



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA**

Magistrada Ponente	DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACON
Radicado	19001-31-03-002-2019-00048-01
Proceso	Ejecutivo HIPOTECARIO
Demandante	SALVADOR CHAVES SOLANO como cesionario de la señora LAURA MARIA CHAVES VARGAS¹
Demandado	RICARDO ALBERTO CABRERA MONCAYO²
Asunto	Confirma la sentencia apelada, no acreditado que se trata de un acto mercantil, no son aplicables las sanciones del art. 884 del C. de Comercio, y el art. 72 de la Ley 45 de 1990.

Popayán, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

(Proyecto discutido y aprobado en sesión de Sala del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021). **Acta No. 004**)

ASUNTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del ejecutado, contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán - Cauca, dentro del asunto de la referencia. Lo anterior, una vez agotado el trámite previsto en el Decreto 806 de 2020 en materia del recurso de apelación contra sentencias³.

ANTECEDENTES

La demanda

El señor SALVADOR CHAVES SOLANO y LAURA MARIA CHAVES VARGAS, presentaron demanda ejecutiva hipotecaria contra RICARDO ALBERTO CABRERA MONCAYO, reclamando el pago de las siguientes sumas: **a)** \$120'000.000 m/cte, con sus intereses de mora a la tasa máxima que certifique la Superintendencia Financiera desde el 16 de marzo de 2019 hasta cuando se verifique el pago total de la obligación, y **b)** \$50'000.000 m/cte, con sus intereses de mora a la tasa máxima que certifique la Superintendencia Financiera desde el 16 de marzo de 2019 hasta el día del pago total de la obligación.

¹ Por conducto de apoderado: Dr. CAMILO EDUARDO CHAVES VARGAS – Correo electrónico: camilo8chs@gmail.com - Celular: 301 650 0754

² Apoderado: NESTOR JAVIER SARRIA ORDOÑEZ – Correo electrónico: abogadomasc07@gmail.com

³ Por auto del 28 de septiembre de 2020, se corrió traslado al apelante (ejecutado), para sustentar el recurso por escrito, y mediante proveído del 8 de octubre de 2020, se corrió traslado a la parte contraria (ejecutante) del escrito de sustentación del recurso de apelación.

Las pretensiones se apoyan en los siguientes hechos: Que RICARDO ALBERTO CABRERA MONCAYO mediante la escritura No. 039 del 18 de enero de 2018 otorgada en la Notaria Primera de Popayán, se constituyó deudor de SALVADOR CHAVES SOLANO y LAURA MARIA CHAVES VARGAS, en la siguiente forma: Por la suma de \$120'000.000 m/cte en favor de SALVADOR CHAVES, pagadera en un plazo de 6 meses, prorrogables, y la suma de \$50'000.000 m/cte en favor de LAURA MARIA, pagadera en un plazo de 6 meses, prorrogables, siendo la fecha de vencimiento de la obligación el 18 de julio de 2018. Que para garantizar el cumplimiento de la acreencia se constituyó hipoteca de primer grado sobre el lote de terreno identificado con la M.I. No. 120-58258.

Agregan, que de común acuerdo los acreedores acordaron con el deudor prorrogar el plazo inicial hasta el 15 de marzo de 2019, según consta en documento privado; que en este orden, las obligaciones son clara, expresas y actualmente exigibles, y el deudor ha incumplido con el pago del capital.

Trámite procesal

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, mediante auto del 4 de abril de 2019, libró mandamiento de pago en contra de RICARDO ALBERTO CABRERA MONCAYO, en la forma solicitada⁴; proveído notificado por conducta concluyente al demandado, quienes a través de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda.

Por auto del 12 de junio de 2019, a petición de las partes, se decretó la suspensión del proceso desde la fecha de dicho proveído hasta el 12 de septiembre de 2019⁵, pero ante el incumplimiento del ejecutado, por proveído del 16 de septiembre de 2019 se dispuso reanudar el trámite del mismo⁶. El 27 de julio de 2020, el Juzgado puso en conocimiento del demandado la cesión de derechos efectuada por LAURA MARIA CHAVES en favor de SALVADOR CHAVES, concediendo al demandado un término de cinco (5) días para que acepte expresamente la cesión de derechos⁷, sin que éste último haya efectuado ninguna manifestación.

⁴ Folios 27 a 28

⁵ Folio 39

⁶ Folio 42

⁷ Expediente digital

Finalmente, se convocó a audiencia para el 21 de agosto de 2020, en la que se dicta sentencia.

Contestación de la demanda

El demandado frente a los hechos replicó: Que las obligaciones contenidas en la escritura No.039 del 18 de enero de 2018 *“han sido pagadas parcialmente”* por el señor RICARDO ALBERTO, a quien se le cobrado intereses de plazo al 2.5% mensual, superando el límite establecido por la Ley, lo que da lugar a las sanciones previstas en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 y el art. 884 del C. de Comercio, *“consistente en una suma equivalente al duplo de los intereses cobrados en exceso, la que deberá imputarse al capital adeudado”*; que según consta en los recibos de pago anexos, el deudor ha cancelado la suma de \$84'500.000 por concepto de intereses de plazo desde el 18 de enero de 2018 hasta el 12 de junio de 2019, pues en ésta última fecha se pagó a los ejecutantes \$20'000.000 m/cte como abono a la obligación contenida en la escritura pública.

Como excepciones de mérito, formuló las siguientes:

a) *“Cobro de intereses excediendo los límites legalmente permitidos, todo lo cual da lugar a la pérdida de todos los intereses de plazo y mora, a la devolución de las sumas cobradas en exceso dobladas y a la consecuente compensación”*, refiere, que se incumplió con lo previsto en el artículo 884 del C. de Comercio, al haber cobrado intereses superiores al Bancario Corriente y de forma anticipada en algunos períodos [febrero a abril y mayo a julio], razón por la que los acreedores deberán perder todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 de la Ley 45 de 1990.

Agrega, que aun cuando se pactó el pago de intereses a la tasa máxima permitida por la Ley, se evidencia que los intereses de plazo fueron cobrados al 2.5%, debiendo el acreedor explicar por qué los mayores valores cobrados al ejecutado, sobrepasando los límites de las tasas de usura, lo que da lugar a la aplicación de las sanciones antes enunciadas, debiendo compensarse tales sanciones con el saldo insoluto de la obligación demandada.

b) *“Pago parcial de las obligaciones demandadas, que genera un cobro de lo no debido”*, arguyendo, que el pago realizado el 12 de junio de 2019 por valor de \$20'000.000 m/cte como abono a la obligación contenida en la escritura No. 039 del 18 de enero de 2018, debe imputarse al momento de efectuarse la liquidación del crédito.

c) “Excepción innominada”, debiendo declararse cualquier excepción que resulte probada.

Traslado de las excepciones

Mediante auto del 9 de octubre de 2019 se corrió traslado de las excepciones a la parte ejecutante⁸, quien se opuso a la prosperidad de las mismas, arguyendo, que la parte demandada no acreditó el pago de dichas sumas, pues una cosa es la expedición y entrega del cheque, y otra su pago efectivo; que el pago realizado en el curso del proceso constituye un abono, que fue reportado en su oportunidad ante el Juzgado; que los \$5´000.000 m/cte que el señor RICARDO CABRERA la prestó a SALVADOR CHAVES no tiene incidencia en el presente asunto, siendo un negocio realizado al margen de la hipoteca, que ya se encuentra resuelto y liquidado. Aunado, que la señora LAURA MARIA cedió los derechos que tenía en la escritura No. 039 del 18 de enero de 2018, al señor SALVADOR CHAVES.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, en sentencia del 21 de agosto de 2020, declaró no probada la excepción de “*pago parcial de las obligaciones demandadas, que generan un cobro de lo no debido*”, y declaró probada parcialmente, la excepción de “*cobro de intereses excediendo los límites legalmente permitidos, todo lo cual da lugar a la pérdida de todos los intereses de plazo y mora, a la devolución de las sumas cobradas en exceso dobladas, y a la consecuente compensación*”, pero sólo en el aparte relativo a “*cobro de intereses excediendo los límites legalmente permitidos*”, por lo que al momento de efectuarse la liquidación del crédito los pagos por conceptos de intereses que excedan la una y media veces el interés corriente bancario, entre el mes de enero de 2018 y abril de 2019, deberán ser imputados a capital. De igual manera, declaró probada “*la excepción de compensación*” por la suma de \$5´000.000 m/cte, extinguiendo la obligación reclamada respecto de los intereses que se fueran causando con posterioridad al 1 de febrero de 2018, pero no al capital, y los pagos realizados luego de la presentación de la demanda por las siguientes sumas: \$20´000.000 reportado el 12/06/2017 y \$70´000.000 reportado el 01/11/2019, serán tenidos como abono al momento de efectuar la liquidación, y se deberán imputar en la forma como lo regula el art. 1653 del C.C. De esta forma, se ordenó seguir adelante con la ejecución de acuerdo al monto de capital e intereses

⁸ Folio 61

indicados en el mandamiento de pago, con “*los ajustes efectuados en la presente providencia*”; ordenar el avalúo y remate del inmueble objeto de la garantía hipotecaria; practicar la liquidación de crédito y costas, y condenar al demandado al pago de las costas del proceso en un 85%.

Lo anterior, luego de considerar el funcionario de primer grado, que se está en presencia de un negocio de naturaleza civil, no concurriendo ningún acto del artículo 20 del C. de Comercio, por lo que no es aplicable el art. 884 del C. de Comercio, ni el art. 72 de la Ley 45 de 1990, dada la aplicación de la legislación civil al asunto de la referencia, concretamente el art. 2231 del C. Civil, estableciendo éste último, el límite para el pago de intereses, verificándose que el demandado pagó intereses por encima de lo permitido, pues el interés cobrado (2.5%) es superior al legalmente autorizado, previéndose como sanción la reducción a dicho límite, y por lo tanto, los pagos por concepto de intereses que excedan lo autorizado, serán aplicados a capital al momento de realizar la liquidación del crédito (art. 1653 C.C.). En este orden, las disposiciones que invocó la parte demandada son propias de la legislación comercial, y por lo tanto, tratándose de un acto de naturaleza civil, la sanción aplicable por el cobro excesivo de intereses será la prevista en el art. 2231 del C. Civil.

En cuanto a la compensación, siendo las dos partes recíprocamente deudoras, dado que el señor SALVADOR es deudor de RICARDO ALBERTO en la suma de \$5'000.000, se efectuará la compensación correspondiente, aplicándose a los intereses que se hicieron exigibles desde el 1 de febrero de 2018, y no a capital. Agregando, que los pagos posteriores a la presentación de la demanda ejecutiva, no constituyen un pago parcial, por lo que ninguna prosperidad encuentra esta excepción, pero si se tendrán como abonos a la obligación [\$20'000.000 y \$70'000.000, que serán considerados al momento de efectuar la liquidación del crédito], condenándose en costas a la parte demandada, en una proporción del 85%.

Fundamentos del recurso

Inconforme con el anterior pronunciamiento, el apoderado del ejecutado, interpuso recurso de apelación, contra el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia, concretamente, al no haberse reconocido la aplicación de las sanciones, indicando como reparos concretos: Que al hacer lectura del num. 3 del artículo 20 del C. de Comercio, es éste el acto de comercio que viene ejerciendo el ejecutante, razón por la que se reclama la compensación y las sanciones que establece el art. 884

del C. de Comercio, y el art. 72 de la Ley 45 de 1990, esto es, la pérdida de los intereses doblados.

Agotado el trámite del Decreto 806 de 2020, el apoderado del demandado, sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

Que la controversia medular estriba en determinar si la sentencia incurrió en yerro al considerar que el contrato de mutuo celebrado entre el acreedor y deudor, consistió en un mutuo civil, y no en un contrato de mutuo comercial, y en consecuencia, no aplicar la sanción por el cobro de intereses superando la tasa máxima legal (art. 884 del C. de Comercio). Agrega, que contrario a lo expresado por el Juez a-quo, el acreedor es un “*prestamista habitual*”, actividad contemplada en el num. 3 del art. 20 del C. de Comercio, y que acepta en el interrogatorio de parte al indicar que presta dinero a conocidos y familiares desde hace varios años, razón por la que se debió dar aplicación a la sanción del art. 884 ibídem., estando probado que el acreedor cobró el pago anticipado de intereses remuneratorios, superando los límites de las tasas permitidas.

Del escrito presentado por la parte ejecutada, **se corrió traslado a la contraparte** (ejecutante), quien replicó: Que el ejecutante es persona mayor de 90 años de edad, que no cuenta con salud ni ánimo para mantener relaciones de tipo comercial o mercantiles, como lo quiere hacer ver el demandado, y es que en ningún momento el demandante aceptó ser prestamista habitual, por el contrario, muy eventualmente realizaba estos negocios con familiares y amigos, según ocurrió con el señor RICARDO CABRERA, con quien mantenía una relación de amistad, y ninguna presunción deriva en el ejercicio de actos de comercio [no estando el demandante inscrito en el registro mercantil, no tiene un establecimiento de comercio, y no se anuncia al público como comerciante por ningún medio]. Que en este orden, el demandado se equivoca al afirmar que la relación con el deudor fue de tipo comercial.

Se entra a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Competencia:

Es competente esta Corporación para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de agosto de 2020, en virtud de lo dispuesto en el

artículo 31 num. 1º del C. G. del Proceso, y no ante la existencia de causal de nulidad capaz de invalidar lo actuado.

2. Problema Jurídico:

Se plantea en ésta oportunidad: (i) Si se está en presencia de un contrato de mutuo civil, o por el contrario, de un acto mercantil, y por lo tanto, si es viable o no la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 884 del C. de Comercio, y el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

3. Análisis del caso concreto:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 422 del C. G. del Proceso, pueden demandarse ejecutivamente “*las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él...*”; título ejecutivo que puede ser simple o complejo, en éste último evento, estará integrado por dos o más documentos que integran la unidad jurídica del título.

En el caso concreto, el señor SALVADOR CHAVES SOLANO [cesionario de los derechos de LAURA MARIA CHAVES], reclama por la vía del proceso ejecutivo hipotecario, de RICARDO ALBERTO CABRERA MONCAYO, el pago de las siguientes sumas de dinero: \$120´000.000 m/cte con sus intereses de mora a la tasa máxima permitida desde el 16 de marzo de 2019 hasta que se verifique el pago total de la obligación, y \$50´000.000 m/cte con intereses de mora a la tasa máxima legal permitida desde el 16 de marzo de 2019 hasta el día de su pago total; obligación contenida en la escritura pública No. 039 del 18 de enero de 2018 otorgada en la Notaria Primera de Popayán, de la cual, se allegó la primera copia con constancia de prestar mérito ejecutivo, reconociéndose RICARDO ALBERTO CABRERA deudor de las sumas antes indicadas, pagaderas al vencimiento del plazo de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de la escritura, prorrogable a voluntad de las partes, comprometiéndose a cancelar intereses de plazo a la tasa máxima permitida por la ley, por mensualidades anticipadas dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes, e intereses de mora a la tasa máxima legal permitida. Para garantizar el cumplimiento de la obligación el deudor además de comprometer su responsabilidad personal, constituyó a favor de sus acreedores hipoteca sobre el lote de terreno identificado con la M.I. No. 120-58258 (folios 3 a 10).

Con la demanda, se allegó copia del documento suscrito por SALVADOR CHAVES SOLANO y RICARDO ALBERTO CABRERA, mediante el cual, acuerdan que el deudor se compromete a cancelar la hipoteca el 15 de marzo de 2019 (folio 19), y conforme el “*compromiso*” allegado por el ejecutado, el deudor canceló la suma de \$12´750.000 m/cte por concepto de intereses anticipados del 18 de enero de 2018 al 18 de abril de 2018, y se acordó que “*los intereses del 18 de abril al 18 de julio de 2018 se cancelarán vencidos el día 18 de julio de 2018*” (folio 45)

Habiéndose librado mandamiento de pago en la forma solicitada, el ejecutado se opone a las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones de mérito que denominó: “*Cobro de intereses excediendo los límites legalmente permitidos, todo lo cual da lugar a la pérdida de todos los intereses de plazo y mora, a la devolución de las sumas cobradas en exceso dobladas y a la consecuente compensación*”, “*pago parcial de las obligaciones demandadas, que genera un cobro de lo no debido*”, y la “*innominada*”, arguyendo, que pese lo acordado en la escritura pública, los intereses de plazo fueron cobrados al 2.5%, sobrepasando el límite de usura, razón por la que solicita la aplicación de las sanciones previstas en el art. 884 del C. de Comercio y el art. 72 de la Ley 45 de 1990, esto es, la pérdida de la totalidad de los intereses de plazo y de mora, y la devolución doblada de lo cobrado en exceso, sin perjuicio de la compensación del monto de las sanciones con el saldo insoluto de la obligación. Aunado, el pago parcial de la suma de \$20´000.000, como abono al crédito.

Por su parte, el funcionario de conocimiento declaró no probada la excepción de “*pago parcial de las obligaciones demandadas*”, y declaró probada parcialmente, la excepción de “*cobro de intereses excediendo los límites legalmente permitidos, todo lo cual da lugar a la pérdida de todos los intereses de plazo y mora, a la devolución de las sumas cobradas en exceso dobladas, y a la consecuente compensación*”, pero sólo en el aparte “*cobro de intereses excediendo los límites legalmente permitidos*”, por lo que al momento de efectuarse la liquidación del crédito los pagos por conceptos de intereses que excedan la una y media veces el interés corriente bancario, entre el mes de enero de 2018 y abril de 2019, deberán ser imputados a capital, y de igual manera, declaró probada “*la excepción de compensación*” por la suma de \$5´000.000 m/cte, extinguiendo la obligación reclamada respecto de los intereses que se fueran causando con posterioridad al 1 de febrero de 2018, pero no al capital, y los pagos realizados luego de la

presentación de la demanda por las siguientes sumas: \$20´000.000 reportado el 12/06/2017 y \$70´000.000 reportado el 01/11/2019, serán tenidos como abono al momento de efectuar la liquidación, y se deberán imputar en la forma como lo regula el art. 1653 del C.C. De esta forma, se ordenó seguir adelante con la ejecución de acuerdo al monto de capital e intereses indicados en el mandamiento de pago, con “*los ajustes efectuados en la presente providencia*”; decisión contra la que se interpuso el recurso de apelación que ocupa la atención de la Sala, reclamando el apoderado del ejecutado la aplicación de las sanciones por el cobro de intereses remuneratorios superiores a la tasa máxima legal permitida, invocando la calidad de prestamista habitual del acreedor.

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del C. G. del Proceso, el juez de segunda instancia “*deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante*”, y en tal virtud, como ningún reparo se formuló por las partes contra la declaración realizada por el Juzgado, en el sentido, de tener por probada la excepción de “*cobro de intereses excediendo los límites legalmente permitidos*” [entre otras], no se hará disquisición alguna sobre tal aspecto, y la alzada se limitará a establecer si es viable o no la aplicación de las sanciones previstas en el art. 884 del C. de Comercio⁹ y el art. 72 de la Ley 45 de 1990¹⁰, en contra del acreedor, conforme lo solicitado por el apoderado del ejecutado.

Con el propósito de resolver de fondo el asunto, conviene traer a colación los interrogatorios absueltos por las partes, el señor SALVADOR CHAVES SOLANO,

⁹ **Art. 884 del C. Co.** “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”.

¹⁰ **Artículo 72.** Sanción por el cobro de intereses en exceso. Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción. **Parágrafo.** Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, ésta velará porque las mismas cumplan con la obligación de entregar las sumas que de conformidad con el presente artículo deban devolverse”.

En relación con el precepto en cita, la CSJ STC3112-2019 del 3 mar. 2019, refirió: “...ilustrativa resulta ser la sentencia de casación de la Corte, dictada el 30 de julio de 2009, exp. 00085-01, en la que se indicó: “En conclusión, la pérdida y devolución de los réditos pagados en exceso sólo puede darse si previamente se entregaron. Y sólo con tal fundamento habrá de operar la sanción que establece el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. (...). [L]as sanciones establecidas en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 proceden en razón del pago que se realice en exceso de los intereses legalmente permitidos...(Sentencia S-217 del 27 de noviembre de 2002, no publicada oficialmente)” (resaltado adrede)» (CSJ STC, 19 jun. 2013, rad. 2013-00149-01, reiterada en CSJ STC6067-2016, 11 may.)”.

informa que celebró con el demandado “*un préstamo en dinero en efectivo*” por \$170´000.000 m/cte, pagaderos conforme lo pactado en la escritura, en un plazo de 6 meses, con intereses en forma “*anticipada*” a la tasa del 2.5%, tasa que el demandado “*aceptó*”, y solamente al firmar la escritura le pagó “*dos meses adelantados*”, pues los restantes pagos no se hicieron conforme lo acordado. Preguntado, si recibió del demandado los pagos a que se refieren los documentos visibles a folios 45, 48, 49, 50, 51, 52, 53 y 54, respondió, que “*si los cobró*”, siendo suya las firmas que allí aparecen, aclarando, que como se indica en el documento visible a folio 51, recibió un cheque y dinero en efectivo, para un valor total de \$8´000.000, e indagado si recibió los abonos reportados al proceso, respondió: “*si los recibí, que recuerde recibí \$20 millones y 50 millones –sic-*”. Seguidamente, preguntado por el apoderado del ejecutado, si usted habitualmente presta dinero, contestó: “*yo no presto habitualmente dinero, solamente cuando se trata de personas que me piden que por alguna necesidad, si la tengo se la estoy prestando, como el caso del ingeniero, pero mi profesión no es la de prestar*”, e indagado cómo hacía el señor RICARDO CABRERA el pago de las obligaciones que le debía a usted, contestó: “*generalmente me lo hacía en cheque y él llevaba un recibo hecho para que yo le firmara...a parte de la nota que le ponía*”, y preguntado quien cobró los cheques, respondió: “*en su gran mayoría los cobré yo*”. Por último, indagado a quién más usted ha prestado dineros, contestó: “*a él [haciendo alusión a RICARDO ALBERTO] le he hecho dos hipotecas, no recuerdo francamente a quién más le he hecho yo hipoteca...*”, y preguntado desde qué año hace éstos préstamos, contestó: “*yo fui funcionario y cuando salí recibí la pensión de varios meses y esa plata fue la que empecé yo a prestar, pero no frecuentemente, sino cuando veía que la persona necesitaba, y era conocida por mí le prestaba, posteriormente mi padre dejó algún bien y me toco alguna una parte de esa herencia, la cual yo vendí y esa plata también me servía para hacer préstamos a personas conocidas, pero tenía que ser una persona muy conocida por mí, estoy diciendo esto para que se sepa de dónde provenía la plata que yo prestaba...no es mi profesión [respuesta emitida al preguntarle el abogado, si es prestamista]*”. Además, preguntado si recibió mediante cheque de gerencia del Banco Davivienda el 18 de octubre de 2019 el pago de la suma de \$70´000.000 m/cte, contestó: “*creo que yo he dicho que el ingeniero me hizo un abono de \$70´000.000 m/cte, me imagino que ese cheque se refiere a ese abono*”.

Por su parte, el señor RICARDO ALBERTO CABRERA, refirió, que el señor SALVADOR le ha hecho dos (2) créditos, advirtiendo, que el crédito de

\$170'000.000 se pactó a un plazo de 6 meses con una tasa de interés del 2.5%, siendo prorrogable el plazo para el pago, e incluso, al presentarse la demanda *“estaba al día en el pago de los intereses...durante año y medio estuve al día con los intereses...y durante la demanda se hicieron dos abonos, uno por \$70'000.000 y otro por \$20'000.000”*. Agrega, que *“cuando el Dr. Salvador me prestó los \$170'000.000 m/cte,...resulta que el dinero no estaba completo,...la plata no alcanzaba para cubrir los \$170'000.000 del préstamo que habíamos firmado en la notaria,... le dije le voy a anticipar 3 meses, como se dice en un recibo que hay por allí,...solamente dos pagos han sido en efectivo y los otros han sido en cheques, porque por lo avanzado de la edad a él se le olvida...por esa misma situación comprendí que para mejorar las cuentas los pagos se los hacía en cheque”*.

Recuérdese, que el funcionario de conocimiento declaró que se está en presencia de un contrato de mutuo de naturaleza civil, al que le es aplicable la reducción de intereses prevista en el artículo 2231 del C. Civil; mientras el apelante insiste en que se está en presencia de un mutuo mercantil, invocando la calidad de *“prestamista habitual”* del acreedor [respecto de conocidos y familiares], al amparo del numeral 3° del artículo 20 del C. de Comercio, según el cual, son mercantiles para todos los efectos legales, *“el recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés”*; precepto que en concordancia con el artículo 884 del C. de Comercio, a juicio del apelante, da paso a la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Sea del caso precisar, que el carácter mercantil de la operación no deviene *per se* de la calidad de los sujetos que intervienen en el negocio, sino de la operación mercantil en sí misma, calificada por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración como una actividad comercial, según se desprende del artículo 11 del C. de Comercio, que prevé: *“Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones”*. En este preciso punto, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en proveído STC3112-2019, expresó:

“...se incurrió en dos yerros que configuran sendos defectos sustantivos: el primero, consistió en inaplicar la legislación mercantil en una cuestión relativa a los

títulos valores, sin reparar en lo dispuesto en los artículos 1¹¹ y 20¹² (ordinal 6º) del Código de Comercio, ni en la jurisprudencia de esta Sala, que de antaño tiene decantado que

«(...) al igual que ocurre con el Derecho Civil, el Derecho Mercantil se ocupa de regular relaciones privadas, pero evidentemente no todas sino apenas aquellas que de acuerdo con el ordenamiento positivo constituyen la que acostumbra a denominarse 'materia comercial'. Por eso es necesario, como acontece con cualquier estatuto normativo de carácter especial o singular, que él mismo se ocupe de fijar la clase de relaciones a las cuales les es aplicable, y a este objetivo tienden sin duda alguna, por lo que al Código de Comercio vigente en el país concierne, un buen número de sus disposiciones de entre las que aquí importa destacar los Arts. 1º, 11, 20, 21, 22, 23, 24 y 100 de dicho cuerpo legal, habida cuenta que son ellos los que de manera general por lo menos, van a permitir saber, en cada caso particular, **si el negocio, contrato u operación de que se trata da origen o no a un verdadero 'asunto mercantil', independientemente de la calidad subjetiva de empresarios individuales o sociales (comerciantes) que tengan quienes participaron en su celebración o en su ejecución, esto por cuanto no es esa calidad, contra lo que podría suponerse sin mayor estudio del tema, el único elemento que permite reconocer el acto de comercio y calificarlo como tal para los muchos conceptos en que hacerlo es cuestión jurídica prioritaria.** En efecto, adoptando este criterio que predomina en las legislaciones modernas, el Art. 11 del C de Co colombiano pone de presente con absoluta claridad, al igual que lo hacía el Art. 10 del código derogado en 1972, que los actos de comercio, sin dejar de serlo, pueden ser llevados a la práctica accidentalmente o de manera ocasional por personas civiles que no tienen el hábito del comercio ni hacen una profesión de la repetición habitual de actividades que la ley reputa mercantiles (...), evento este último en el cual, valga anotar, no tiene relevancia ninguna el postulado de la autonomía de la voluntad privada en orden a determinar la 'mercantilidad' de la relación originada en actos aislados del tipo descrito, toda vez que esa calificación ha de recibirla porque el legislador se la otorgó en atención a razones de estricto orden público, por manera que los ciudadanos son libres de efectuar aquellos actos o no, "...pero si lo hacen, ejecutan actos de comercio a pesar de toda voluntad contraria..." (Cesar Vivante. Instituciones de Derecho Comercial. Cap. II, Num. 7) **y por ende queda dispuesta así la sumisión integral del vínculo al ordenamiento mercantil»** (CSJ SC, 7 feb. 1996, rad. 4602)."¹³

También, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-364 de 2000, refirió: "...si un comerciante debe realizar una actividad de carácter civil, se tendrá que regir por la legislación civil correspondiente. Igualmente, si un ciudadano no comerciante, (art. 11 C.Co), debe realizar algún tipo de acto de comercio (art. 20 C. Co.), esa específica actividad lo habilita para sujetarse a las normas que sobre el particular fije el estatuto mercantil, circunstancia que desvirtúa la aparente discriminación en razón de la persona...Claro está, que **los actos mercantiles se distinguen por su habitualidad, lo que exige necesariamente el carácter "profesional" de quien los realiza, carácter, que no es predicable de los**

¹¹ Art. 1º, Código de Comercio: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas».

¹² Art. 20-6, Código de Comercio: «son mercantiles para todos los efectos legales: (...) 6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos».

¹³ CSJ STC3112-2019, 13 mar. 2019, Radicación n.º 11001-22-03-000-2018-02930-01.

actos civiles. En el mismo sentido, es de la naturaleza de los actos de comercio su finalidad de lucro, mientras que los civiles, si bien normalmente pueden pretender dicha finalidad, la ausencia de ella o la gratuidad, no los desnaturaliza...(...)...no se vulnera en materia de intereses, el principio de igualdad entre estas dos legislaciones, como lo pretende el actor, precisamente, porque el Código Civil tiene en ese aspecto su campo de aplicación para los negocios jurídicos civiles, mientras que los intereses de que trata el Código de Comercio se predicen de los negocios mercantiles”.

Entonces, como al tenor del artículo 167 del C. G. del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, era al ejecutado a quien le correspondía demostrar con plena certeza, que el señor SALVADOR CHAVES SOLANO, otorga “*habitualmente dinero en mutuo a interés*”, pero no habiéndose procedido en tal sentido, resulta inadmisibles tener el contrato celebrado entre las partes como un acto mercantil, y por ende, tampoco hay lugar a la aplicación de las sanciones derivadas del art. 884 del C. de Comercio y el art. 72 de la Ley 45 de 1990, pues si bien en el interrogatorio absuelto por el ejecutante – SALVADOR CHAVES SOLANO, éste acepta que en otras oportunidades ha prestado dinero a personas que lo necesitan y son conocidas por él, lo cierto, es que no se precisó si tal actividad está acompañada, en todos los casos, del cobro de intereses [con una finalidad lucrativa], y es que además, al preguntarle el apoderado del ejecutado, si usted habitualmente presta dinero, contestó: “yo no presto habitualmente dinero, solamente cuando se trata de personas que me piden que por alguna necesidad, si la tengo se la estoy prestando, como el caso del ingeniero, pero mi profesión no es la de prestar”; negativa que reitera cuando se le pregunta, a quién más usted ha prestado dineros, contestó: “a él [haciendo alusión a RICARDO ALBERTO] le he hecho dos hipotecas, no recuerdo francamente a quién más le he hecho yo hipoteca...”, y preguntado desde qué año hace éstos préstamos, contestó: “yo fui funcionario y cuando salí recibí la pensión de varios meses y esa plata fue la que empecé yo a prestar, pero no frecuentemente, sino cuando veía que la persona necesitaba, y era conocida por mí le prestaba,... no es mi profesión”. En este orden de ideas, lejos de aceptar de manera pacífica el señor SALVADOR CHAVES que “*habitualmente*”¹⁴ da dinero en mutuo a interés, en las respuestas a su interrogatorio, insiste en que su profesión “*no es la de prestar dinero*”, y que tampoco lo hace “*frecuentemente*”, razón por la cual, a juicio de esta Sala, dada la

¹⁴ <https://dle.rae.es/habitual>, se entiende “aquello que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”

falta de otros medios de prueba que acrediten sin dubitación alguna que el acreedor ejecutaba un acto de comercio a términos del numeral 3° del art. 20 del C. de Comercio, resulta improcedente la alzada, no habiéndose acreditado la naturaleza mercantil del negocio celebrado entre las partes, y en consecuencia, se impone confirmar la sentencia apelada.

4. Decisión:

Sin más consideraciones, se confirmará la sentencia apelada de fecha 21 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, no siendo aplicable al caso concreto las sanciones previstas en el art. 884 del C. de Comercio, y el art. 72 de la Ley 45 de 1990.

5. Costas:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del Proceso, y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se condenará en costas a la parte apelante (ejecutada), en la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán – Cauca, el día 21 de agosto de 2020, conforme lo expresado en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar en costas en segunda instancia al apelante (ejecutado), tásense.

TERCERO: Señalar como agencias en derecho, la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente, la que será incluida en la liquidación de costas; liquidación que se surtirá en la forma y términos previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso.

CUARTO: Devolver las actuaciones al Juzgado de origen, previas las desanotaciones correspondientes.

Notifíquese y cúmplase,



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado