deudor, sí existía un negocio jurídico subyacente al que respondían los títulos valores, con respaldo en el acervo probatorio, tanto documental como testimonial (Folios 187 a 192, cuaderno principal).

1. La síntesis de la apelación

Estima la parte ejecutada que deben prosperar las excepciones de *“Cobro de lo no debido”* e *“Inexistencia del mutuo”* porque quedó probado que los actores no dieron el dinero al ejecutado, sino a María Elena Cataño de Parra y sin mediar autorización de aquel para esa entrega. Insiste que la suscripción de los documentos se dio, pero el mutuo dejó de perfeccionarse (Folios 195 a 197, cuaderno principal).

En la audiencia de sustentación sostuvo (…)

1. la fundamentación jurídica para decidir
	1. La competencia en segundo grado. Hay facultad legal para resolver el litigio al ser superior funcional, del Despacho donde cursó la primera instancia.
	2. Los presupuestos de validez y eficacia. Ningún reparo se advierte, con entidad suficiente para invalidar lo actuado; la demanda es idónea y las partes tienen actitud jurídica para participar en el proceso.
	3. Los presupuestos sustanciales. Están legitimadas ambos extremos de conformidad al título valor acercado con la demanda, por activa, al ser acreedores y tenedores los señores Yolanda López Vásquez y Luis Fernando Cardona Monsalve y por pasiva, el señor Jairo Arvey Rico Duque, al aparecer como titular del derecho de dominio sobre los bienes gravados con hipoteca (Folios 8 a 10 A, cuaderno principal) y también ser la persona obligada a satisfacer la prestación dineraria, pues es el suscriptor de los pagarés (Folios 6 y 7, ibídem).
	4. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar, modificar o confirmar la sentencia estimatoria, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, acorde con los argumentos esgrimidos en la apelación, por la parte ejecutada?
	5. La resolución del problema jurídico planteado

Conviene señalar que la temática de esta alzada, en acatamiento del artículo 328 del CGP, se circunscribe a lo discutido por el recurrente que, como acertadamente lo entendiera el juzgado de conocimiento, se centra en desconocer el mutuo, pues aunque el deudor reconoce la existencia de los títulos y de la garantía real, aduce que nunca recibió el dinero y que ello se demostró; al contrario, la sentencia estimó que el negocio jurídico existió en la forma develada por los ejecutantes.

La cuestión, entonces, debe revisarse a la luz de la negociación subyacente o causal, que no es otra cosa que aquellas razones que dieron lugar a la suscripción de un título valor, las causas que hacen las veces del convenio logrado entre las partes, como cuando a raíz de un contrato de compraventa el comprador gira a favor del vendedor una letra para respaldar el precio pactado.

Y es que aunque la literalidad es uno de los elementos generales de los títulos valores, esta no funciona estrictamente respecto de quienes concurrieron a la elaboración de estos, puesto que lo pactado, entre ellos, generalmente va más allá del texto plasmado en el documento y por esa razón, solo entre estos pueden proponerse las excepciones derivadas del negocio jurídico subyacente (Artículo 784-12º, CCo).

Así lo reconoció la jurisprudencia de la CSJ[[1]](#footnote-1) y lo reiteró posteriormente al citar: *“(…) Es apenas lógico entender el por qué no puede predicarse absolutamente la literalidad entre quienes han sido partícipes del negocio causal o subyacente, determinante de la creación o la emisión del título valor, ya que en este caso no estaría en juego la seguridad en el tráfico jurídico, prevista como razón fundamental para su consagración legal (…)”[[2]](#footnote-2)*.

En ese orden de ideas, siempre que se presente identidad entre quienes concurrieron al momento de la creación del título y los protagonistas de la ejecución, será posible aducir una defensa de tal naturaleza, cuya prosperidad radicará, obviamente, en el cumplimiento de la carga demostrativa correspondiente; en este caso a la parte ejecutada, le compete desvirtuar los términos del título enrostrado, a través de los instrumentos de prueba, ello porque en el ámbito del derecho procesal, no basta alegar, sino que es menester probar, acorde con el imperativo normativo del artículo 177, CPC, salvo los hechos eximidos (Hechos notorios, presumidos y las afirmaciones o negaciones indefinidas – Artículo 176, CPC).

Previo a analizar el acervo probatorio, necesario resaltar que la validez y eficacia de los pagarés exhibidos para el recaudo, está regulada por el Estatuto Mercantil y su autenticidad se presume por disposición expresa de los artículos 793, CCo y 252-5º, inciso 2º, CPC. Son documentos que cumplen con los requisitos generales y especiales, contenidos en los artículos 621 y 709, CCo, son prueba suficiente contra la parte ejecutada, respecto a los derechos crediticios incorporados, hoy reclamados; reúnen los requisitos del artículo 488, CPC, contienen una obligación clara, expresa y exigible de pagar una suma de dinero. La orden de pago librada, goza de plena legalidad.

Ahora en virtud a la literalidad, validez y autenticidad, esos títulos fueron presentados sin que fuera necesario señalar el negocio jurídico causal, luego, al replicar la demanda se cuestionó la existencia del mutuo, porque se alegó falta en la entrega del dinero, y ello dio lugar a que los actores revelaran que el convenio se dio, porque el señor Héctor Alirio Ríos (Comisionista), les presentó a María Elena Cataño de Parra, a quien le hicieron un préstamo por $500.000.000, que fue garantizado con un inmueble suyo pero que estaba en cabeza de su cuñado Jairo Arvey Rico, quien luego de suscribir los títulos y la garantía hipotecaria, autorizó la entrega del dinero a María Elena. Tesis que para esta Sala encuentra respaldo en las pruebas recolectadas, tal como pasará a explicarse.

La valoración probatoria, debe comenzar con las declaraciones de los ejecutantes (Folios 1 a 5, cuaderno No.3), valga decir único material demostrativo acercado por la parte ejecutada, de las que sin ambages puede decirse no son propiamente prueba, ya que con ellas se busca propiciar la confesión (Diferente situación es la regulada por el CGP, que aquí no aplica -Artículo 624, modificatorio del artículo 40, Ley 153 de 1887-); puesto que a nadie le es permitido crearse su propia prueba, tal como lo ha dicho la doctrina jurisprudencial de la CSJ[[3]](#footnote-3), en tesis acogida, también, por el Alto Tribunal Constitucional[[4]](#footnote-4).

Y es que una mirada a los interrogatorios absueltos (Folios 1 a 5, cuaderno No.3), en modo alguno, muestra hechos con carácter adverso a sus intereses o acaso favorecedores a la parte ejecutada, son coincidentes en poner de manifiesto que el dinero efectivamente no se le entregó a Jairo Arvey, mas si a María Elena Cataño de Parra, porque aquel así lo había autorizado, en palabras de Luis Fernando: *“(…) A quién le hizo la entrega de esos quinientos millones. CONTESTÓ. Por permiso verbal del señor Rico a doña María Elena Cataño (…)”*. Sublínea fuera de texto (Folio 1, cuaderno No.3).

Por manera que la apreciación de las declaraciones de los actores, ninguna contribución hace a la hipótesis del recurrente. Incluso, vale mencionar, que en el cuerpo de la rendida por el citado actor, se encuentra que el apoderado judicial del ejecutado, le señaló: *“(…) Usted en este proceso tiene embargadas ocho matrículas inmobiliarias; que comercialmente valen ocho mil millones de pesos. En aras de vender uno o dos predios, de los embargados; u obtener un préstamo bancario para que la señora María Elena Cataño le pague la obligación, podría contar con su colaboración para desembargar y deshipotecar dos o tres de las ocho matrículas inmobiliarias (…)”* (Folio 2, cuaderno No.3). Comentario, por lo menos, llamativo para esta Sala y que, refuerza la afirmación de que los inmuebles gravados aunque aparecen como propiedad del deudor, en realidad son de María Elena y que esa es la razón por la que esta recibió el dinero.

Enseguida obra la atestación de María Elena Cataño de Parra, (Folios 3 a 6, cuaderno No.2), ordenada de oficio y a quien señalan los actores como receptora del dinero dado en mutuo; narró “(*…) ahí hay una hipoteca del señor Jairo Arvey Rico, él estaba haciendo esa hipoteca por que iba hacer unos arreglos en la finca, en un condominio. Pero el señor Arvery Rico nunca recibió ese dinero. Él a los dos días de hacer la hipoteca se fue para los Estados Unidos, no volví a saber de él, nunca en ningún momento Jairo Arvey Rico me autorizó para ese dinero y el señor Luis Fernando esa plata me la prestó a mí y yo la utilicé (…)”*, y más adelante añade: *“(…) y la plata no la recibió él, yo recibí ese dinero, que el señor Luis Fernando me lo prestó a mí (…)”*(Sublíneas fuera de texto).

Luego expuso que Jairo Arvey pidió el préstamo y suscribió la garantía, para hacer unos arreglos en su finca, pero que se fue del país sin recibir el dinero, lo que supo por estar presente, en la Notaría Sexta, el día que se firmó la hipoteca, aunque reconoce que se encontraban en diferentes diligencias, e incluso, en disímiles dependencias. También plantea que ella recibió, sin ningún respaldo, un préstamo por parte de Luis Fernando Cardona, por idéntica suma a la aquí cobrada ($500.000.000) y para la misma época, en la que le sirvió de intermediario Héctor Alirio Ríos Morales. Finalmente, aceptó que firmó el documento visible a folio 169 (Cuaderno principal).

Apreciado este testimonio, si bien reúne las condiciones de existencia y validez, desatiende las pautas valorativas trazadas de antaño (1993[[5]](#footnote-5)) por la jurisprudencia civilista, y vigentes hoy[[6]](#footnote-6), acogidas también por la doctrina, entre otros, el profesor Azula Camacho[[7]](#footnote-7), que exige que las deposiciones sean: (i) responsivas; (ii) exactas; (iii) completas; (iv) expositivas de la ciencia de su dicho; (v) concordantes, esto es, constantes y coherentes consigo mismas; y además, (vi) armónicas con los resultados de otros medios de prueba.

Y se consideran incumplidas, porque en su planteamiento dice haber recibido los $500.000.000 del préstamo, pero luego señala que fue por un mutuo que le hicieron a ella, sin suscribir ningún título o garantía, aunque las circunstancias de tiempo, modo y lugar son idénticas a las relatadas por los actores, lo que da a entender que se trata del mismo dinero. Es imprecisa, carece de detalles, en las razones por las cuales supo que el ejecutado no recibió el dinero. Así que puede afirmarse que es una versión testifical, que aunque responsiva, es inexacta, algunas respuestas suscitan dudas y es incompleta porque pretermitió datos específicos de por qué Jairo se fue del país, sin exigir la entrega del dinero que había garantizado con sus bienes.

Es un relato que además propone una hipótesis bastante improbable, pues, en el curso normal de este tipo de negocios, un acreedor al prestar esa alta suma de dinero, exige algún tipo de garantía y más cuando, como en este caso, es un deudor que acaba de conocer. Cabe reiterar que ella arguye que para su préstamo ni siquiera firmó pagaré, letra o título valor alguno (Folio 4, cuaderno No.2).

Agréguese que la señora María Elena, aceptó que suscribió el documento que da cuenta de las circunstancias del negocio jurídico planteadas por los actores (Folio 169, cuaderno principal), sin embargo, debe resaltarse que omitieron, las partes y también la operadora judicial, cuestionarle directamente sobre su contenido. En suma, de ninguna manera es un medio probatorio que logre convencer de que el mutuo a favor de Jairo Arvey dejó de perfeccionarse, tal como lo dice el recurrente, más bien parece mostrar que ella sí fue quien recibió esa suma de dinero.

De forma similar, debe ser valorada la declaración del señor Francisco Javier Parra Salazar (Folios 7 a 9, cuadernoNo.2), también acopiada de oficio, porque a pesar de ser el esposo de la señora María Elena, e incluso, haber gastado parte del dinero, según lo indicó aquella; su relato aunque espontáneo, resulta inexacto e, incluso, en muchos aspectos los conoce a partir de la información suministrada por su cónyuge, con quien llega a contradecirse, pues aseveró que ella firmó un pagaré por el préstamo que le hicieron. Entonces es un testimonio que carece de eficacia probatoria, por incumplir las reglas valorativas ya citadas, la percepción de muchos de los hechos es indirecta[[8]](#footnote-8) (Testigo de oídas).

Queda por juzgar la deponencia de Héctor Alirio Ríos Morales, igualmente recibida de oficio, quien contó:

… Soy amigo de la señora María Elena Cataño, hace años, extraordinaria señora, comisionista de Pereira, muy conocida, en una conversación que tuvimos hace un año, no recuerdo exactamente, me dijo que estaba necesitando un dinero, que si sabía quién se lo podía facilitar, en una finca en Combia. Yo conocía a Fernando y comenté a María Elena que conocía a un señor y que si quería se lo presentaba, refiriéndome a Fernando. Ellos hablaron y posteriormente me di cuenta de que Fernando le había prestado quinientos millones de pesos en la finca que ella tenía en Combia. (…) PREGUNTADO. La finca a la que usted se refiere es de propiedad de la señora María Elena. CONTESTÓ. Eso es complicado, la verdad yo siempre he sabido que María Elena tiene esa finca, convencido de que esa finca era de ella, por eso yo hice la fuerza de que Fernando le prestara la plata, siempre y cuando hipotecaran la finca para este señor respaldar la plata. PREGUNTADO. Tiene conocimiento usted si el señor Fernando para prestarle el dinero a la señora María Elena, hipotecó siempre la finca que usted ubica en Combia, como de propiedad de ella. CONTESTÓ. Sí, porque Fernando y María Elena me lo comentaron (…) PREGUNTADO. Por qué razón usted consideraba como de propiedad de María Elena, la finca ubicada en Combia. CONTESTÓ. Porque María Elena es una persona muy seria y yo creo en su palabra, varias veces estuvimos en la finca y estaba convencido que la finca era de ella. Cuando uno va a una propiedad de una persona, varias veces, a un asado, y uno ve que la gente la trata como dueña de la finca y al ella decirme necesito hipotecar la finca de Combia, uno sabe que la finca es de ella, hace muchos años la tiene María Elena, yo le aconsejé que vendiera esa finca si tenía problemas de dinero, pero ella vive muy aferrada a su tierra… Resaltado fuera de texto.Folios 9 y 10, cuaderno No.2.

Realizado el examen de rigor, se advierte una narración responsiva, espontánea, explicativa de la forma como conoció los hechos narrados, con respuestas verosímiles en el contexto de lo alegado y circunstanciadas en tiempo, modo y lugar. Sirve también para la debida ponderación que ninguna animadversión se percató en las respuestas como para degradar su credibilidad. Igualmente sus contestaciones fueron concordantes, esto es, constantes en la explicación y es coherente con lo asegurado por los actores y plasmado en el escrito reconocido por la señora María Elena (Folio 169, cuaderno principal).

Así las cosas, como ya se anticipara las pruebas recaudadas, en forma alguna, logran desvirtuar la literalidad de los títulos y la orden de pago debe quedar a salvo, puesto que el dinero prestado y garantizado por el ejecutado fue entregado a María Elena Cataño, tal como fue convenido. No sobra acotar que reluce la gestión probatoria de la parte ejecutada, harto precaria; se limitó a excepcionar la inexistencia del mutuo, las pruebas testimoniales le fueron negadas y las decretadas de oficio (Señores María Elena y Francisco Javier) fueron desaprovechadas.

Se itera, que en este tipo de proceso, queda radicada en cabeza del excepcionante, probar su hipótesis, pues se convierte en actor al alegarla (Artículo 1757, CC). La noción de carga probatoria, en palabras del profesor Azula Camacho[[9]](#footnote-9): *“(…) se considera como una regla de conducta para las partes, por concretarse a observarla mediante la realización de todas aquellas actuaciones necesarias para establecer los hechos que apoyan su derecho en el proceso, sean las pretensiones o excepciones; mientras que para el juzgador es una regla de juicio, por indicarle la forma como le corresponde pronunciarse, concretamente en contra de la parte sobre la cual gravita. ( …)*”.

En los procesos de ejecución, de manera particular destaca el maestro Hernando Devis Echandía[[10]](#footnote-10) que: “*1) La carga de la prueba en los procesos ejecutivos y similares. (…) Al demandado le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de supuestos a las normas legales en que fundamenta sus excepciones. (…).”.* Sublínea de este Despacho. Así las cosas, se impartirá confirmación a la decisión cuestionada.

1. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para desechar la apelación y confirmar la sentencia censurada, al tenor de las motivaciones expuestas, que refuerzan lo dicho en aquella, pues impiden estimar la defensa propuesta. Se condenará en costas en esta instancia, a la parte recurrente, a favor de la parte actora, por haber fracasado en el recurso (Artículo 365-3º-4º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, sin embargo, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior, en seguimiento de la variación hecha por esta Sala[[11]](#footnote-11), fundada en criterio de la CSJ, en reciente decisión[[12]](#footnote-12) de tutela (2017). Se comprende que se hace 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 y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR el fallo fechado el día 19-12-2016 del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, R., dentro del presente proceso.

1. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte ejecutada y a favor de la parte actora. Se liquidarán en primera instancia y las agencias en esta sede, se fijaran en auto posterior.
2. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

Esta decisión queda notificada en estrados. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, a la hora de las XXX, se da por terminada.

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

DGH / DGD / 2018

1. CSJ, Civil. Sentencia del 19-04-1993, MP: García S. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ. Civil. Sentencia del 20-02-2003, MP: Ramírez G., No.2003-00074-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. Civil. Sentencias: (i) Del 25-11-2004, MP: Munar C., No.7246; y (ii) Del 01-11-2011, MP: Díaz R., No.2002-00292-01. [↑](#footnote-ref-3)
4. C-102 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 07-09-1993; MP: Jaramillo S., No.3475. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ, Civil. Sentencia del 04-08-2010; MP: Munar C. [↑](#footnote-ref-6)
7. AZULA C., Jaime. Manual de derecho probatorio, Temis, Santa Fe de Bogotá DC, 1998, p.78 y ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia del 04-12-2006, SC-171, MP:Jaramillo J. [↑](#footnote-ref-8)
9. AZULA C., Jaime. Manual de derecho probatorio, Temis, Santa Fe de Bogotá DC, 1998, p.32. [↑](#footnote-ref-9)
10. DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo II, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.482. [↑](#footnote-ref-10)
11. TS, PEREIRA, Civil-Familia. Sentencia del 23-06-2017, MP: Grisales H., No.2012-00118-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. STC8528 y STC6952-2017. [↑](#footnote-ref-12)