

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO	EJECUTIVO HIPOTECARIO
DEMANDANTE	URIEL ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ (qepd). Como sucesores procesales CLAUDIA PATRICIA GARCÍA RAMÍREZ, URIEL JOSÉ GARCÍA GARCÍA y ERIKA YANETH GARCÍA ARBOLEDA, MARÍA CAMILA GARCÍA GARCÍA
DEMANDADO	POMPILIO DE JESÚS SOTO MALDONADO
RADICADO	05001 31 03 008 2017 00132 01 INTERNO: 2021-
TEMAS	PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA ACCIÓN CAMBIARIA- CLÁUSULA ACELERATORIA
PROVIDENCIA DECISIÓN MAGISTRADA PONENTE MAGISTRADO QUE SALVA EL VOTO	SENTENCIA Nº REVOCA. SEGUIR ADELANTE EJECUCIÓN MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

Antes de exponer los argumentos por los cuales me aparto de la sentencia acogida por la mayoría de la Sala, considero de utilidad hacer referencia a los siguientes prolegómenos doctrinales y jurisprudenciales sobre la cláusula aceleratoria y que tocan directamente en el asunto a resolver.

Sobre la constitucionalidad de las cláusulas aceleratorias, la Corte constitucional se expresó así en la Sentencia C-332/01

“Es preciso señalar que la Corte Constitucional ya se pronunció al respecto y determinó que el pacto de cláusulas aceleratorias de pago:

"no es una práctica abusiva ni discriminatoria ni ofensiva que recaiga sobre una persona débil sino que se constituye en una herramienta que el ordenamiento jurídico establece para la satisfacción material de los derechos sustanciales amparados con garantías reales y protegidos por el ordenamiento superior, dentro de la libertad de configuración que posee el legislador para diseñar formalidades procesales en virtud del artículo 29 de la Carta, con el propósito de hacer efectivo el cobro jurídico del derecho de hipoteca o prenda, constituido sobre bienes inmuebles, naves, aeronaves y en general todo tipo de bienes"[4].

(...)

4.2. La permisión legal, de carácter general, para pactar cláusulas aceleratorias no es en sí misma contraria al deber de no abuso de los derechos porque ella se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y está limitada por precisas condiciones jurídicas. A este respecto, la Corte advirtió:

"Esta cláusula de aceleración, en criterio de la Corte, no contradice normas constitucionales, porque las partes contratantes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad pueden estipularlas libremente en sus negocios jurídicos, con el objeto de darle sentido o contenido material a los contratos, siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás, ni el orden jurídico que le sirven de base o fundamento, pues con ello se afectaría la validez del acto o del negocio jurídico"^[6].

1. Ahora veamos qué significan las cláusulas aceleratorias.

Un buen sector de la doctrina define la cláusula aceleratoria pensada solamente en relación con el art. 69 de la ley 45/90, cuando, como bien lo da entender la Corte constitucional, existe variedad de ellas, mismas que están permitidas, pues hacen parte de la autonomía de la voluntad contractual, claro está, que su validez depende, en palabras de la misma Corte Constitucional ya citada: *"siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás, ni el orden jurídico que le sirven de base o fundamento, pues con ello se afectaría la validez del acto o del negocio jurídico"*. Luego, una buena definición de la cláusula aceleratoria podría ser la acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile (sentencia Rol 9.911-2006, 14.05.2009), cuando la define como: *"Pacto en virtud del cual las partes convienen anticipar el cumplimiento de una obligación que se ha diferido en el tiempo, en el evento que el deudor incurra en alguna de las situaciones fácticas previamente acordadas. Su efecto es producir la caducidad del plazo que el deudor tenía para satisfacer la deuda, lo que importa que la obligación en ese momento se hace exigible y, consecuentemente, el acreedor se encuentra legitimado para ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere para obtener el pago íntegro de su acreencia, pero siempre respetando las normas que regulan la prescripción extintiva."*

El profesor Chileno "Rene Abeliuk" define la caducidad convencional así: *"La caducidad convencional se produce en los casos expresamente previstos en el contrato, esto es, el acreedor se reserva el derecho a exigir anticipadamente el todo o*

parte de la obligación en el evento de cumplirse alguna condición.” (ABELIUK MANASEVICH René, “Las obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, 5ta edición, Santiago, 2008, tomo I, p. 296)

A nivel nacional traigo a cita el tema intitulado “LA INCLUSIÓN DE LA LLAMADA CLÁUSULA ACELERATORIA EN LOS TÍTULOS-VALORES DE CONTENIDO CREDITICIO”, del autorizado autor nacional JORGE SUESCÚN MELO, quien en su obra ha manifestado lo siguiente:

“2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA ACELERATORIA (Pág 74)

Entendida la cláusula aceleratoria como la atribución que se otorga al acreedor para declarar vencido el plazo anticipadamente, y por tanto para exigir de inmediato la integridad de la obligación cuyo pago se ha pactado por cuotas, siempre que el deudor incurra en mora en el cumplimiento de una cualquiera de las mencionadas cuotas, es indudable que los efectos de la cláusula obran en virtud del acaecimiento de una condición: el incumplimiento del deudor, que es un hecho futuro e incierto al momento en que se celebra el contrato respectivo, pues el acreedor no sabe inicialmente si el obligado observará sus compromisos en las oportunidades previstas. Se trata en este caso de una condición negativa, pues surte efecto por el hecho de no cumplirse en los términos establecidos; y al mismo tiempo es una condición resolutoria, pues por su acaecimiento se extingue el derecho de pagar o recibir por plazos (art. 1536 del C. C.). Asimismo la señalada condición es mixta (art. 1534 ib.), ya que depende de un hecho voluntario del deudor: no pagar; y de la voluntad del acreedor: declarar vencido anticipadamente el plazo. Me parece que este último elemento de la voluntad del acreedor es necesario o, al menos, aconsejable para él, pues si el plazo se considera pactado en su favor, lo que ocurre cuando se presume que el plazo anticipado le causa daño (art. 1554 ib.), como en el caso del mutuo con interés, no será conveniente para el acreedor que la extinción se realice ipso jure, esto es, por el mero incumplimiento del deudor, ya que aquel deseará siempre pronunciarse sobre si renuncia o no al derecho que le confiere el plazo, y así proteger mejor sus propios intereses.

(...)

Ya de antes me anticipé a decir que la cláusula aceleratoria no Muere o se limita solamente a los contornos del art. 69 de la ley 45/90, sino que encierra todas las modalidades legales o contractuales de la caducidad del plazo por el acaecimiento de una condición futura e incierta que anticipa el plazo inicialmente pactado o declara su caducidad, pero se explica aquí que el profesor Suescún Melo solamente se refirió a esa modalidad de aceleración de plazo por el pago en cuotas periódicas o por instalamentos porque su estudio lo limitó a ese tipo de cláusula, comentarios que no obstante también sirven para aplicarlos al caso que

aquí nos convoca.

El mismo autor para diferenciar el vencimiento y exigibilidad de la obligación con la constitución en mora, misma que no se hace necesaria o repugna en los casos de cláusula aceleratoria, expresó:

“a) La constitución en mora (pág 89 y 90)

Sobre este tema cabe advertir que las normas sobre títulos-valores no contienen reglas especiales sobre constitución en mora del deudor, razón por la cual en este punto debe acudir al derecho común, en particular al art. 1608 del Código Civil, el cual regula la forma y oportunidad de la constitución en mora. Dicho artículo dispone, como régimen general, que se necesita requerimiento judicial para que el deudor sea considerado en mora, y solamente a partir de efectuada la reconvención por el juez se causan los perjuicios moratorios que, en el caso de incumplimiento en el pago de sumas de dinero, se reparan mediante el pago de los intereses de mora.

El requerimiento judicial no es necesario cuando se presentan las excepciones que contempla el mismo art. 1608, esto es, cuando las partes han convenido un plazo para el cumplimiento de la obligación, y cuando se presenta lo que la doctrina ha denominado "preclusión de oportunidad", hipótesis que no tiene aplicación en materia de títulos-valores de contenido crediticio.

Ahora bien, el deudor queda constituido en mora por el solo vencimiento del plazo cuando dicho plazo es de origen convencional. Esta regla es la que normalmente se aplica en tratándose de títulos-valores de contenido crediticio, pues en ellos se suele someter la obligación cambiaria a un plazo cierto determinado o indeterminado.

Sin embargo, la cláusula aceleratoria hace exigibles anticipadamente las cuotas pendientes, y esta exigibilidad no ocurre cuando ha transcurrido el plazo pactado sino cuando acaece una condición, que consiste en el incumplimiento del deudor, razón por la cual se necesitaría de requerimiento judicial para la constitución en mora, pues esta hipótesis no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el art. 1608. Por lo demás, es bien sabido que en el caso de obligaciones sujetas a condición, cuando esta ocurre, es menester hacer la reconvención judicial para que el deudor quede constituido en mora. Recuérdese, sobre este aspecto, que nuestro derecho es particularmente formalista, por cuanto prohíbe que el requerimiento se haga extrajudicialmente, por ejemplo, mediante una carta certificada, pues es absolutamente obligatorio seguir el procedimiento judicial previsto para el efecto.

No obstante lo anterior, debe observarse que el propósito del requerimiento es el de advertir al deudor que el acreedor no está dispuesto a concederle ningún plazo adicional para el cumplimiento de la obligación (esto por cuanto la doctrina considera que antes de la reconvención el acreedor está concediendo una especie de plazo de gracia al deudor), de suerte que en adelante deberán indemnizarse los perjuicios causados por el retardo. Pero estas advertencias no son necesarias en el caso que nos ocupa. En efecto, requerir al deudor cuando ocurre la condición que modaliza la obligación parece lógico, si dicha condición consiste en un hecho ajeno al deudor, de suerte que deba dársele a

conocer tal ocurrencia. Sin embargo, cuando la condición depende del propio comportamiento del deudor, como es su incumplimiento, parece francamente excesivo el exigir la reconvencción con fines de información. Claro que si la cláusula aceleratoria no obra de manera automática, es decir, por el solo incumplimiento, sino que es menester también la voluntad del acreedor para declarar la extinción anticipada del plazo, en este último supuesto, lógicamente, debe dársele a conocer al deudor la decisión del acreedor, lo que debería poderse hacer mediante una comunicación privada, sin intervención judicial, como lo admite la Superintendencia Bancaria.

Asimismo el requerimiento en este caso estaría desprovisto de su finalidad esencial ya explicada – la de notificarle al deudor que el acreedor no está dispuesto a concederle ningún término adicional de "gracia" –, ya que la mera inclusión de la cláusula aceleratoria demuestra que la intención del acreedor es la de no otorgar ningún plazo adicional, pues precisamente por el no cumplimiento oportuno de una cuota se hacen exigibles de inmediato todas las restantes.

De todas formas el punto reviste una particular importancia, pues de él depende que el acreedor pueda cobrar intereses de mora sobre la totalidad de la obligación pendiente desde que se produzca el vencimiento anticipado de las cuotas, o deba aguardar para ello hasta que se efectúe la reconvencción judicial, o hasta que demande al deudor, pues, de acuerdo con el art. 1º, numeral 4/a del decreto 2282 de 1989, la demanda ahora hace las veces de requerimiento.

Aparte de todas estas consideraciones, la exigencia de la Superintendencia Bancaria, en el sentido de exigir a las entidades bajo su control que notifiquen a sus clientes la aceleración de sus pagos, cuando ello tenga lugar por voluntad del acreedor, me parece de elemental justicia. No debe olvidarse que el conocimiento del vencimiento es un aspecto de señalada relevancia para todos los obligados. Es conveniente para la parte directamente obligada con el objeto de proveerse rápidamente del dinero a fin de evitar la carga gravosa que le representan los intereses de mora. Para las partes subsidiariamente obligadas es necesario a fin de reunir el dinero, atender el pago, reducir los intereses moratorios y precaver eventuales acciones judiciales en su contra. Por ello, consideraría la falta de notificación inmediata como una violación al principio de ejecución de buena fe contractual (art. 1603 del C. C.), pues no existiría justificación para declarar el plazo vencido y guardar silencio a pesar de las graves secuelas económicas que se derivan para los obligados."

Avanzando en el tema, se refirió al conteo de la prescripción extintiva de la obligación y esto expuso:

b) El término de prescripción

Este es otro tema que puede ser motivo de debate, en cuanto a las cuotas cuyo pago se acelera, pues se pregunta si el término de prescripción comienza a correr desde el vencimiento normal del término pactado para cada cuota, o si en virtud del incumplimiento dicho término se computa desde el momento en que se declara o se produce la extinción anticipada del plazo. El tenor literal del art. 789 del Código de Comercio, el cual se refiere al "vencimiento del plazo" como el punto de partida de la

prescripción extintiva en los títulos-valores, sirvió de base al Tribunal de Medellín para afirmar, en sentencia de marzo 27 de 1987, que el término prescriptivo solo comienza a computarse cuando vence el plazo inicialmente pactado para el pago de cada cuota, sin tener en cuenta la extinción anticipada que ocurra en virtud de la cláusula aceleratoria. Esta tesis se apoya en la distinción caprichosa entre exigibilidad y vencimiento del plazo analizada previamente, y desconoce los fundamentos del régimen de la prescripción, uno de cuyos propósitos fundamentales es el de sancionar al acreedor negligente, quien teniendo acción para perseguir el recaudo de su crédito no la ejerce por desidia, razón por la cual el artículo 2535 del Código Civil hace correr el término prescriptivo desde la exigibilidad de la obligación, de suerte que si obra la cláusula aceleratoria esta produce la exigibilidad prematura de toda la prestación y desde este momento comienza el cómputo del período de la prescripción.”

2. Del caso concreto.

Ya en lo que aquí corresponde y para soportar mi salvamento de voto, debo empezar por citar textualmente la cláusula aceleratoria pactada y aplicada por la sala Mayoritaria al presente caso. Esto dice:

“DÉCIMO SEGUNDO. Que el evento (sic) en que la hipoteca llegare amparar el pago de varias obligaciones, la mora en el cumplimiento de una sola de ellas extinguirá el plazo de todas las demás que no se hallen vencidas y la (el) acreedor(a) podrá ipso-facto, demandar la solución de todas, debiéndosele pagar además, los intereses pactados sobre todas las obligaciones adeudadas.

DÉCIMO SEXTO. Que expresamente renuncia(n) a todo tipo de requerimiento judicial o extrajudicial, constitución en mora o requerimiento previo por el incumplimiento en una cualquiera de sus obligaciones contractuales.”

De acuerdo con los prolegómenos doctrinales y jurisprudenciales y acorde a la cláusula de aceleración automática pactada, no puedo compartir el proyecto de sentencia que llegó a mi conocimiento ya con el acuerdo de la mayoría, pues, desde mi punto de vista es totalmente equivocado y jurídicamente inadmisibles que se haya revocado la sentencia ejecutiva motivo de apelación, ya que frente al presente caso no es cierto que el acreedor no pudiera hacer uso de la cláusula aceleratoria, bajo la premisa falsa de que ya el plazo estaba vencido, olvidándose la Sala Mayoritaria que estamos frente a una cláusula automática y que no facultativa, misma que resulta de hacer una simple lectura del contrato, **pero aún en gracia de discusión “que yo no**

acepto”, si se le diera a la palabra PODRÁ –*contenida en la cláusula décimo segunda*-, el equivocado entendido de que eso la convertía en una cláusula aceleratoria facultativa, de todas maneras habría de hacerse un estudio sistemático del contrato, porque de las cláusulas décimo segunda y décimo sexta, surge que las partes acordaron que si el deudor se atrasaba en el pago de una cualquiera de las obligaciones, luego, de inmediato o automáticamente IPSO-FACTO, como dice la hipoteca, podía el acreedor demandar el cumplimiento de todas las obligaciones y en la cláusula décimo sexta quedó excusado el requerimiento judicial o extrajudicial para la mora, esto es, que cuando el demandado incumpliera con el pago de cualquiera de las obligaciones, entonces, automáticamente se producían los efectos de la aceleración del plazo, mismo que caducaba y dejaba las obligaciones de plazo vencidas, por lo que bien podía el acreedor -*como así lo hizo*-, demandar ejecutiva y coercitivamente el pago de todas las obligaciones respaldadas en la hipoteca, pidiendo intereses de mora desde el 6 de marzo del año 2016, sin que sea cierto que la obligación apenas venció en noviembre 16 del 2016 –*como lo afirma equivocadamente la sentencia*-, porque la verdad es que el plazo fue acelerado y por eso la obligación quedó vencida desde marzo 6 del 2016, por lo que muy acertado estuvo el juez cuando interpretó dicha cláusula como automática y por ahí mismo declaró cumplida la prescripción extintiva de la acción cambiaria con garantía hipotecaria rogada por el curador ad litem, a quien desde aquí hago un merecido reconocimiento por su labor tan activa dentro del proceso, ya que los curadores suelen manifestar que se atienen a lo probado sin más.

La afirmación que acabo de hacer no es emocional, sino que tiene soporte fáctico y jurídico, pues sólo basta con leer el texto acordado por acreedor y deudor en la escritura de hipoteca que iba a garantizar las tres obligaciones que aquí se cobran, documentadas en tres pagarés diferentes, habiéndose acordado que la mora en el pago de una de ellas

iba de inmediato autorizar al acreedor para declararlas todas de plazo vencido, caducidad contractual del plazo que no está prohibida y que no requería de ningún tipo de requerimiento judicial o extrajudicial, sin que sea cierto que la palabra podrá utilizada en dicha cláusula, implicara apenas y solamente la facultad de aplicar la aceleración del plazo, cuando éste quedó automáticamente vencido por anticipación frente al retardo o mora anticipada del deudor y por eso se dijo que a partir de ese momento **“(el) acreedor(a) podrá ipso-facto, demandar la solución de todas”**, esto es, que a partir de la mora podía ejecutar las obligaciones, lo que ni de lejos convertía la cláusula en una aceleración facultativa.

Es que la misma sentencia de la cual me aparto consigna textualmente lo siguiente:

“Sea el momento para dejar establecido que para el caso que nos ocupa, la clase de cláusula aceleratoria acordada en la escritura de hipoteca es de tipo facultativa, otorgando al acreedor cambiario la facultad de declarar extinguido el plazo de las obligaciones no vencidas, pero mientras no haga uso de tal facultad no se activan los efectos de dicha cláusula, y tal facultad se ejerce mediante la formulación de la respectiva demanda. Esta afirmación se hace con sustento en el contenido de la cláusula DECIMO SEGUNDA de la escritura 4445 de 2015 “Que el evento en que la hipoteca llegare a amparar el pago de varias obligaciones, la mora en el cumplimiento de una sola de ellas extinguirá el plazo de todas las demás que no se hallen vencidas y la (el) acreedor (a) podrá, ipso-facto, demandar la solución de todas, debiéndosele pagar además, los intereses pactados sobre todas las obligaciones demandadas”. Se resalta.

Es que al hacer uso del vocablo PODRÁ, con claridad nos lleva a inferir que se trata de una cláusula aceleratoria facultativa, tal como se dejó reseñado en las consideraciones, y por tanto, dependía de la voluntad del acreedor activar los efectos de dicha cláusula, incoando la respectiva demanda, lo cual no ocurrió con antelación al vencimiento del plazo inicialmente pactado.

Y es que no me canso de repetir, que el error de interpretación que la Sala Mayoritaria hace del contrato de hipoteca se hace evidente a simple golpe de vista, pues es claro cómo en la sentencia la mayoría tipifica la

cláusula aceleratoria recogida en el ordinal décimo segundo como FACULTATIVA, sin parar mientes en el significado gramatical y conceptual que por su ubicación tiene y cumple en la cláusula la palabra PODRÁ, es para la solución o el pago coercitivo de las obligaciones, pero no para activar la cláusula aceleratoria, porque, repito, el plazo ya quedó vencido con la mora ocurrida el 6 de marzo del 2016, pues basta con leer en forma textual la oración que contiene la palabra **PODRÁ**, misma del siguiente tenor: “...la mora en el cumplimiento de una sola de ellas extinguirá el plazo de todas las demás que no se hallen vencidas y la (el) acreedor(a) podrá ipso-facto, demandar la solución de todas,”. Luego, quién podría en forma seria y razonable discutir aquí, que la expresión podrá, tal y como está siendo usada en la frase u oración con la voluntad de las partes contratantes, se refiere única y exclusivamente es a la facultad del acreedor de que una vez ocurrida la mora en una de las obligaciones quedará extinguido el plazo de todas y al hacerse exigibles las obligaciones, ahí es donde entra en juego la palabra “PODRÁ” demandar la solución o el pago efectivo de todas, esto es, que puede presentar la demanda para ejecutar las obligaciones que quedaron vencidas en forma anticipada desde que ocurrió la mora el 6 de marzo del 2016 y sin necesidad de requerimiento extrajudicial o judicial alguno para la mora, pues así lo acordaron igualmente en la cláusula décimo sexta.

Por lo visto, me parece que la sentencia de la mayoría es totalmente equivocada y la interpretación que se le da a la cláusula décimo segunda no consulta la voluntad de los contratantes, pues ella debió interpretarse claramente a la luz de los artículos 1618 a 1624 del C civil, ya que, conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (art. 1618 CC), así como, las cláusulas del contrato se interpretarán unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 CC).

Otros de los apartes de la sentencia que voy a rebatir dicen textualmente:

“Ante la alegación de configuración de prescripción extintiva de la acción cambiaria, por vía de excepción presentada por el curador ad litem que representa al demandado, el Juez de conocimiento estimó que el transcurso de tiempo y los demás condicionamientos para predicar la existencia de este hecho exceptivo estaban reunidos, tomando como inicio de dicho tiempo el 06 de marzo de 2016 por ser la fecha desde la cual el demandante hizo uso de la cláusula aceleratoria, consideración que originó la inconformidad del recurrente, pues en su entender la fecha de inicio de ese computo es posterior.

Pero, encuentra el Tribunal, revisada con detenimiento tanto la demanda como los documentos anexos, en especial los pagarés Nos 1, 2 y 3 (fols. 8, 9, 10), que en este caso no era procedente invocar la aplicación de la cláusula aceleratoria, como podría entenderse de la demanda y como en forma equivocada lo entendió el a quo, sin hacer uso del deber de interpretación de la demanda y los títulos valores base de ejecución.

(...)

*Volviendo al caso que nos ocupa, veamos, en el encabezado de los pagarés se expresó: “A LA ORDEN DE: URIEL ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ. DEUDOR: POMPILIO DE JESÚS SOTO MALDONADO. FECHA DE CRACIÓN: 06 DE NOVIEMBRE DE 2015. **FECHA DE VENCIMIENTO: 06 DE NOVIEMBRE DE 2016** (se resalta). LUGAR EN DONDE SE EFECTUARÁ EL PAGO: MEDELLÍN. INTERESES: 2.0%. VALOR: \$150.000.000, \$200.000.000, y \$20.000.000” respectivamente. Conociendo que la fecha de vencimiento estipulada en los títulos ejecutivos era el 06 de noviembre de 2016, fácil era establecer que para la fecha de presentación de la demanda, **13 de marzo de 2017**, era imposible que el demandante estuviera haciendo uso de la cláusula aceleratoria, pues para esta fecha el plazo pactado para el vencimiento de la obligación estaba superado en cuatro meses aproximadamente, lo que implicaba que ya no había obligaciones mensuales pendientes de pago antes del vencimiento, como para pretender su solución anticipada, sino que toda la obligación contenida en los títulos ya era exigible por el vencimiento del plazo acordado.*

Cotejo que el a quo pasó por alto al momento de hacer el estudio de la demanda para su admisión, como también la interpretación que de ella junto con los documentos adjuntos se pudo haber realizado, tarea que en últimas no era difícil en este caso, pues además, el mismo demandante, con sus manifestaciones un tanto confusas, si permitía inferir que su querer era demandar ejecutivamente la obligación por que el plazo se había vencido, ello, de la forma como redactó la pretensión, algunos hechos, y de cómo corrigió la demanda, haciendo un cuadro en el cual detalla desde cuando se le adeudan intereses de plazo mes anticipado al

2%, desde el 06 de marzo de 2016 hasta el 06 noviembre de 2016, y los de mora “desde el 06 de noviembre de 2016 fecha en la que se hizo exigible la obligación a la tasa máxima autorizada por la superfinanciera, hasta que se realice el pago de la obligación” (fol. 43).

Teniendo claro que en el asunto que nos ocupa no era procedente dar aplicación a la cláusula aceleratoria, pues al momento de presentar la demanda el plazo estaba vencido, será esta fecha, 06 de noviembre de 2016, la que se tendrá en cuenta para determinar si en efecto el fenómeno extintivo de la prescripción se alcanza a consolidar, conforme lo establece el art. 789 C de Co **“La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento”**.

Y fue concluyente la Sala cuando expresó:

“Así las cosas, se concluye que el a quo se equivocó al entender que el demandante estaba haciendo uso de la cláusula aceleratoria cuando la demanda fue presentada después de haberse vencido las obligaciones, y al determinar que se había configurado el fenómeno de prescripción extintiva de la acción contando el término desde el momento en que la parte demandada entró en mora, pues desde allí se dijo en la demanda se hacía uso de la cláusula aceleratoria, por tanto la decisión de primera instancia será REVOCADA, para en su lugar disponer seguir adelante la ejecución, la venta en pública subasta del inmueble afectado con gravamen hipotecario, la liquidación del crédito y la condena en costas.”

Como puede verse, en forma novedosa la Sala Mayoritaria asumió que para poder que la cláusula aceleratoria surtiera efectos, se requería como requisito sine quo a non que las obligaciones no se hallaran extinguidas en su plazo original, porque lo que se persigue con ella es acelerar el plazo y no habiendo plazo por extinguir, luego, entonces, resultaba inútil la cláusula aceleratoria, por lo que para la Sala Mayoritaria, se imponía entender e interpretar fáctica y jurídicamente que las obligaciones que se cobraban estaban de plazo vencido, pero no por causa o efecto de la aplicación de la caducidad del plazo a través de la cláusula aceleratoria, sino por el acaecimiento del plazo original, conclusión que para mí resulta falsa e injurídica, ya que no halla sustento en ninguna regla de derecho, acudiendo a una regla falta por deducción tácita o supuesta en que la sala Mayoritaria se apoyó para resolver al asunto y pasó a revocar la sentencia clara y precisa del juez a quo y de paso denegó la excepción rogada de prescripción de la

acción cambiaria, cuando la realidad es que la acción cambiaria se encontraba más que prescrita y así debía declararse.

Es que para mí, si como se deriva de las cláusulas décima segunda y décima sexta del contrato hipotecario, las partes pactaron una cláusula aceleratoria automática y por eso dijeron, sin ambages, que frente al incumplimiento en el pago de alguna de las obligaciones se estimaban de plazo vencidas todas ellas y de inmediato podía el acreedor ejecutar las obligaciones por la vía ejecutiva *-sin necesidad de constitución en mora o requerimiento alguno-*, entonces, el vencimiento de las obligaciones caducó el 06 de marzo del 2016, pudiendo cobrarse ejecutivamente dichas obligaciones y eso fue lo que hizo el acreedor, cuando a través de su apoderado *-que se presume perito en las lides jurídicas-*, presentó la demanda, precisamente porque tenía el convencimiento que la cláusula aceleratoria había operado en forma automática desde el 06 de marzo en que el deudor incumplió en el pago de una de sus obligaciones y eso lo habilitaba el interés actual para exigir la solución o pago de las obligaciones; por consiguiente, no entiendo por qué para el Tribunal debía contarse la prescripción desde el 06 de noviembre del 2016 en que vencían originalmente las obligaciones, cuando todas ellas quedaron de plazo vencido desde el 04 de marzo del mismo 2016 y esa era una facultad y un derecho legal y contractual del acreedor que él utilizó, sin que pueda el Tribunal impedir los efectos de la cláusula aceleratoria automática que se pactó legalmente, bajo el pretexto de que ella sólo es posible cuando aún la obligación pactada hubiere estado vigente a la presentación de la demanda, cuando, repito, la verdad es que las obligaciones se hallaban de plazo vencido, olvidándose la Sala Mayoritaria *-como así lo expresaron en la sentencia-*, que precisamente la cláusula aceleratoria automática estima vencida la obligación desde el incumplimiento de las obligaciones del deudor, sin necesidad de requerimiento alguno para constituirlo en mora, mientras que la exigencia del artículo 431 del CGP es para saber desde cuándo operó

la cláusula aceleratoria automática o desde cuándo se va hacer valer la facultativa, pero en ningún caso implica que sólo es posible ponerla en funcionamiento si aún estuviere vigente la obligación, porque, se repite, ningún aviso en ese sentido hay que darle al deudor cuando ya él sabía previamente que el mero incumplimiento o mora en el pago de una de sus obligaciones activaban la cláusula aceleratoria de manera automática y por eso podía ser demandado desde ese momento, cosa que no ocurre frente a la cláusula facultativa, la que sí requiere de constitución en mora y solamente puede activarse con la presentación de la demanda, pero esto no fue lo que aquí ocurrió.

Otra cosa es que se haya demorado el demandante en notificar el mandamiento de pago y eso ocasionó que no se hubiera interrumpido el término de prescripción, el cual siguió corriendo en forma deletérea frente al acreedor hasta concretarse y eso desató la angustia del apoderado judicial del demandante, quien utilizó toda clase de argumentos para hacer creer que había acelerado el plazo, pero confusamente alega que el conteo de la prescripción debía hacerse desde el vencimiento original de la obligación, cuando aquí realmente el término de prescripción de la acción cambiaria necesariamente debía contarse desde el día 04 de marzo del 2016, fecha en que el deudor incurrió en incumplimiento de una de sus obligaciones que hizo caducar el plazo y nunca desde el último día del vencimiento que las partes pusieron a las obligaciones, como equivocadamente lo dedujo la Sala Mayoritaria.

Como colofón, siendo contractualmente válido que aquí el demandante hubiera declarado las obligaciones de plazo vencido desde el 06 de marzo del año 2016, como lo dio a conocer con la presentación de la demanda, entonces, equivocado resulta hacer *-como ahora lo hace la Sala Mayoritaria-*, el conteo de la prescripción desde el 06 de noviembre del 2016, misma fecha del vencimiento original de las obligaciones, bajo la falsa premisa de que como cuando se presentó la demanda ya las

obligaciones estaban vencidas en su plazo original, que no había entonces plazos por acelerar y de ahí se interpretó que las obligaciones apenas pudieron vencerse en el plazo convenido del 06 de noviembre del 2016, raciocinio totalmente equivocado e injurídico, olvidándose, repito, que nos encontramos frente a la llamada cláusula aceleratoria automática que la Sala Mayoritaria interpretó de manera inadecuada y por eso me separo del criterio de la mayoría para salvar mi voto.

Tampoco entiendo de dónde salió una premisa sin ningún soporte jurídico, cuando la mayoría afirma que como a la presentación de la demanda ya se encontraban vencidas las obligaciones, que no cabía el uso de la cláusula aceleratoria, confundiendo el vencimiento y exigibilidad con la constitución en mora, pues, se repite, que precisamente cuando se presenta una demanda ya la obligación que se cobra debe estar vencida, solamente que en algunos casos se requiere de la constitución en mora para provocar la exigibilidad, como viene a ocurrir en ciertos casos frente a la cláusula facultativa, misma que aplica para la banca y para los particulares que así lo acuerdan, casos frente a los cuales resulta cierto que solamente puede hacerse uso de ella con la presentación de la demanda, misma regla que ni de lejos aplica para la relación entre particulares ajenos al sistema financiero y nunca cuando la cláusula aceleratoria pactada resulta de aplicación inmediata y automática, pudiendo demandarse el cumplimiento de las obligaciones desde que el plazo quedó extinguido por fuerza de la ley contractual, casos en los cuales es obvio que cuando se demanda es porque ya la obligación se halla vencida por el acontecimiento futuro e incierto de la falta de pago en que incurrió el deudor.

Por eso es que con toda razón el citado autor Suescún melo advierte la inutilidad de la constitución en mora del deudor frente a la existencia y práctica de la cláusula aceleratoria automática, cuando sostiene:

“Pero estas advertencias no son necesarias en el caso que nos ocupa. En efecto, requerir al deudor cuando ocurre la condición que modaliza la obligación parece lógico, si dicha condición consiste en un hecho ajeno al deudor, de suerte que deba dársele a conocer tal ocurrencia. Sin embargo, cuando la condición depende del propio comportamiento del deudor, como es su incumplimiento, parece francamente excesivo el exigir la reconvención con fines de información. Claro que si la cláusula aceleratoria no obra de manera automática, es decir, por el solo incumplimiento, sino que es menester también la voluntad del acreedor para declarar la extinción anticipada del plazo, en este último supuesto, lógicamente, debe dársele a conocer al deudor la decisión del acreedor, lo que debería poderse hacer mediante una comunicación privada, sin intervención judicial, como lo admite la Superintendencia Bancaria.

Sólo basta con leer los argumentos tan farragosos y desesperados del abogado litigante, cuando no halla cómo convencer al Tribunal de que se había equivocado al dar cabida a la cláusula aceleratoria y no cumplió con su deber de notificar dentro del año siguiente la demanda para interrumpir el término prescriptivo, mismo que legal y contractualmente debía empezar a correr desde el 06 de marzo del año 2016, fecha en que se hizo valer la cláusula aceleratoria automática.

Y es que como con toda claridad lo tiene dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema en repetidas sentencias de tutela, mismas que ilustran la línea jurisprudencial como precedente obligatorio, al interpretar el artículo 19 de la Ley 546 de 1999 y por ahí mismo al hacer la distinción entre la cláusula aceleratoria facultativa y la automática, con claridad meridiana ha expresado dicho Corporado:

“Esa norma, en pocas palabras, tuvo como propósito el de aclarar los alcances de la facultad de dar por extinguido el plazo de manera anticipada, pues allí se plasmó que tal prerrogativa, en tratándose de los créditos otorgados por las entidades financieras para la adquisición de vivienda, sólo podía ejercitarse por el acreedor desde la presentación de la respectiva demanda judicial. Desde luego que un entendimiento apenas razonable de ese precepto, lleva a inferir que la ‘demanda judicial’ allí referida es la demanda ejecutiva, pues a través de ella se persigue el pago de la parte de la obligación que se encuentra en mora y de la que a partir de ese momento se hace exigible. La norma en ningún momento crea la necesidad de iniciar trámites previos para el ejercicio de esa cláusula especial; es más, su propósito, en últimas, era evitar que el plazo de las cuotas futuras se entendiera vencido con la simple mora del deudor, esto es, que su efecto no es otro que la prohibición de pactar o valerse de la denominada ‘cláusula aceleratoria automática’ en este tipo de créditos. Bajo esa perspectiva, en obligaciones de la naturaleza que se viene comentando, sólo es posible ejercitar la “cláusula

aceleratoria facultativa", la cual, precisamente, le permite al acreedor arrebatar el plazo inicial otorgado al deudor cuando este incumpla con el pago de las cuotas a su cargo, pero bajo la condición de que esa licencia sólo se puede ejercer en el momento en el que se presenta la demanda ejecutiva para el cobro judicial, no antes. Es que, como dijo la Corte en un caso similar, 'allí no se afirma contundente e inequívocamente que deba adelantarse una actuación previa encaminada a dar por extinguido el plazo, sino que ...los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial...'" (sentencias de tutela de 17 de agosto de 2006, exp. No. 2006-01039-01, de 27 de junio de 2005, exp. 2005-00096-01, de 16 de noviembre de 2005, exp. 2005-01411-00 y de 9 de junio de 2006, exp. 2006-00834-00). (El resalto y subrayado es mío)

Como puede verse, desde mi punto de vista se equivocó la mayoría cuando dedujo que la cláusula aceleratoria automática solamente podía ser ejercitada si a la presentación de la demanda las obligaciones que se cobran no estuvieren vencidas, cuando eso no resulta cierto, pues como lo dice el profesor SUESCÚN MELO, atrás citado: "...debe observarse que el propósito del requerimiento es el de advertir al deudor que el acreedor no está dispuesto a concederle ningún plazo adicional para el cumplimiento de la obligación (esto por cuanto la doctrina considera que antes de la reconvención el acreedor está concediendo una especie de plazo de gracia al deudor), de suerte que en adelante deberán indemnizarse los perjuicios causados por el retardo. Pero estas advertencias no son necesarias en el caso que nos ocupa. En efecto, requerir al deudor cuando ocurre la condición que modaliza la obligación parece lógico, si dicha condición consiste en un hecho ajeno al deudor, de suerte que deba dársele a conocer tal ocurrencia. Sin embargo, cuando la condición depende del propio comportamiento del deudor, como es su incumplimiento, parece francamente excesivo el exigir la reconvención con fines de información. Claro que si la cláusula aceleratoria no obra de manera automática, es decir, por el solo incumplimiento, sino que es menester también la voluntad del acreedor para declarar la extinción anticipada del plazo, en este último supuesto, lógicamente, debe dársele a conocer al deudor la decisión del acreedor, lo que debería poderse hacer mediante una comunicación privada, sin intervención judicial, como lo admite la Superintendencia Bancaria."; además, porque como la misma Sala lo enseñó en sus prolegómenos que luego desoyó: "... por ejemplo cuando es la facultativa, suele utilizarse los términos podrá extinguir el plazo, hará exigible la obligación, etc, y para la automática queda extinguido el plazo, se hace exigible toda la obligación, etc. (resalto y subrayo).

Luego, si para la Sala estaba claro que la cláusula automática consiste en que a la ocurrencia del acontecimiento futuro por falta de pago de las cuotas o intereses las obligaciones quedaron vencidas en forma anticipada, sin que se requiriera ningún requerimiento o constitución en mora, porque así lo pactaron los contratantes, entonces, no comprendo cómo aquí, a sabiendas de que estamos frente a una cláusula automática, la Sala interpretó que como a la presentación de la demanda ya las obligaciones de todas maneras habrían vencido por el transcurso del tiempo, ya no podía el acreedor beneficiarse de la cláusula aceleratoria, cuando la verdad es que a la presentación de la demanda estaba vencido el plazo desde el 06 de marzo del 2016 en que ocurrió la caducidad del mismo, siendo esa la fecha que como punto de partida debió regir el conteo del inicio de la prescripción.

Y es que debe entenderse que la cláusula aceleratoria automática consiste en que cuando se concreta u ocurre el hecho futuro e incierto de la mora del deudor en el pago periódico o sucesivo de la obligación por insatalemntos o en el pago de los intereses o de una de las varias obligaciones contraídas como aquí sucedió, entonces, automáticamente el plazo queda extinguido o se produce su caducidad, sin necesidad de constitución en mora o sin lugar a ningún tipo de requerimiento extrajudicial o judicial -como aquí se pactó en las cláusulas 12 y 16 de la hipoteca abierta-; por consiguiente, desde ese momento podía el acreedor presentar la demanda y para eso tenía un margen de tres años establecidos para la prescripción cambiaria, sin que sea cierto que no pudiera presentar la demanda después del 16 de noviembre del 2016 en que vencía originalmente la obligación, porque ésta quedó vencida desde el 06 de marzo del 2016, debiéndose contar la prescripción desde esa fecha, por lo que mucha razón le asiste al curador ad litem y al juez a quo, cuando se alegó por el primero y se declaró por el segundo la prescripción cambiaria, lo que imponía la confirmación de la sentencia y por eso me aparto de la presente sentencia.

En los anteriores términos dejo plantado mi salvamento de voto.



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO