



PRESCRIPCION – ACCION CAMBIARIA – HIPOTECARIA- La prescripción de la acción cambiaria está regulada por el régimen que consagra el Código de Comercio para los títulos valores, sin que en ello, tenga injerencia otros regímenes diferentes, como el consagrado para la hipoteca / **INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION**. Cuando la nulidad de lo actuado comprende la del acto de notificación, la prescripción no se interrumpe, en razón de lo consagrado en el artículo 91-3 del C. de P. Civil.

Proceso	Ejecutivo
Demandantes	Centro Constructor S.A.
Demandado	Valentina Cardona Vallejo
Radicado	No. 05266-31-03-002-2006-00349-01
Procedencia	Juzgado Segundo Civil del Circuito Envigado
Instancia	Segunda
Magistrado Ponente	Luis Enrique Gil Marín
Decisión	Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA CUARTA DE DECISION CIVIL

Medellín (Ant.), seis de octubre de dos mil once

I. INTRODUCCION

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO**, el nueve (9) de diciembre del año anterior, en el proceso **EJECUTIVO CON TITULO HIPOTECARIO** instaurado por el representante legal del **CENTRO CONSTRUCTOR S. A.** en contra de la señora **VALENTINA CARDONA VALLEJO**.

II. ANTECEDENTES

1. Peticiones.

En escrito presentado el 30 de noviembre de 2006, el demandante solicitó se ordene la venta en pública subasta del inmueble relacionado en el hecho segundo de la demanda, a fin de que con el producto se pague al demandante la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$150.000.000), suscritos y respaldados, así: \$15.000.000 obrantes en la constitución del Crédito hipotecario y dos pagarés cada uno por SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS PESOS M.L. (\$67.500.000), exigibles el 22 de diciembre de 2004, con interés moratorio a la máxima tasa establecida por la Superintendencia Bancaria.

2. Elementos fácticos.

Como soporte para las anteriores suplicas aduce la demanda los elementos fácticos que la Sala así compendia:

Mediante escritura pública No. 5036, otorgada el 22 de diciembre de 2004, ante la Notaria primera (1º) de Envigado, inscrita bajo matrícula inmobiliaria No. 001-229636, la señora VALENTINA CARDONA VALLEJO, constituyó hipoteca abierta sin límite de cuantía por la suma de CIENTO CIENCUENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$150.000.000), suscritos y respaldados así: \$15.000.000 obrantes en la constitución del crédito hipotecario y dos pagarés cada uno por SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M.L. (\$67.500.000), firmados en Envigado, lugar donde se debe efectuar el pago, el 22 de diciembre de 2004.

El crédito hipotecario recae sobre el siguiente bien inmueble: *“Un lote de terreno señalado con el numero uno (1) de la manzana No. 23 del plano general del barrio San Javier situado en la fracción de la América del Municipio de Medellín, con todas sus mejoras y anexidades y la edificación que sobre el mismo está construida, la cual tiene dos (2) puertas de entrada sobre la calle 43 con la Kra.97, distinguidas con los números 43-10 y 96-38 y que linda por el Norte, con la carrera 97 por el sur con el lote número 2 por el oriente, con Eustaquio Vera, y por el occidente, con casa sin numerar. Área 23b Mts 2. IDENTIFICADO CON EL FOLIO DE MATRICULA INMOBILIARIA NUMERO 001-229636”.*

Que la deudora VALENTINA CARDONA VALLEJO, debe intereses moratorios desde el 22 de marzo de 2006, por lo tanto se harán exigibles a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Bancaria, tal como se pactó en la cláusula aceleratoria.

3. Integración del contradictorio.

Por auto proferido el primero (1º) de diciembre de 2006, se libró la orden de ejecución en la forma solicitada; el cual fue notificado a la demandada por conducta concluyente en la fecha de notificación del auto que decretó la nulidad del proceso, que tuvo lugar el 14 de mayo de 2009 (Véase folios 124 del cuaderno principal), quien oportunamente propuso las siguientes excepciones:

Prescripción de la acción cambiaria: La sustentó en los artículos 789 del C. de Comercio y 90 del C. de P. Civil.

Afirma que la acción cambiaria prescribió el día 22 de diciembre de 2008, tres años contados a partir de la fecha de vencimiento de las obligaciones contenidas en los pagarés (22 de diciembre de

2005). La señora Valentina Cardona Vallejo, se tuvo por notificada por conducta concluyente a partir del auto que decretó la nulidad por indebida notificación, notificado por el estados del día 18 de mayo de 2009, cuando ya habían transcurrido los tres años de prescripción de la acción civil para los títulos valores objeto de la ejecución; que la parte accionante contaba con el termino de un año, contado a partir de la notificación a la parte demandante de la orden de ejecución, para interrumpir la prescripción de la acción cambiaria, lo que no aconteció como quedó acreditado con el tramite incidental de la nulidad, pues el acto de notificación se cumplió de manera abiertamente irregular, conducta atribuible a la parte accionante.

El contrato de mutuo como accesorio que es, contenido en la escritura pública de hipoteca No. 5036 de la Notaria primera de Envigado, corre la misma suerte que el de las obligaciones cambiarias.

Finaliza diciendo que ni el pagaré, ni el contrato de mutuo contenido en la escritura pública No. 5036 del 22 de diciembre de 2004, se pactaron pagos por instalamentos, sino con fecha a día cierto y por la totalidad del monto estipulado (22 de diciembre de 2005), de conformidad con la cláusula tercera de los pagarés.

4. Sentencia de primer grado y fundamentación.

Previamente se agotó el trámite de las fases previas; al efecto, la parte accionante describió el traslado de la excepción alegada por la accionada y así se pronunció. En materia civil la hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre un inmueble que no deja por eso de permanecer en poder del deudor (artículo 2432 C.C.); en consecuencia la prescripción para la hipoteca es ordinaria, de 10 años faltando mucho tiempo para que la hipoteca constituida,

prescriba. Que de otra parte, la acción cambiaria es de índole comercial y no civil, no constituye un derecho real, pues en cambio es un derecho personal, siendo éste el que puede reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas. El artículo 2449 del C.C. da prelación a la acción hipotecaria sobre la acción personal, siendo equivocado afirmar que el contrato de mutuo es accesorio y por ende corre la misma suerte de las acciones cambiarias; por el contrario, la hipoteca accede a otros contratos, en el caso a estudio accede al contrato de mutuo, el cual es el principal y el pagaré a su vez respalda la cuantía de la hipoteca, por cuanto este pagaré, hace parte de la misma y la prescripción del mismo accede al de la hipoteca (10 años) por ser un derecho real.

Agotado el trámite de rigor previo, el nueve (09) de diciembre del año anterior, el señor juez a quo emitió el fallo de primer grado, el cual dispuso en la parte resolutive:

"1° Declarar PROBADA la excepción de fondo de "PRESCRIPCION" propuesta por la parte demandada dentro del presente proceso EJECUTIVO HIPOTECARIO del CENTRO CONSTRUCTOR S. A. contra VALENTINA CARDONA VALLEJO, con respecto a los pagares anexados a la demanda y, en consecuencia, con respecto a los mismos se ordena CESAR LA EJECUCION.

"2°. Ordenar el AVALUO y el REMATE del bien embargado dentro del proceso señalado en el numeral anterior, para que con el valor de la subasta se cancele al demandante la siguiente suma de dinero:

"\$15.000.000.00 como capital, más los intereses de mora liquidados de conformidad con la ley 510 de 1999 en su artículo

111, desde el 22 de marzo de 2006 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

"2°. Efectúese la liquidación del crédito en los términos del artículo 521 del Código de Procedimiento Civil, teniéndose en cuenta para ello y al momento de liquidar los intereses de mora, lo manifestado en el numeral anterior.

"3°. Costas a cargo de la parte demandada, rebajadas en un 50% por haber prosperado, en parte, la excepción propuesta. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.125.000.00, en la cual se encuentra incluida la rebaja ordenada".

La anterior decisión se soporta en los siguientes fundamentos: Emprende el examen de la excepción de prescripción, para indicar que los pagarés traídos al plenario tienen como fecha de otorgamiento el 22 de diciembre de 2004, que ambos tienen como vencimiento el 22 de diciembre de 2005, siendo esta última fecha la que nos daría la pauta para contabilizar el comienzo de la prescripción; que para la fecha en que se propuso la excepción de prescripción (26 de mayo de 2009), los pagarés se encontraban prescritos, no habiéndose presentado interrupción de la prescripción, pues la notificación del mandamiento de pago a la demandada se hizo el 14 de mayo de 2009; de donde concluye que la acción cambiaria prescribió y que así será declarado; igualmente, anota que una cosa es la acción cambiaria que se ejerce respecto de un título valor, y otra es la acción ejecutiva que se ejerce respecto de un contrato de mutuo.

Concluye la sentencia que con respecto a los pagarés anexados a la demanda, se ordenará cesar la ejecución y, en lo que se refiere al contrato de mutuo contenido en la escritura de hipoteca no

prospera la excepción de merito de "*prescripción*" propuesta por la demandada.

5. El recurso de apelación y sustentación.

La parte demandante interpuso el recurso de apelación contra la anterior decisión y una vez admitido, fue sustentado en los siguientes términos:

Que la sentencia apelada desconoce la naturaleza de la acción realmente ejercida, ya que en la demanda y en la admisión de la misma se ha señalado que se trata de una acción hipotecaria en los términos de los artículos 2432 y s.s. del C.C. y 554 del C.P.C., referentes a la hipoteca y a la ejecución con título hipotecario o prendario, y no la acción cambiaria, como fue considerado en primera instancia por el juez.

Alega que se hizo todas las gestiones oportunas y legales para efectuar la notificación de la demanda, y que no puede la mala fe de la demandada, a quien le conviene enriquecerse sin causa, a costa de la indefensión de los accionantes, y la falta de coherencia del juez de primer instancia, que para el año 2008, cuando aun existían incluso otros medios legales idóneos para buscar el pago de lo adeudado hizo un examen del proceso adelantado y lo encontró ajustado a los preceptos legales.

Consecuente con lo anterior solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se disponga el pago de las sumas de dinero que constan en los pagarés y demás obligaciones contraídas por la demandante de acuerdo al contrato de mutuo respaldado con la hipoteca, con el consecuente pago de intereses.

III. CONSIDERACIONES

1. El título ejecutivo:

Como base de recaudo ejecutivo se allegó dos documentos que cumplen con los requisitos generales que para los títulos valores consagra el artículo 621 del C. de Comercio y con los especiales que para el pagaré contempla el artículo 709 del C. de Comercio, lo que pone de presente que es idóneo para la ejecución impetrada en los términos del artículo 488 del C. de P. Civil.

Igualmente, se aportó en copia auténtica la escritura pública No. 5.036, otorgada el 22 de diciembre de 2004, con la constancia que es la primera copia tomada del original presta mérito ejecutivo (Véase folios 7 a 13 del cuaderno principal).

Es pertinente precisar que también se trajo como título ejecutivo, el mencionado instrumento público, en el que se documentó la obligación por quince millones de pesos (\$15'000.000.00).

2. Del disenso:

Por razón de método la Sala en primer lugar determinará cuáles fueron los títulos que se allegaron al proceso como base de recaudo ejecutivo; luego, se referirá al título ejecutivo y al título hipotecario.

Sobre el primer tópico se advierte: En el hecho primero de la demanda se afirma que se constituyó hipoteca por cuantía de \$150'000.000.00, discriminados así: \$15'000.000.00 en la constitución de la hipoteca y dos pagarés, cada uno por \$67'500.000.00, firmados en Envigado, lugar donde se debe efectuar el pago el día 22 de diciembre de 2005; luego, en el

hecho quinto de la demanda, reitera que sobre el crédito contenido en la hipoteca se fijó el municipio de Envigado, como lugar donde se debe efectuar el pago de la obligación, al igual como ocurre con los pagarés suscritos, para concluir que la jurisdicción para el cobro corresponde a los jueces civiles del circuito de Envigado.

Al proceso se allegó como anexo sendos pagarés como se puede apreciar a folios 5 y 6 del cuaderno principal; igualmente, se aportó el título hipotecario antes reseñado, en el cual se consignó expresamente que es una hipoteca abierta sin límite de cuantía (folios 8 Vto. del cuaderno principal); que garantiza el pago de todas las obligaciones presentes o futuras, que consten en letras de cambio, cheques, facturas, contratos de prenda, de mutuo, etc., o de cualquier otro título valor.

Con relación a la obligación por un monto de \$15'000.000.00, expresamente consigna el instrumento público referido: *"PARAGRAFO: Se protocoliza carta firmada por la sociedad acreedora, por el valor del préstamo otorgado a la señora VALENTINA CARDONA VALLEJO por la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15'000.000.00).*

"DECIMA PRIMERA: El plazo para cancelar la hipoteca es de un (1) año contado a partir de la fecha de esta escritura, reconociendo intereses al dos por ciento (2%) mensual pagaderos por mensualidades anticipadas a partir del día 22 de Diciembre de 2004" (véase folios 12 del cuaderno principal).

De entrada se advierte que la hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, que expresamente quedó consignado que se garantizaban las obligaciones presentes o las futuras que llegare a adquirir la garante, las cuales pueden estar documentadas en títulos valores, entre otros documentos; que en la escritura pública no aparece

consignado el importe de los pagarés cuyo recaudo se pretende a través de este proceso, ni siquiera alude a esas obligaciones.

Lo anterior pone de presente que a más de la escritura pública, que sirve de soporte para el cobro de \$15'000.000.00, se allegaron los pagarés referidos, cada uno por un importe de \$67.500.000.00, siendo estos los títulos base de recaudo allegados en los términos del artículo 488 del C. de P. Civil, pues el título escriturario ni siquiera alude a estas obligaciones; pero si están soportados en títulos valores, necesariamente quedan sujetos a los efectos connaturales de las obligaciones cambiarias, sin que se pueda sugerir que están regidos por las reglas establecidas para la hipoteca, como se pasa a indicar.

Consecuente con lo anterior, es pertinente puntualizar que no se puede confundir la garantía hipotecaria con las obligaciones que respalda; pues en realidad son dos actos diferentes, de naturaleza diversa y gobernados por distinta normatividad.

La hipoteca es accesoria, incluso, depende de la obligación que respalda, siendo esta autónoma y principal, y no dependiente, la cual se puede exigir por sí sola, para cuyo efecto el acreedor puede renunciar a la acción real, para hacer valer la acción personal frente al deudor, en cuyo caso, puede obtener el pago de la prestación con otros bienes diferentes a los afectados con garantía real.

En este sentido, al referir a las características de la hipoteca se pronuncia autorizada doctrina a nivel nacional, en los siguientes términos: *"Es un derecho real accesorio, en el sentido de que su existencia depende de una obligación principal que garantiza. No puede, pues, existir por sí solo, y de allí que si la obligación principal se extingue por cualquier causa, el derecho de hipoteca*

se extingue junto con la obligación principal". El carácter accesorio de la hipoteca significa igualmente que ese derecho sigue a la obligación principal adonde quiera que esta vaya, y por eso la cesión de la obligación principal implica la de la hipoteca (arts. 1964 y 2493); no es posible, en cambio, ceder el derecho de hipoteca independientemente de la obligación a que accede. La accesoriedad se ve atenuada, empero, en el caso del art. 2438, inciso final, que admite que la hipoteca pueda existir con anterioridad al crédito que garantiza. Se da aquí el caso del derecho ambulatorio, así llamado precisamente porque sigue a otro derecho (principal) donde quiera que este vaya" (CESAR GOMEZ ESTRADA, De los Principales contratos civiles, Editorial Temis, Tercera Edición, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1999; Págs. 417 y 418).

Lo anterior permite concluir que en el presente caso, la prescripción está regulada por el régimen que consagra el C. de Comercio para los títulos valores, sin que en ello, tenga injerencia otros regímenes diferentes, como el consagrado para la hipoteca.

Consecuente con lo anterior tenemos: si la obligación se hizo exigible el 22 de diciembre de 2005, el plazo de prescripción venció el 22 de diciembre de 2008 y como la notificación apenas se vino a surtir el 14 de mayo de 2009, como se precisó en la parte expositiva, cuando la prescripción ya estaba consumada, la excepción propuesta está llamada a salir avante.

No sobra advertir que la presentación de la demanda no tuvo los efectos interruptores de la prescripción en los términos del artículo 90 del C. de P. Civil porque la orden de ejecución se notificó a la parte demandante el 11 de diciembre de 2006, tomando el escrito presentado al juzgado en esa fecha como una notificación por conducta concluyente, como se puede apreciar a folios 4 del

cuaderno principal, porque en el proceso no se advierte que con anterioridad se hubiera notificado a la ejecutante por algún otro medio, habiendo operado luego la notificación para la demandada por aviso, fechado el 28 de marzo de 2008, como se puede apreciar a folios 37 del cuaderno principal, la que tuvo en cuenta el señor juez a quo para seguir con el trámite del proceso; pero a decir verdad la prescripción no se interrumpió en razón de los efectos consagrados en el artículo 91-3 del C. de P. Civil, porque luego del trámite de rigor, el señor juez a quo decretó la nulidad de lo actuado en el proceso, porque la notificación de la orden de ejecución a la demandada fue irregular, habiendo comprendido el acto de notificación y cuando ésta se surtió en debida forma, el 14 de mayo de 2009, ya la prescripción estaba consumada.

En el presente caso no se puede afirmar que hubo mala fe de la parte demandada y que por tal razón no operó la prescripción, porque en verdad, si como lo reconoció el juzgado de primer grado, la notificación a la demandada fue irregular, lo que no le mereció ningún reparo a la parte demandante, pues no interpuso ningún recurso contra el interlocutorio que así lo consideró y decretó la nulidad; lo cierto es que las irregularidades que llevaron al traste con la validez del proceso no son ajenas a la parte demandante; es verdad que el juez como supremo director del proceso tiene el deber de ejercer un control de legalidad de los actos y del proceso, entre otras finalidades para evitar nulidades; pero también lo es, que con la reforma de la Ley 794 de 2003, la parte demandante ejerce un papel protagónico en la vinculación del demandado al proceso; pues él directamente está facultado para hacer las gestiones tendientes a obtener la notificación del auto que admite la demanda o de la orden de ejecución al demandado. Al efecto, en primer lugar puede remitir al demandado la comunicación en los términos del artículo 315 del C. de P. Civil para que concurra al juzgado a notificarse

personalmente y si no se presenta dentro del término legalmente previsto, luego, puede remitir el aviso notificando al demandado en los términos del artículo 320 del C. de P. Civil, procedimientos que fueron realizados por la parte ejecutante en este proceso, debidamente asistida de profesional del derecho idóneo; luego, si no tuvo la precaución de cumplir con todas las formalidades legalmente previstas, no puede venir luego a descargar todo el peso de la responsabilidad en otros sujetos, como en el juzgado o la parte demandada.

3. Conclusión.

De lo anterior se concluye que no le asiste razón a la parte demandante, razón por la cual se impondrá la confirmación de la sentencia de primer grado.

Se condenará a la parte demandante a pagar las costas de segunda instancia a favor de la demandada. Las agencias en derecho serán fijadas por el ponente, las cuales se cuantifican en un millón de pesos (\$1'000.000.00).

IV. RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISION CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1. Se confirma la sentencia de primer grado, por lo dicho en la parte motiva

2. Se condena a la parte demandante a pagar las costas de segunda instancia a favor de la demandada. Como agencias y trabajos en derecho se fija por el magistrado ponente, la suma de un millón de pesos (\$1'000.000.00) M. L.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los Magistrados,

LUIS ENRIQUE GIL MARIN

SERGIO DE JESÚS GOMEZ RODRIGUEZ

DORA ELENA HERNANDEZ GIRALDO