

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Magistrada Ponente

Expediente **41001-31-03-002-2008-00228-03**

Neiva, veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

Aprobada en sesión de dieciseis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por la parte demandante contra la sentencia de 27 de julio de 2018, proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Neiva, en proceso de enriquecimiento sin justa causa del **BANCO POPULAR** contra **EDUARDO ALFONSO TRUJILLO NIÑO y CONSTANZA CABRERA PERDOMO**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA (folios 59 a 62 C.1.)

El BANCO POPULAR formuló demanda ordinaria contra EDUARDO ALFONSO TRUJILLO NIÑO y CONSTANZA CABRERA PERDOMO, pretendiendo se declare la existencia de la obligación crediticia con la entidad financiera, de la que obtuvieron los demandados un enriquecimiento injustificado como consecuencia del desvanecimiento del título valor dentro del proceso ejecutivo, generando un empobrecimiento correlativo al Banco, que asciende a la suma de \$153.720.347 para la fecha de presentación de la demanda; suma que deberá reintegrarse, junto con la indexación e intereses moratorios.

Narró el Banco Popular que celebró con los demandados un contrato de mutuo comercial con interés por valor de \$25.550.000, equivalentes para la época a 1.903.8691 UPAC; pagaderos en el término de quince años, con interés anual del 16% y cuotas mensuales a partir del 29 de septiembre de 1998.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



El crédito se instrumentalizó en el pagaré No. 390-15-00102-5, cuyo fin era la compra de la vivienda ubicada en la Calle 25G No. 2W-17 de la ciudad de Neiva, sobre la que constituyeron hipoteca abierta sin límite de cuantía a favor del Banco, mediante escritura pública No. 453 de 4 de marzo de 1997 protocolizada en la Notaría Quinta del Círculo de Neiva, que se registró en el folio de matrícula inmobiliaria No. 200-123166 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad.

En virtud del incumplimiento en el pago de la obligación, el Banco promovió proceso ejecutivo con título hipotecario que conoció el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, aplicando la cláusula aceleratoria; los ejecutados formularon la excepción «*[l]lenado abusivo de los espacios en Blanco del pagaré y/o falta de autorización o de instrucciones para llenar los espacios en blanco del pagaré presentado como título ejecutivo*», la cual fue acogida por el *a quo* y una vez impugnada por la parte actora, esta Corporación la confirmó en sentencia de 24 de julio de 2008.

Aprovechando tal decisión, los demandados se sustrajeron de continuar cancelando la obligación, generando en estos un enriquecimiento injustificado, pues no pagaron el crédito hipotecario que para la fecha de la presentación de la demanda asciende a la suma de \$153.720.347, y correlativamente un empobrecimiento a la entidad Bancaria, quien carece de los instrumentos jurídicos para lograr el pago de la obligación.

LA CONTESTACIÓN

EDUARDO ALFONSO TRUJILLO NIÑO (ff. 81 a 83 C.1): se opuso a las pretensiones de la demanda indicando como excepciones de mérito «*inexistencia de la obligación a cargo de los demandados por falta de autorización de éstos para realizar el pago a su nombre*».

Reiteró los argumentos del proceso ejecutivo en cuanto el llenado abusivo del título valor sin carta de instrucciones y aclaró que el contrato de

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



mutuo carece de perfeccionamiento, pues no existe acta de entrega de la vivienda, y en consecuencia, es improcedente el suministro del dinero de la entidad Bancaria a la constructora, quien abandonó el proyecto.

Afirmó que entre el año 1999 y 2000 realizó las reparaciones locativas al inmueble para poder habitarlo, sin embargo, ello no es suficiente para dar validez al contrato de mutuo, quien carece del instrumento para autorizar el pago a terceros.

CONSTANZA CABRERA PERDOMO (ff. 157-171 C.1): se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que jamás se ha aprovechado del inmueble, incluso, nunca firmó el acta de entrega para perfeccionar el contrato de mutuo. En cuanto la hipoteca precisó que, es un contrato accesorio que sigue la suerte de la obligación principal, la cual decayó dentro del proceso ejecutivo que conoció el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva. Propuso las excepciones de mérito que denominó *«INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR POR PARTE DE MI PODERDANTE CONSTANZA CABRERA PERDOMO» «DEUDA QUE REFIERE LA DEMANDADA ORIGINA UNILATERALMNETE POR EL BANCO ES ILEGAL E INCONSTITUCIONAL REFLEJA LA MARCA POSICIÓN DOMINANTE DEL ACTOR»*.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 27 de julio de 2018, el Juez Segundo Civil del Circuito de Neiva denegó las pretensiones por falta de legitimación en la causa por activa; realizó la interpretación de la demanda y concluyó que las pretensiones giran en torno al reintegro de las sumas de dinero bajo el amparo de la figura de enriquecimiento sin causa, que refiere el artículo 831 del Código de Comercio; ello fundado en el fracaso de la acción ejecutiva que se llevó a cabo en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, confirmada por esta Corporación.

Aclaró que no corresponde el análisis al enriquecimiento cambiario, pues el decaimiento de la acción ejecutiva no tuvo como origen el fenómeno de la prescripción o caducidad, sino por el contrario, su frustración devino de la ausencia de instrucciones de los suscriptores para el llenado del pagaré.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Citó las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, SC de 4 de abril de 2013 radicado. 2008-00348-01 y SC de 26 de enero de 2017 radicado 2016-00650-01, subrayando *«para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso, el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. [É]l debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia»*; concluyendo que la frustración de la acción ejecutiva lo fue en virtud de su negligencia, por carecer de las instrucciones para diligenciar el título valor en blanco, perdiendo por su culpa la herramienta jurídica que tenía para recuperar su patrimonio, y en consecuencia, careciendo de legitimación para la acción de enriquecimiento sin justa causa.

EL RECURSO

Inconforme la parte demandante controvertió la decisión, y de conformidad con los términos del Decreto Legislativo 806 de 2020, acogidos por la Sala en sesión extraordinaria de 11 de junio del mismo año, presentó sustentación escrita bajo los siguientes argumentos, que también fueron expuestos en los reparos de instancia.

- Atacó la declaratoria de ausencia de legitimación en la causa por activa, advirtiendo que no fue propuesta por la parte pasiva como excepción, encontrándose vedado el Juez de conocimiento para su análisis.
- Existe una errónea interpretación de las pretensiones de la demanda, pues en los presupuestos fácticos no se indicó la existencia de caducidad o prescripción para ser procedente el enriquecimiento cambiario previsto en el artículo 882 del Código de Comercio; sino que se pretende en el *sub lite* el enriquecimiento sin justa causa común del artículo 831 ibídem, pues el decaimiento de la acción ejecutiva lo fue por el diligenciamiento de los espacios en blanco del pagaré sin carta de instrucciones, encontrándose legitimada por carecer de acción judicial para la recuperación de su patrimonio, generándole un empobrecimiento a la entidad bancaria y un

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



correlativo enriquecimiento injustificado a los demandados, por el no pago del crédito hipotecario.

- No existe pronunciamiento de todas las excepciones de la demanda.

La parte demandada en término, presentó replica de los argumentos esbozados por la recurrente, reiterando sus posiciones iniciales y lo referido por el *a quo*.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Teniendo en cuenta los fundamentos de la impugnación, el objeto de estudio se centrará en determinar 1) la procedencia para analizar la legitimación en la causa sin existir controversia sobre tal tópico planteada en la demanda o su contestación; y 2) si se reúnen los presupuestos sustanciales para dar aplicación de la figura jurídica de enriquecimiento sin justa causa, planteado por la entidad Bancaria en contra de los deudores demandados, ante la imposibilidad jurídica de hacer efectivo el cobro compulsivo.

Respuesta al problema jurídico

Desde ya se advierte que los reparos formulados no están llamados a tener acogida, habida cuenta que no existe el presupuesto axiológico de legitimación para promover el enriquecimiento sin causa, contemplado en el artículo 831 del Estatuto Comercial, como pasa a verse.

Sobre la legitimación en la causa, recuerda la Sala a la recurrente que es un presupuesto sustancial de cualquier acción que se promueva, y debe ser analizado por el Juez de conocimiento para proferir sentencia de mérito, independientemente de si se indicó como excepción. Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC 2768 de 25 de julio de 2019, en relación con esta controversia explicó:

«En reiteradas oportunidades ha dicho la Corte que la legitimación en causa,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



esto es, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (...), es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad.

Por tal motivo, el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular...» CSJ SC de 1° de jul. de 2008, Rad. 2001-06291-01

De acuerdo con esto, en los juicios civiles es presupuesto de la acción (pretensión) que se acredite fehacientemente la legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, cuya ausencia podrá ser reclamada por el demandado, a través de las excepciones previas, con el propósito de evitar el desgaste innecesario de la jurisdicción y garantizar que el asunto se controvierta entre los sujetos que sustancialmente están llamados a debatir el derecho de que se trate.

Sin embargo, esa facultad que se reconoce al extremo pasivo para que confute la eventual ausencia de legitimación en causa, ora por activa o por pasiva, no es óbice para que en los eventos en que éste no formule reparo alguno al respecto pueda el juzgador al momento de proferir sentencia, o en cualquier etapa del proceso en que considere acreditada su ausencia, adoptar la decisión que conforme a esto corresponda, que no será otra que la desestimación de las pretensiones, sin necesidad de otro escrutinio».

De lo anterior puede concluirse la errada apreciación de la recurrente, pues independientemente de proponerse o no la falta de legitimación como excepción, es un presupuesto que debe analizar el *a quo*, máxime cuando el artículo 282 del Código General del proceso así lo permite, «cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia», excepto en tratándose de prescripción, compensación y nulidad relativa, que no son objeto de disputa.

Ahora, en cuanto la incorrecta interpretación de la demanda, considerando la demandante que ejerció la acción de enriquecimiento sin justa causa que previene el artículo 831 del Código de Comercio, y no el enriquecimiento cambiario del artículo 882 ibídem, advirtiendo que los presupuestos fácticos que impidieron la ejecución del título valor provienen de la ausencia de las instrucciones para el llenado de los espacios en blanco de éste, y no, de la prescripción o caducidad para la prosperidad de la *actio in rem verso* cambiaria; la Sala debe concluir nuevamente que es desacertado tal reparo, pues de la lectura de la sentencia de primera instancia no se evidencia

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



tal error interpretativo, y por el contrario, se observa que a unísono se analizó la pretensión con fundamento en la acción de enriquecimiento común pretendida; así se extrae:

«De lo expresado en el libelo introductor y la posición asumida por el demandante en el transcurso del proceso, refulge que es la pretensión de restablecimiento de patrimonios fijada por el despacho, el verdadero y único designio querido por el demandante, si se tiene en cuenta que la única institución enunciada en el acápite de peticiones como tuitiva de las demás solicitudes de reconocimiento y condena, fue la de enriquecimiento sin justa causa; que la misma se fundó, según el soporte fáctico, en el fracaso de la acción ejecutiva de acuerdo a lo resuelto por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva y la Honorable Sala Civil Familia del Tribunal Superior de este distrito judicial; (...).

*Sobre este último tópico, precisese al margen de lo desenfocado que resulta la invocación que el demandante hizo en los alegatos de conclusión, respecto del enriquecimiento sin justa causa cambiaria definido en el artículo 882 citado, pues ningún enunciado fáctico aludió en torno a la prescripción o caducidad, ni en ese acto procesal ni en los hechos de la demanda, lo cierto es que la indebida calificación normativa dada no desdice lo pretendido, esto es que su conflicto se solucione por la vía del **enriquecimiento sin causa** (...) establecida en el artículo 831 del Estatuto Comercial que a su tenor expresa “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, previsión análoga a la del código civil y que en suma guiará la solución del problema jurídico formulado»*

De la anterior lectura refulge que el análisis del presente asunto corresponde a la acción de enriquecimiento común prevista en el artículo 831 del Estatuto Comercial, y no, en el artículo 882 ibídem de «enriquecimiento cambiario»; como de forma acertada lo indicó la parte actora y el *a quo*, pues las circunstancias fácticas que derrotaron el título valor en el proceso ejecutivo, ocurrieron por razones disimiles a la de prescripción o caducidad, que contempla esta última norma para la procedencia de este tipo especial enriquecimiento. Así lo enseñó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de diciembre de 2009, expediente No. 25899-3103-002-2005-00267-01, «Dicho mecanismo [enriquecimiento cambiario], (...) puede ejercerse cuando el empobrecimiento de un acreedor tiene origen en el decaimiento, **por prescripción o por caducidad**, de la acción cartular reconocida a dichos instrumentos negociales [títulos valores]»; siendo especialísima y exclusiva para estos dos eventos, que se descartan del aquí analizado.

Así entonces, acertado es que la norma que guía el presente asunto debe ser la del régimen genérico del enriquecimiento previsto en el artículo 831 del

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Código de Comercio, pues el decaimiento del título valor lo fue por la prosperidad de la excepción «[l]lenado abusivo de los espacios en Blanco del pagaré y/o falta de autorización o de instrucciones para llenar los espacios en blanco del pagaré presentado como título ejecutivo», sin contar con otro mecanismo para lograr su cobro.

La institución jurídica del enriquecimiento sin justa causa descansa en la justicia conmutativa que impone a voces del artículo 831 ibídem, un reintegro de lo que se ha recibido de otro sin existir un fundamento jurídico legítimo «[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro»; acción análoga a la existente en el régimen civil y que subyace del imperativo moral y bajo los principios de justicia y equidad, de no patrocinar el acrecimiento económico de un sujeto a expensas de otro, teniendo cabida solo sí, se acredita un envilecimiento patrimonial del demandante, nacido del enriquecimiento injustificado del demandado y careciendo el demandante de cualquier otra acción originada por las fuentes legales para recuperar su bien, por cuanto la acción *in rem verso* tiene carácter subsidiario.

Sobre los elementos constitutivos de esta acción, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente: 05360-31-03-001-2003-00164-01, explicó los cinco elementos que deben concurrir para su éxito, a saber:

«1) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

«2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

«Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación hecha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

«El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

«3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

«4) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

«Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

«5) La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley” (G. J. T. XLIV, págs. 474 y 474.).

Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades como dan cuenta, entre otras, la Gacetas Judiciales XLVIII Pág. 130, L Pág. 40 y LXXXI Pág. 731; y en el mismo sentido pero especialmente en torno al carácter subsidiario de la acción, más recientemente en la sentencia No. 124 de 10 de diciembre de 1999 y en la sentencia de 28 de agosto de 2001, expediente 6673” (Sent. de Cas. de 7 de Junio de 2002, Exp. No. 7360)».

En cuanto al cuarto de los requisitos que echo a traste esta acción por legitimidad, la misma Sala de Casación en sentencia de 19 de diciembre de 2012, expediente No. 54001-31-03-006-1999-00280-01, indicó:

«...la... pretensión planteada en el recurso extraordinario relativa al enriquecimiento sin causa, tal y como ha sido estructurada por la jurisprudencia nacional e internacional, reclama como uno de sus elementos definitorios e integradores, «que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El deberá sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia», doctrina ésta que no hace más que reiterar el anunciado carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa -o injustificado-, (...) como se acotó, en el que se tiene establecido que la acción en comento es un típico «remedio supletorio», a fuer de «extraordinario» y, en modo alguno, una vía paralela encaminada a suplir -o a subvertir- los recursos y los procedimientos fijados con antelación por el ordenamiento

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



*jurídico. **Y mucho menos un camino expedito para corregir los errores o las omisiones en que incurrió el demandante con antelación, pues como lo realizó esta corporación hace un apreciable número de lustros, "...carece igualmente de la acción el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho"*** (Sent. de Cas. del 1º de noviembre de 1918)».

Y precisó la Corte en sentencia de 7 de octubre de 2009 citada líneas atrás: «(...) son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, **no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionada** (Sent. de Cas. de 21 de mayo de 2002, Exp. No. 7061)» ello entiende la Sala, que no haya tenido medio legal para lograr el equilibrio económico resquebrajado.

Del *sub judice* acertado es que la parte actora carece de acción diversa para remediar el desequilibrio económico, sin embargo, no puede desconocer la Sala que la razón por la cual la entidad Bancaria perdió tal acción ejecutiva, fue por su negligencia en la elaboración y acreditación de la carta de instrucciones para llenar los espacios en blanco del título valor, conociendo tal exigencia como profesional de la banca y siendo una de los requerimientos del organismo que lo vigila; así lo explicó esta Corporación al resolver el recurso de apelación de la acción ejecutiva:

«(...) El primer interrogante lo responde la Sala afirmando que no puede ser otro que la entidad bancaria por diferentes razones. Es el sujeto cuya facilidad y manejo en esta clase de operaciones hace que los ojos se postren sobre su responsabilidad, pues a quien le queda más fácil probar el hecho, además de atribuírsele esa obligación por la entidad que vigila su funcionamiento, amén de ser un requisito previo para el otorgamiento de cualquier crédito, y de la usanza como dejó expuesto. La Superintendencia Bancaria expresó que: "Es importante anotar, que los títulos valores con espacios en blanco, deben ser llenados "conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado", lo que implica que es necesario que existan tales instrucciones de llenado, de lo contrario no sería dable llenar los espacios en blanco de un título valor.

Respecto a documento de instrucción de llenado de un título valor con espacios en blanco, la superintendencia bancaria, hoy superintendencia financiera, ha expresado que el documento de instrucciones debe constar en documentos independientes que deben ser transmitidos al negociar el título valor. Dice la superintendencia que el documento como mínimo debe contener 1). Clase de título valor. 2). Identificación plena del título sobre el cual se refieren las instrucciones. 3) Elementos generales y particulares del título. 4) Eventos y Circunstancias que facultan al tenedor del título valor para llenarlo.

(...)

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



(...) para la Sala es claro que las eventuales obligaciones representadas en títulos valores con espacios en blanco, que no podrán ser diligenciados hasta tanto no se determinen las instrucciones del creador del instrumento, no puede registrarse, procesarse y divulgarse en las centrales de riesgo, si se considera que no proporcionan certeza sobre los hábitos de pago de los presuntos deudores, y en consecuencia, distorsionan la información cierta, total, completa, suficiente, útil y necesaria que las actividades financiera, bursátil y aseguradora demandan para desarrollar sus objetivos, en un clima de seguridad y confianza». (Sentencia de 24 de julio de 2008 – Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, Exp. 41001-22-14-003-1999-00498-01)

Con lo expuesto se extrae que la pérdida de la acción ejecutiva prevista por el legislador para hacer efectivo el cobro del contrato de mutuo materializado a través del pagaré, ocurrió en virtud de no probar la entidad Bancaria la existencia de las instrucciones para llenar los espacios en blanco del título valor, máxime cuando la Superintendencia Financiera así lo dispuso, en consonancia con lo referido en el artículo 622 del Código de Comercio. Situación que pone en evidencia que no es que la demandante no tenga a su disposición herramientas jurídicas para lograr el equilibrio, sino por el contrario, que por su falta gravísima la perdió. Máxime cuando la situación que se echa de menos para lograr el cobro ejecutivo ocurrió por una negligencia profesional en esta operación financiera, de la que se exigía carta de instrucciones.

Su actuar es más reprochable como institución financiera por su posición social y económica, que le exige en un mayor grado de diligencia y profesionalismo en la actividad que desarrolla en el caso de créditos hipotecarios, como el aquí analizado, es habitual, masivo y lucrativo, y requiere de una organización y conocimiento experto para ejecutarla, generando las consecuencias que ahora lo tienen en esta acción; aún más, teniendo en cuenta que la entidad bancaria, en principio, es quien tiene una posición dominante en la relación y los clientes por el contrario constituyen la débil.

Valga la pena traer lo reseñado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC 1697 de 14 de mayo de 2019, en la que definió las operaciones bancarias *«como aquellas que desarrollan los bancos de **manera profesional** con sus clientes, (...) y que han sido clasificadas, entre otras formas y para lo que interesa a este asunto, como activas y pasivas, dependiendo de*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



*si con ellas los bancos colocan o captan recursos, o neutras. Mediante las Operaciones Activas el banco concede a sus clientes sumas dinerarias o disponibilidad para obtenerlas, a través de distintas modalidades y condiciones (**préstamos**, descuentos, anticipo, apertura de créditos, crédito documentado, arrendamiento financiero (leasing), factoring, etc. **con o sin garantías**), obteniendo la entidad el derecho a su restitución no simultánea, **sino en la forma, plazo y condiciones pactadas**».*

Evidenciándose entonces la entidad como profesional en la operación realizada con los demandados, misma que al desatender sin justificación la carga que le correspondía de diligenciar en debida forma el título valor en blanco, con la carta de instrucciones que permitiera hacer valido su cobro jurisdiccional, herramienta legal dispuesta para tal fin, pero que por las falencias que encontró el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva y que fueron confirmadas por esta Corporación, no prosperaron.

Así entonces, se observa que el desequilibrio económico sufrido por la entidad bancaria ocurrió por su negligencia en el trámite contractual del mutuo materializado en el pagaré en blanco sin carta de instrucciones que derivó las consecuencias que ahora impiden su cobro; y que si bien carece de otra herramienta jurídica para lograr el equilibrio económico que echa de menos, fue por su propia culpa y negligencia la pérdida de la acción que previo el legislador para su recaudo, sin que la figura de enriquecimiento sin causa planteada sea el mecanismo para corregir el yerro que data de 1997, época de la suscripción del título valor; esta acción no puede ser permisiva, pues ello supondría un quebrando a la seguridad jurídica que debe primar en el ordenamiento normativo.

Por ello, el legislador amparó tal negligencia en favor del acreedor a fin de salvaguardar su patrimonio en razón del enriquecimiento injustificado del deudor, en dos situaciones, prescripción o caducidad del título valor, según lo dispone el inciso final del artículo 882 del Estatuto Comercial; situación que como se dijo líneas atrás, no fue la que provocó el decaimiento de la acción ejecutiva.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Así entonces considera la Sala acertada la conclusión a que arribo el *a quo*, y de la que incluso superada la misma legitimidad, tampoco se halla la carga probatoria que se exige para estos asunto, pues el título valor y la escritura pública de hipoteca no son suficientes para evidenciar el enriquecimiento del demandado correlativo al empobrecimiento del demandante, sino por el contrario solo evidencian la existencia de una obligación dineraria a favor de la institución financiera y a cargo de los demandados, que no tiene la eficacia para alcanzar el resultado pretendido. Al respecto véase la sentencia SC 11504 de 28 de agosto de 2015¹; tampoco se observa prueba que acredite el empobrecimiento de la entidad financiera, como requisito *sine qua non* para el éxito de la acción *in rem verso* y sin que sea esta una extensión de la acción cambiaria; dichas pruebas podrán eventualmente declarar el contrato y sus obligaciones, máxime cuando existe discusión en su perfeccionamiento, empero ello también deriva el caimiento de esta acción por subsidiaridad.

Así las cosas, no existen argumento para variar la decisión dispuesta por el *a quo*, la que deberá confirmarse.

COSTAS

Teniendo en cuenta el resultado adverso del recurso de apelación, se impondrán costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, a prorrata.

DECISIÓN

¹ «si bien existe amplia libertad probatoria para la comprobación de esos requisitos sustanciales, dicha carga no se satisface con la mera exhibición del instrumento impagado (G.J. t. CCXXV, pág. 763, y sentencia de 25 de octubre de 2000, exp. 5744, no publicada aun oficialmente), pues su aducción, ciertamente, informa de los aspectos cambiarios específicos que emanan del documento, mas no del perjuicio reclamado, a raíz de un supuesto desequilibrio patrimonial» (CSJ SC, 6 Abr. 2005, Rad. 1997-01955-01; en el mismo sentido CSJ SC, 26 Jun. 2007, Rad. 2002-00046-01; CSJ SC, 13 Oct. 2009, Rad. 2004-00605-01; CSJ SC, 18 Dic. 2009, Rad. 2005-00267-01; CSJ SC, 14 Dic. 2011, Rad. 2008-00422-01).

La razón de lo anterior reside en que en este tipo de proceso no se busca reactivar la acción cambiaria en aras de obtener el pago del importe del título valor; sino que se pretende verificar «la medida y proporción en que se empobreció el demandante y, correlativamente, se aprovechó el demandado», por lo que al actor, conforme a lo previsto en el artículo 177 procedimental, le corresponde «probar fehacientemente que de manera cierta y real, que no simplemente conjetural o eventual, hubo desplazamiento económico...».

De ahí que se ha considerado que el instrumento cambiario «es necesario pero no suficiente para documentar los elementos propios de la acción *in rem verso*, desde luego que «...la mera exhibición o incorporación a la demanda como anexo del título valor decaído o degradado no es suficiente para dar por comprobado el requisito atinente al empobrecimiento de quien reclama y el agrandamiento del patrimonio de la parte convocada a responder» (SC-066 de 26 de junio de 2007, exp. 2002-00046-01), entre otras razones porque «...no siempre que se suscribe un título valor media un negocio jurídico oneroso, toda vez que pueden celebrarse otros donde impere la gratuidad...» (CSJ SC-054, 6 Abr. 2005, Rad. 1997-1955-01; CSJ SC, 13 Oct. 2009, Rad. 2004-00605-01).

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2018, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a las parte demandante, en favor de la demandada, a prorrata.

TERCERO.- DEVOLVER, ejecutoriada esta decisión, el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Luz Dary Ortega Ortiz'.

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Gilma Leticia Rarada Pulido'.

GILMA LETICIA RARADA PULIDO

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Enasheilla Polanía Gómez'.

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ