

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado en Acta de Sala No. 164

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, junio once (11) del año dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	CIVIL- DECLARATIVO PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE HIPOTECA
RADICACIÓN:	81-736-31-89-001-2018-00296-01
RAD. INTERNO:	2021-00021
DEMANDANTE:	DEMETRIO BONILLA PARRA
DEMANDADO:	BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.
ASUNTO:	APELACIÓN SENTENCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., contra la sentencia proferida en audiencia el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena¹, a través de la cual declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por el accionado y decretó la extinción de la hipoteca abierta, constituida por el señor DEMETRIO BONILLA PARRA a favor del citado Banco mediante Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007, y de todas las demás obligaciones garantizadas con dicho título hipotecario.

HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA²

DEMETRIO BONILLA PARRA, a través de apoderada judicial, el 16 de noviembre de 2018 formuló demanda ordinaria de extinción de hipoteca por prescripción contra el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., para lo cual solicitó: *(i)* decretar la cancelación no solo de la obligación contraída por su mandante, derivada de un crédito de mutuo con interés y garantizada con la hipoteca contenida en la Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007, sino también de la hipoteca misma y, como consecuencia de lo

¹ Dr. Rafael Enrique Fontecha Barrera.

² Fls. 1 a 5 expediente digital del Juzgado.

anterior; (ii) ordenar que la Oficina de Instrumentos Públicos de Arauca proceda a registrar la cancelación de la inscripción del gravamen hipotecario por vía judicial, como también; (iii) condenar al demandado a pagar los perjuicios ocasionados con su conducta, especialmente lo atinente el lucro cesante y las expensas del proceso, entre ellas, el registro y protocolización de los instrumentos que permitan materializar el fallo proferido en este asunto, así como las costas procesales y las agencias en derecho.

Para sustentar sus pedimentos adujo, que su prohijado constituyó a favor del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. hipoteca, mediante Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007 de la Notaría Única del Círculo de Tame, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 410-18434 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Arauca, para garantizar el pago del pagaré No. 73706100002906 por la suma de doscientos ocho millones veinticuatro mil ochocientos diecinueve pesos (\$208.024.819); y que en las cláusulas 4 y 15 se estableció que se trataba de una hipoteca abierta que respaldaba todas las obligaciones, sin importar su origen y cuantía, y por tiempo indefinido.

Precisó, además, que el señor DEMETRIO BONILLA PARRA, mediante Escritura Pública No. 2331 del 14 de septiembre de 2010 de la Notaria 43 del Círculo de Bogotá D.C., transfirió por compraventa a los señores MIRIAN MERCEDES FORERO DE BONILLA, MANUEL FRANCISCO BONILLA FORERO y MARÍA ALEJANDRA BONILLA FORERO la propiedad que garantizaba su obligación crediticia, venta que quedó registrada en la anotación número 4 del folio de matrícula inmobiliaria No. 410-18434.

Añadió, que si bien el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. adelantó ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena el proceso ejecutivo de mayor cuantía No. 81-736-31-89-001-2017-00056-00, contra los nuevos propietarios, ese Despacho a través de la sentencia anticipada No. 017 del 21 de febrero de 2018 levantó las medidas cautelares ordenadas al interior de esa actuación procesal y dejó sin valor legal el pagaré No. 73706100002906, aduciendo que éste había prescrito y, por tanto, no podía ser cobrado.

Explicó que, teniendo en cuenta lo anterior, el señor DEMETRIO BONILLA PARRA solicitó a la entidad bancaria demandada paz y salvo de su obligación, y que en respuesta el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. del Municipio de Tame expidió, el 10 de agosto de 2018, certificación de deuda donde se observa que a su mandante solo le figuraba la obligación No. 7250737000097369, la cual se dejó sin efectos en la sentencia del 21 de febrero de 2018.

Indicó, también, que en varias oportunidades durante los meses de marzo a septiembre de 2018 solicitó al Banco demandado suscribiera la Escritura Pública de cancelación del

gravamen hipotecario, pero a la fecha de presentación de la demanda esa petición no había sido resuelta, y que el 2 de noviembre de 2018 en diligencia de conciliación surtida en el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá D.C., convocada a petición de su prohijado, el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. se negó a cancelar la hipoteca contenida en la Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007.

CONTESTACIÓN DEL BANCO DEMANDADO³

Notificado el auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de rigor el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., a través de apoderado judicial y en forma oportuna, en respuesta manifestó⁴, que aceptaba que el demandante constituyó garantía hipotecaria a favor de su poderdante mediante Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007, otorgada en la Notaria Única del Municipio de Tame, la cual se encuentra inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 410-18434 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Arauca, para garantizar las obligaciones que tuviese con el BANCO, pasadas, presentes o futuras, y; añadió, que resultaba curioso que tres años después de haberse constituido el gravamen hipotecario el señor DEMETRIO BONILLA PARRA hubiese transferido el inmueble hipotecado a sus dos hijos y esposa.

Adicionalmente, señaló como cierto que en ejercicio de la acción cambiaria derivada del pagaré No. 73706100002906, suscrito por el señor DEMETRIO BONILLA PARRA y correspondiente a la obligación No. 7250737000097369, el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. inició el proceso ejecutivo hipotecario de mayor cuantía No. 81-736-31-89-001-2017-00056-00, ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena, contra los señores MIRIAN MERCEDES FORERO DE BONILLA, MANUEL FRANCISCO BONILLA FORERO y MARÍA ALEJANDRA BONILLA FORERO, como nuevos titulares inscritos en el folio de matrícula inmobiliaria No. 410-18434 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Arauca, perteneciente al predio denominado "El Limón", ubicado en el perímetro urbano del Municipio de Tame.

Explicó, además, que si bien al interior del proceso No. 2017-00056-00 se profirió sentencia anticipada el 21 de febrero de 2018, disponiendo el levantamiento de la medida de embargo decretada en esa actuación judicial y resolviendo en su numeral 4º "DECLARAR probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria del pagaré No. 73706100002906 del 11 de noviembre de 2009, base del recaudo ejecutivo de la referencia", en tal proveído no se había dejado sin efectos la obligación que se ejecutó, como erradamente lo sostiene la parte demandante en su escrito introductorio.

³ Fls. 99 a 106 expediente digital del Juzgado.

⁴ el 13 y 15 de marzo de 2019

Por otro lado, aclaró, que pese a que se decretó la prescripción de la acción cambiaria derivada del pagaré No. 73706100002906, su representado no puede expedir el paz y salvo que pretende el demandante ni mucho menos cancelar el gravamen hipotecario base de la acción, porque aún hay una obligación insatisfecha de su parte, y la cancelación del gravamen únicamente corresponde al BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. en caso de que la obligación se hubiese pagado o exista una decisión judicial que así lo determine. En ese sentido, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló para ello las siguientes excepciones de mérito:

- *«Vigencia de la obligación principal»*, respecto de la cual argumentó que, cuando la acción cambiaria contenida en un pagaré se declara prescrita, mediante sentencia emitida por autoridad judicial, la obligación subsiste de forma natural por medio de la acción ordinaria por un término de 10 años más, como lo establece el art. 1527 del Código Civil. Por lo tanto, no es posible acceder a la cancelación del contrato de hipoteca mientras exista en la vida jurídica la obligación principal, en cuanto no obra prueba de pago o de extinción de la obligación en las formas previstas en la Ley, siendo necesario aplicar el art. 1528 *ibídem* sobre la validez del acto jurídico del cual se deprecia la extinción.

- *«Falta del elemento esencial para declarar la prescripción extintiva»*, toda vez que para que proceda la cancelación del gravamen hipotecario deprecado es indispensable que la obligación principal se encuentre extinguida por cualquiera de los medios previstos en el art. 2537 del Código Civil, máxime si se tiene en cuenta que el tipo de hipoteca que se constituyó a favor del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. es abierta, lo cual significa que no solo garantizaba las obligaciones suscritas por el deudor para ese momento sino también las que tuviere a futuro con la entidad bancaria, que tiene el derecho de la garantía.

Agregó, que la hipoteca se extingue de manera principal al pasar más de 10 años sin que se ejerza la acción correspondiente o, también de manera consecuencial, cuando el crédito garantizado con la hipoteca prescribe, pues siendo ésta accesorio tiene el mismo destino que la obligación a la que se encuentre atada, condiciones que no se configuran en este caso donde la obligación principal subsiste de forma natural.

- *«Enriquecimiento sin causa»*, fundamentada en que el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. le otorgó un crédito al señor DEMETRIO BONILLA PARRA, quien sin tener una causa legítima se abstuvo de cancelar su obligación bancaria, y ocasionó con ello un cuantioso incremento en su patrimonio y un empobrecimiento correlativo de su poderdante, pues los dineros entregados al demandante en calidad de préstamo, es decir, la suma de \$208.024.819, eran recursos propios del demandado. Añadió, que el actor no hizo el

menor esfuerzo para cubrir su deuda y en cambio sí se aprovechó del paso del tiempo para interponer la presente acción judicial.

Destacó, igualmente, que el comportamiento del señor BONILLA PARRA no solo menguó el capital del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. sino que también privó a otros colombianos de la oportunidad de acceder a créditos bancarios. Por último, aclaró, que en atención a lo dispuesto en el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio, que prevé: "*Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año*", su representado convocó al señor DEMETRIO BONILLA PARRA a audiencia de conciliación para ejercer la acción de enriquecimiento sin causa.

- La «*genérica*», para que si se encuentran acreditados hechos que den lugar a la declaratoria de una excepción adicional a las ya propuestas, sea reconocida al dictar la correspondiente sentencia.

SÍNTESIS PROCESAL

Presentada personalmente la demanda por la apoderada judicial el 16 de noviembre de 2018⁵, como se enunció precedentemente, correspondió por reparto al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena, Despacho que la admitió por auto interlocutorio de diciembre 3 de 2018 y dispuso la notificación del extremo pasivo⁶. Luego, el 11 de febrero de 2019, vinculó a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO al trámite, y al estimar que la notificación del demandado no se efectuó en debida forma requirió a la parte actora para que lo hiciera correctamente⁷.

Surtida la notificación,⁸ el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. los días 13 y 15 de marzo de 2019 contestó la demanda y propuso excepciones de mérito para atacar las pretensiones del actor⁹. Después, mediante auto de marzo 26 de 2019 se señaló el 5 de agosto siguiente como fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el art. 372 del C.G.P.,¹⁰ que no se surtió debido a que no se había notificado a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO¹¹. El 1º de noviembre de 2019 se fijó como nueva fecha para la audiencia el 11 de diciembre de 2019¹², día en que no compareció ni el

⁵ Fls. 1 a 5 expediente digital del Juzgado.

⁶ Fl. 61 expediente digital del Juzgado.

⁷ Fls. 89 y 90 expediente digital del Juzgado.

⁸ Fl. 97 expediente digital del Juzgado.

⁹ Fls. 99 a 106 expediente digital del Juzgado.

¹⁰ Fls. 107 y 108 expediente digital del Juzgado.

¹¹ Fls. 113 a 115 expediente digital del Juzgado.

¹² Fls. 148 y 149 expediente digital del Juzgado.

demandante ni su apoderada judicial, por lo tanto, se impusieron las sanciones procesales y probatorias del caso, concretamente se dispuso tener como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos de la contestación de la demanda, y reconocer la confesión presunta prevista en el art. 205 del C.G.P. por no asistir al interrogatorio de parte¹³.

Del mismo modo, se indicó ese 11 de diciembre de 2019, que debido a que el demandado era una entidad pública se debía aplicar lo dispuesto en el art. 195 del C.G.P. y, por lo tanto, se requirió al representante legal del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. para que dentro de los 10 días siguientes presentara un informe sobre los hechos debatidos en la demanda, so pena de imponérsele las sanciones de Ley¹⁴. Seguidamente, se evacuaron las etapas de fijación del litigio, control de legalidad y se decretaron las pruebas a practicar, fijándose la audiencia de instrucción y juzgamiento para el 30 de abril de 2020, fecha en que no se llevó a cabo en razón a la suspensión de términos ordenada por el Consejo Seccional de la Judicatura del 16 de marzo al 30 de junio de 2020, siendo entonces señalada para el 15 de octubre del citado año¹⁵, día en que practicaron las pruebas decretadas, se surtieron las alegaciones correspondientes y se profirió la respectiva decisión de fondo¹⁶.

LA SENTENCIA IMPUGNADA¹⁷

Tal como se enunció precedentemente se trata del fallo proferido por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena el 15 de octubre de 2020, por medio del cual se resolvió: (i) declarar no probadas las excepciones propuestas por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.; (ii) decretar extinguida no solo la hipoteca abierta constituida por BONILLA PARRA a favor del citado Banco, mediante la Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007 de la Notaría Única del Circulo de Tame, e inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria 410-18434 correspondiente al predio denominado "El Limón", ubicado en el perímetro urbano del Municipio de Tame, sino también todas las obligaciones garantizadas con aquella (*hipoteca*); (iii) negar las demás pretensiones de la demanda; (iv) oficiar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Arauca y a la Notaría Única del Círculo de Tame, la primera, para que cancele el gravamen hipotecario y, la segunda, con el fin que haga la anotación en la referida Escritura Pública, y; (v) condenar en costas al demandado, fijando las agencias en derecho en 1 S.M.L.M.V.

¹³ Fls. 150 a 153 expediente digital del Juzgado.

¹⁴ Requerimiento que se cumplió por el Banco el 20 de enero de 2020.

¹⁵ Fls. 173 y 174 expediente digital del Juzgado.

¹⁶ Fls. 202 a 203 expediente digital del Juzgado.

¹⁷ Fl. 203 expediente digital del Juzgado.

Consideró el juez de instancia que el problema jurídico principal se orientaba a determinar, si la hipoteca recogida en la Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007 de la Notaría de Tame se extinguió con ocasión de la prescripción de la acción cambiaria derivada del pagaré No. 073706100002906 y declarada en la sentencia anticipada, proferida por ese Despacho el 21 de febrero de 2018 dentro del proceso ejecutivo singular Radicado con el No. 2017-00056-00, y; además, establecer si la obligación contenida en citado pagaré podía expirar, como lo solicita el actor, como resultado de la declaración de prescripción de la acción cambiaria ordenada en el mencionado fallo.

Sostuvo, que en la sentencia emitida el día 21 de febrero de 2018 se declaró la prescripción de la acción cambiaria a través de la cual podía cobrarse ejecutivamente la obligación contenida en el pagaré No. 073706100002906, hecho sobre el cual no había ninguna controversia, pues ambas partes reconocieron tal situación, y; que conforme a lo anterior, era claro entonces que tras la prescripción de la acción cambiaria, la obligación civil contenida en el título valor derivó en una mera obligación natural, como lo prevé el numeral 2º del art. 1527 C.C.

Destacó que el art. 2536 del Código Civil establece que una vez convertida la obligación ejecutiva en ordinaria solo prevalece por 5 años más, es decir, que si la acción cambiaria prescribió el 17 de diciembre de 2013, según se señaló en el fallo del 21 de febrero de 2018 proferido al interior del proceso ejecutivo Radicado con el No. 2017-00056-00, el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. como acreedor del señor BONILLA PARRA contaba con 5 años más para ejercer cualquier acción ordinaria en procura de obtener el reconocimiento de la obligación natural contenida en el pagaré No. 073706100002906, específicamente la acción de enriquecimiento sin causa.

Aclaró, además que, si bien el apoderado judicial del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. adujo que el término de prescripción ordinario en este caso es de 10 años, lo cierto es que conforme a lo establecido por el art. 2536 del Código Civil¹⁸, la acción ordinaria prescribió el 17 de diciembre de 2018.

Adicionalmente, manifestó, que extinguida la obligación civil en virtud de la prescripción cambiaria, la hipoteca corre la misma suerte, pues aunque se trataba de una hipoteca abierta, sin límite en su cuantía y en el tiempo, no era indefinida, porque en todo caso dependía de la obligación principal por tratarse de un negocio accesorio, por lo que se preguntó ¿cuál sería entonces el objeto de una garantía real sobre una obligación que no se podía cobrar ejecutivamente al deudor?, para señalar, que no era lógico que se

¹⁸ Norma que establece que convertida la acción ejecutiva en ordinaria ésta solo prevalece por 5 años más.

predicara la vigencia de una hipoteca abierta cuando no existe ninguna obligación principal entre las partes que pueda ejecutarse.

Explicó que distinto sería que el Banco demandado, en ejercicio de su derecho de defensa, hubiera demostrado la existencia de una nueva deuda a cargo del señor DEMETRIO BONILLA PARRA, lo cual sí soportaría la vigencia de la hipoteca, pues al haberse constituido como abierta podía garantizar cualquier obligación, sin embargo, dentro del plenario solo se acreditó la derivada del pagaré No. 073706100002906 que vinculó a las partes, amén que el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. no podía pretender la imposición de una prenda hipotecaria para garantizar una obligación natural, respecto de la cual no tiene ninguna acción para su cobro.

Continuando con su argumentación, el juez de primera instancia resaltó, que la presunción ficta derivada de la inasistencia del demandante a la audiencia inicial del 11 de diciembre de 2019 no modificaba en nada las consideraciones expuestas, porque la contundencia de la prueba documental analizada y la claridad de la normatividad y la jurisprudencia citada¹⁹ es incuestionable. En ese sentido, concluyó la prosperidad de las pretensiones de la demanda, excepto la concerniente al pago de perjuicios por lucro cesante en razón a que éstos no se demostraron.

Ahora, respecto a las cuatro excepciones de mérito que propuso el apoderado judicial del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. en la contestación de la demanda, el *a quo* estimó lo siguiente:

- Frente a las dos primeras, estas son, la «*vigencia de la obligación principal*» y la «*falta de elemento esencial para declarar la prescripción extintiva*», dijo, que para su improsperidad bastaba reiterar que la hipoteca es un contrato accesorio que existe única y exclusivamente para garantizar la obligación principal, es decir, que al estar supeditado a otro contrato su existencia y validez depende totalmente de éste y, por consiguiente, aunque se trate de una hipoteca abierta, si la obligación principal se extingue y no hay otra pendiente por cobrar entre las partes también debe extinguirse el contrato accesorio, máxime cuando aquí se demostró que tanto la acción ejecutiva como la ordinaria que podían derivarse del pagaré No. 073706100002906 están prescritas, la primera desde el 17 de diciembre de 2013 y la segunda a partir del 17 de diciembre de 2018.

¹⁹ Sentencia del 25 de mayo de 2010, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Radicado 23001-31-10-002-1998-00467-01, siendo M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla. Sentencia del 7 de octubre de 2009, Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del rad. 0620050029501, M.P. Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez, y la sentencia del 14 de diciembre de 2011, Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia, expediente 11001-3103-020-2008-00422-01, siendo M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

- En cuanto a las dos últimas excepciones, es decir, la de «*enriquecimiento sin causa*» y la «*genérica*», expuso, que en virtud del principio de la carga probatoria al actor le incumbe probar los hechos de sus pretensiones y al demandado los presupuestos de sus excepciones, por lo tanto, al accionado en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción no le era suficiente enunciar las excepciones en las que funda su tesis sino que además debía acreditarlas, de ahí que no era posible aceptar la excepción denominada "*genérica*" sin ningún tipo de argumentación y demostración.

Con relación a la excepción de "*enriquecimiento sin causa*", precisó, que la jurisprudencia de la Corte Suprema, puntualmente la sentencia de diciembre 14 de 2011 emitida por la Sala de Casación Civil dentro del expediente 11001-3103-020-2008-00422-01, estableció que el demandado en estos casos tiene la carga imperativa de demostrar la pérdida sufrida por él y la ganancia obtenida por su contraparte, carga que no cumplió el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. pues no aportó prueba que soportara su excepción, amén que ni siquiera propuso demanda de reconvención cuando el objeto de la *Litis* no era el enriquecimiento sin causa sino la prescripción de la garantía real.

A la par, indicó, que siempre que se configure la prescripción de una acción cambiaria o de una hipoteca establecida como garantía real y accesoria a esa acción, y haya ausencia de pago va a existir un enriquecimiento sin causa, lo cual no implica *per se* que se dé al traste con las pretensiones prescriptivas de la obligación principal y/o de la accesoria, porque sería tanto como considerar que el legislador no previó la prescripción frente a ese tipo de situaciones.

Señaló, asimismo, que la afirmación del apoderado judicial del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. en el sentido que el actor no honró sus obligaciones, no era suficiente para despachar negativamente sus pretensiones, porque si ello fuese así simplemente la figura de la prescripción de las obligaciones no existiría, pues la misma en principio fue estipulada en la Ley a favor del deudor incumplido. Además, resaltó, que ninguna duda surgía frente a la legitimación en la causa por activa ya que la hipoteca fue suscrita por el señor DEMETRIO BONILLA PARRA y, por consiguiente, él estaba habilitado para interponer la demanda en este asunto y no los actuales propietarios del inmueble denominado "El Limón".

Finalmente, esbozó, que no tenía ninguna relevancia para los resultados del proceso que el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. fuese el "único" banco público en Colombia, porque el legislador no había hecho distinción tratándose de entidades financieras. Asimismo, puntualizó, que para la solución del caso concreto tampoco era un argumento jurídicamente analizable que al señor BONILLA PARRA se le hubiera otorgado un

préstamo bastante cuantioso, y que ello hubiese limitado la posibilidad de que otras personas accedieran a esa clase de créditos en el Departamento de Arauca.

EL RECURSO DE APELACIÓN Y SU SUSTENTACIÓN²⁰

Inconforme con la anterior determinación el apoderado judicial del demandado interpuso recurso de apelación, a través del cual formuló los reparos a la decisión de primer grado que se concretan, en síntesis, en la errada interpretación que hizo el *a quo* de las pruebas recabadas, que lo llevaron a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

Así, adujo que, pese a que en la sentencia anticipada del 21 de febrero de 2018 se declaró la prescripción de la acción cambiaria derivada de la obligación No. 7250737000097369, instrumentalizada en el pagaré No. 73706100002906, tal vínculo aún se encontraba vigente de forma natural. Ello, por cuanto el art. 2536 del Código Civil, modificado por el art. 8° de la Ley 791 de 2002, establece que la acción ejecutiva prescribe por 5 años y la ordinaria por 10 años, términos que a su juicio no han transcurrido, ya que respecto de la primera la prescripción operaría el 28 de febrero de 2023 y para la segunda en el año 2028.

Argumentó que, si la acción cambiaria declarada prescrita pasaba de ejecutiva a ordinaria por el lapso de 5 años, y ésta última dura otros 5 años más, el juez de primera instancia no debió acceder a las pretensiones de la demanda porque ese término no había fenecido. De otra parte, añadió que, si bien en el fallo del 21 de febrero de 2018 el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena consideró que el término para ejercer la acción cambiaria, derivada del título, venció el 17 de diciembre de 2013, ello no implicaba que en esa fecha también hubiera prescrito la obligación, porque la declaratoria judicial de prescripción de la acción cambiaria "no extingue la obligación fundamental".

Precisó, igualmente, que el *a quo* no tuvo en cuenta que la oficina del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. del Municipio de Tame, el 18 de agosto de 2018, expidió a petición del señor DEMETRIO BONILLA PARRA certificación de su deuda, circunstancia que debió considerarse como una interrupción y/o renuncia de la prescripción, por cuanto el mismo actor solicitó se le certificara la obligación No. 7250737000097369, instrumentalizada en el pagaré No. 73706100002906, *(ya que a nadie más se le expide esa clase de documento por habeas data)*, y con ello reconoció el derecho de su acreedor.

²⁰ Fls. 204 a 215 expediente digital del Juzgado, y fls. 12 a 16 y 26 a 31 cuaderno electrónico del Tribunal

Agregó, que según el art. 2514 del Código Civil a la prescripción se puede renunciar expresa o tácitamente después de cumplida, y en este caso cuando se expidió a petición del demandante la certificación de su deuda él renunció implícitamente a tal figura, por lo tanto, los términos prescriptivos se contabilizarán nuevamente desde el 18 de agosto de 2018, y; conforme al art. 2539 del mismo Código la prescripción extintiva puede interrumpirse natural o civilmente, y acá se dio de manera natural cuando el deudor reconoció la obligación.

De otra parte, señaló, que al encontrarse vigente la obligación principal no procedía acceder a las pretensiones de la demanda, ya que no se cumplían las condiciones establecidas en el contrato de hipoteca, pues en sus cláusulas se estipuló que era por tiempo ilimitado y sin cuantía determinada. Destacó, además el recurrente, que no era posible ordenar la cancelación del gravamen hipotecario por ser accesorio a la obligación principal, tal como lo prevé el art. 2457 del Código Civil.

Por último, acotó, que no compartía el análisis que se hizo de la excepción de enriquecimiento sin causa toda vez que, aunque no era viable alegarla a través de la demanda de reconvención atendida la naturaleza de las dos acciones, sí se constituía en un medio de oposición para la prosperidad de la cancelación deprecada, aspecto que anunció profundizaría al momento de sustentar el recurso en segunda instancia. En suma, pidió revocar la sentencia proferida por el juez de primer grado el 15 de octubre de 2020.

TRASLADO A LA PARTE NO RECURRENTE²¹

Al corrérsele traslado de los argumentos planteados por el Banco recurrente, la parte actora manifestó, que el término prescriptivo establecido en el art. 2536 del Código Civil Colombiano se contabiliza en el *sub-judice* desde el 17 de diciembre de 2010, es decir, desde la fecha de vencimiento del pagaré No. 73706100002906, y no desde aquella en que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena decretó la prescripción de la acción civil derivada de ese título valor, pues en la decisión, que hizo tránsito a cosa juzgada, se aclaró que tal figura operó el 18 de diciembre de 2013.

Dijo, además, que siendo el gravamen hipotecario una consecuencia accesorio de la obligación principal debe cancelarse, porque al prescribir el pagaré No. 73706100002906 que la contenía dejó de cumplir con los requisitos dispuestos en el art. 422 del C.G.P., en razón a que perdió su vigencia y, por consiguiente, su exigibilidad.

²¹ Fls. 40 a 43 cuaderno electrónico del Tribunal.

Finalmente, sostuvo, que el hecho que BONILLA PARRA hubiese solicitado un estado de cuenta ante el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. no implica que haya reconocido tácita o expresamente la obligación crediticia, ni mucho menos que tal conducta sirva para revivir los términos prescriptivos, toda vez que jamás puede entenderse que elevar una consulta ante una autoridad pública o privada constituya la aceptación de una obligación, máxime si se tiene en cuenta que el art. 74 de la Constitución Política de Colombia faculta a los ciudadanos a acceder a la información contenida en documentos, sin que ello implique respecto de ellos compromiso alguno.

En consecuencia, pidió confirmar la decisión de primera instancia y ordenar el archivo definitivo de las diligencias.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente actuación en virtud de lo normado en los arts. 31 numeral 1º y 35 del C.G.P., por tratarse de una impugnación de sentencia proferida por un Juez del Circuito.

De manera preliminar debe advertirse, que la función del Tribunal queda delimitada por las específicas disquisiciones vertidas por el abogado del recurrente al formular la alzada, acto que fija la competencia del superior al tenor de los artículos 320 y 328 del C.G.P.

En efecto, el artículo 320 del C.G.P. establece, que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos que el apelante haya manifestado contra la providencia de primer grado, para que la revoque o reforme. A su turno, el artículo 328 fija los principios, reglas y limitaciones al poder del juez, destacándose entre ellos, que la apelación se entiende interpuesta solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que los reparos formulados por el recurrente, en últimas, se enfilan a atacar las conclusiones del *a quo*, cuando declaró: (i) que en este caso se debe cancelar la hipoteca abierta constituida a favor del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., porque el

demandado ya no cuenta con acciones judiciales para cobrar al señor BONILLA PARRA la obligación No. 7250737000097369, instrumentalizada en el pagaré 73706100002906, por haber dejado transcurrir el término de prescripción que prevé el art. 2536 del Código Civil para ejercer la acción ordinaria, y; (ii) que no se probó la ocurrencia de la excepción de mérito de enriquecimiento sin causa propuesta por el accionado, corresponde a la Sala determinar, si a este asunto le es aplicable o no el referido artículo del Código Civil, y si del acervo probatorio obrante en el plenario se logra acreditar la interrupción o renuncia tácita de la prescripción por parte del actor y la prosperidad del citado medio exceptivo.

Para resolver la cuestión planteada esta Sala abordará, en primer lugar, los temas relativos a la definición de hipoteca abierta y la figura de la prescripción como medio de extinguir acciones judiciales, especialmente la extintiva derivada de los títulos valores; luego, se analizará la acción de enriquecimiento sin causa, y; finalmente, se examinará el caso concreto teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, la jurisprudencia que desarrolla la anterior temática y contrastando el acervo probatorio con los ataques endilgados a la sentencia de primer nivel, para así determinar, si la parte recurrente aún puede ejercer alguna acción para obtener del señor BONILLA PARRA el pago de la obligación No. 7250737000097369, instrumentalizada en el pagaré No. 73706100002906, y si se acreditó la excepción de enriquecimiento sin causa.

3. Precisiones previas

3.1. Definición de hipoteca abierta.

De conformidad con los arts. 2432 y 2434 del Código Civil, la hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre bienes inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor, y para su validez requiere que se otorgue mediante escritura pública. Igualmente, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que su carácter esencial es "*ser un derecho real accesorio*", ya que su finalidad no es otra que respaldar el cumplimiento de una obligación principal, por lo tanto, si la obligación se extingue necesariamente el gravamen desaparece con ella²², esto también lo establece el art. 2457 *ibídem*.

Ahora, cuando de la hipoteca abierta se trata, tenemos que esa misma Corporación en Sentencia del 4 de mayo de 2020,²³ la definió como "*un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar, de manera general, el cumplimiento de una o varias obligaciones a cargo del deudor y a favor del acreedor, determinables durante la vigencia de la relación*

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de septiembre de 2014, rad. 11001-22-03-000-2014-01241-01, STC12478-2014, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de segunda instancia de tutela del 4 de mayo de 2020, rad. 68001-22-13-000-2020-00044-01, siendo M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

contractual entre las partes”, en la cual “las prestaciones generalmente son futuras, pues, al momento de la constitución de la garantía, son indeterminadas en su existencia o cuantía”. Y allí también se aclaró que “de extinguirse la obligación principal fenece la obligación accesorio, en virtud del principio general del derecho de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

3.2. La prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales.

El Código Civil Colombiano en su artículo 2512 reconoce la prescripción como el modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. A su turno, el artículo 2535 de esa misma Codificación consagra puntualmente la prescripción extintiva en los siguientes términos:

"Artículo 2535. <Prescripción extintiva>. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”.

Con relación a la prescripción extintiva el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en sentencia del 18 de diciembre de 2019, Rad. 2013-00104-01, señaló, que a esta clase de prescripción el legislador no solo le confirió el alcance de extinguir la acción sino también el derecho mismo, por lo tanto, si se configura tal fenómeno fenece toda la posibilidad de ejercicio del derecho. Veamos:²⁴

*"4.1. Para el sub judice interesa la prescripción extintiva, a la cual el legislador patrio confiere no solo el **alcance de extinguir la acción, sino el derecho mismo, de suerte que al abrirse paso dicho fenómeno fenece toda posibilidad de ejercicio del derecho**, por la necesidad de brindar certeza y seguridad jurídica a derechos subjetivos, cuyo fundamento al decir de esta Corte descansa en,*

«el mantenimiento del orden público y de la paz social o, como asegurara un conocido autor, en “...la utilidad social...” (Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Ediciones Librería del Profesional, 1983, Bogotá, Colombia), busca proporcionar certeza y seguridad a los derechos subjetivos mediante la consolidación de las situaciones jurídicas prolongadas y la supresión de la incertidumbre que pudiera ser generada por la ausencia del ejercicio de las potestades, como quiera que grave lesión causaría a la estabilidad de la sociedad la permanencia de los estados de indefinición, así como la enorme dificultad que entrañaría decidir las causas antiquísimas. Por eso la Corte ha dicho que la institución “...da estabilidad a los derechos, consolida las situaciones jurídicas y confiere a las relaciones de ese género la seguridad necesaria para la garantía y preservación del orden social”, ya que “...la seguridad social exige que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas y que las situaciones de hecho

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2019, rad. 11001-31-03-018-2013-00104-01, SC5515-2019, M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco.

prolongadas se consoliden...” (Sentencia, Sala Plena de 4 de mayo de 1989, exp. 1880)» (CSJ SC de 13 de oct. de 2009, Rad. 2004-00605)”. (Subraya y Resalta este Despacho)

En similares términos se definió esa figura en providencia del 11 de noviembre de 2020²⁵, Rad. 60.656, donde expuso el alto Tribunal:

*"La prescripción es un modo de adquirir cosas ajenas, o bien, de extinguir las acciones y derechos, por haberse poseído dichas cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un lapso de tiempo determinado. **Es decir, la prescripción extintiva se entiende como una forma de extinción o desaparición de un derecho, real o personal o de una acción, cuando durante un determinado período de tiempo establecido en la ley, no se realizan ciertos actos, a lo que el ordenamiento le atribuye la consecuencia indicada** (CSJ SL2501-2018).*

Esta Sala de la Corte ha señalado que el fenómeno de la prescripción se justifica por razones de orden práctico y que exigen que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y se solucionen (CSJ SL, 2 may. 2003, rad. 19854)”. (Subraya y resalta este Tribunal)

Ahora, en cuanto a los términos generales de la prescripción extintiva, tenemos, que los arts. 2535 y 2536 del Código Civil establecen que para las acciones ejecutivas son cinco (5) años y para las ordinarias diez (10), término que se contabiliza a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible.

3.2.1. Prescripción extintiva derivada de títulos valores.

Como quiera que la prescripción en este caso deriva de un título valor, esto es, de un pagaré, debemos acudir a lo normado en el Código de Comercio, norma especial aplicable para dichos instrumentos crediticios, pues el art. 1º de esa Codificación dice que los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la Ley comercial y, a su turno, el numeral 6º del art. 20 *ibídem*, establece que son actos u operaciones mercantiles “*El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores*”.

Así también lo señaló la Corte Constitucional en sentencia del 12 de junio de 2002 y la Corte Suprema de Justicia en providencia del 13 de junio de 2012. Veamos:

*"La Corte Constitucional resalta que la norma en cuestión está consagrada en el artículo 731 del **Código de Comercio**. Este, como todo código, tiene por "función, más allá de la formal incorporación de normas en un sólo ordenamiento, (...) procurar la integración razonable de la legislación, atendiendo a las necesidades y circunstancias de la sociedad y a la perspectiva del propio legislador en torno a la manera más eficiente, armónica y realista de regular los diversos y cambiantes fenómenos de la vida colectiva"²⁶.*

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de noviembre de 2021, rad. 60.656, SL5159-2020, M.P. Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez.

²⁶ C-435/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz.

Una de las materias reguladas en dicho Código es la atinente a los títulos valores, bienes mercantiles regulados por el Código en su libro tercero.

*Como es bien sabido éstos constituyen en sí mismos un derecho distinto a los propios de la relación contractual que les dio origen. Una de sus principales funciones es la de brindar seguridad jurídica al acreedor.*²⁷ (Subraya y Resalta este Despacho)

*"Con tal proceder, **desatendió el juzgador las normas jurídicas que orientan los títulos valores**, en especial, los principios de literalidad y autonomía expresados en el artículo 619 del **Código de Comercio, así como el artículo 789 ibídem**, que fija el momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción de la acción cambiaria directa, en tres (3) años a partir del vencimiento".*²⁸ (Subraya y Resalta este Despacho)

Sumado a lo anterior, debemos recordar, que cuando existe una norma especial para una clase de asuntos ésta prevalece sobre la general, así lo enseña el art. 5º de la Ley 57 de 1887, al indicar que *"la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general"*. Por lo tanto, válido resulta concluir como se dijo atrás, que el Código de Comercio es la normatividad aplicable tratándose de títulos valores, y para efectos de los términos prescriptivos es menester acudir a los arts. 789 y 882 de la citada Codificación.

Con respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de julio de 2017,²⁹ cuando estudió en sede de tutela el trámite surtido al interior de un proceso ordinario donde se pedía se decretara la prescripción de la acción cambiaria y la de enriquecimiento sin causa con relación a un pagaré garantizado con una hipoteca abierta, y allí el *a quo* concluyó que el término de prescripción de ésta última acción se contabilizaba conforme el art. 2536 del Código Civil, dicha Corporación aclaró que la norma que se debió emplear era el art. 882 del Código de Comercio, porque una vez prescrita la acción cambiaria y la causal, la única acción procedente es la contenida en el inc. 3º de la legislación mercantil, esta es, la *in rem verso* o también llamada enriquecimiento cambiario o especial. Veamos:

"3. Atendidos los argumentos que fundan la solicitud de protección y aquellos que le sirvieron de apoyo a las indicadas decisiones judiciales, encuentra la Sala que es necesaria la intervención del juez constitucional, toda vez que en ellas se incurrió en un defecto de carácter sustantivo en la interpretación del artículo 882 del Código de Comercio.

En efecto, en el asunto que ahora se revisa, solicitaron los demandantes que se declarara la prescripción extintiva de la acción cambiaria y de la de enriquecimiento cambiario en relación con el pagaré suscrito el 24 de agosto de 1996, mediante el cual se obligaron a cancelar una suma de dinero al Banco de Bogotá.

A su turno, la entidad crediticia convocada, por vía de reconvención, solicitó que se declarara que el 24 de agosto de 1996 celebró un contrato de mutuo mercantil con César Augusto Restrepo Alzate, el cual fue incumplido por el deudor y en consecuencia se le condenar (sic) a pagar la cantidad mutuada junto con los intereses de mora.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-451 del 12 de junio de 2002, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de junio de 2012, rad. 11001-02-03-000-2012-01152-00, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de julio de 2017, rad. 76111-22-13-000-2017-00097-01, STC9965-2017, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado Municipal de Cartago accedió a las pretensiones de la demanda primigenia porque si bien el establecimiento de crédito con anterioridad había iniciado un proceso de ejecución hipotecaria tendiente a obtener el recaudo de la obligación contenida en el título valor, lo cierto es que al no resultar satisfecha en su totalidad y no haber ejercido el ejecutante las acciones tendientes a perseguir los demás bienes del obligado, el término prescriptivo reinició su conteo a partir de que se declaró la terminación de ese litigio.

Así las cosas, estimó que a la fecha de presentación de la demanda declarativa, esto es el 29 de mayo de 2014, se encontraba ampliamente superado el lapso de tres años de prescripción de la acción cambiaria más el adicional que la legislación mercantil le otorgaba al acreedor para ejercer la in rem verso, pues el conteo de los referidos términos debía iniciar a partir del 25 de noviembre de 2005, fecha en la que cobró ejecutoria el auto que ordenó la terminación del proceso hipotecario.

*No obstante lo anterior, al referirse a las pretensiones invocadas en la demanda de reconvencción, estableció dicho juzgador que aquellas también debían prosperar, pues a pesar de la prescripción anteriormente declarada, teniendo en cuenta que el título valor no fue otorgado con el fin de cancelar una obligación preexistente, la entidad crediticia aún contaba con la acción causal, es decir, aquella derivada del negocio jurídico que subyace al pagaré, respecto de las cuales, estimó, debían aplicarse los **plazos extintivos consagrados en el artículo 2536 del Código Civil, esto es, 10 años a partir de la negociación o 5 años después de agotada la acción ejecutiva.***

De esa manera, concluyó que en vista de que el contrato de mutuo se celebró el 24 de agosto de 1996 y la demanda de mutua petición fue formulada por el Banco antes de que se cumpliera el plazo de 10 años que la codificación civil establece, procedía declarar la existencia del contrato de mutuo en los términos consignados en el título valor prescrito así como su incumplimiento por el deudor con la consecuente condena dineraria.

4. Dicha motivación, en criterio de esta Corporación, es resultado de una equivocada y descontextualizada hermenéutica del artículo 882 del Código de Comercio, como pasa a explicarse.

Establece el citado precepto:

«La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año».

4.1. La institución jurídica del enriquecimiento sin causa descansa en una exigencia de justicia conmutativa que impone el reintegro de lo que se ha recibido de otro sin existir un fundamento jurídico legítimo, principio que en el ámbito mercantil aparece consagrado en el artículo 831 del Código de Comercio a cuyo tenor «Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro», de lo cual deriva la acción de enriquecimiento sin causa análoga a la existente en el régimen civil.

La codificación comercial no se limitó a consagrar tal instrumento, sino que además consagró una herramienta autónoma en el campo de los títulos valores que corresponde a aquella desarrollada en el inciso final del precitado artículo 882 «dando lugar al surgimiento del que ha dado en llamarse enriquecimiento cambiario» (CSJ SC, 18 Dic. 2009, Rad. 2005-00267-01).

Se trata de una «de una acción de enriquecimiento **especial** no sólo por su **consagración normativa de este orden**, sino también porque se estructura particularmente, con los requisitos generales de aquel principio, establecidos por la doctrina y la jurisprudencia y ahora consagrados en el artículo 831 del Código de Comercio, **pero concretados y especificados en dicha disposición, para la caducidad o prescripción de los títulos valores**» (ibídem).

Dicho mecanismo, contrario a lo que consideraron los juzgadores de las instancias, **es comprensivo de todos los títulos valores de contenido crediticio**, que para «evitar la consolidación de un beneficio para quien en justicia no podía pretenderlo» (CSJ SC, 14 Dic. 2011, Rad. 2008-00422-01), puede ejercerse cuando el empobrecimiento de un acreedor tiene origen en el decaimiento, por prescripción o por caducidad, de la acción cartular reconocida a dichos instrumentos negociales.

4.2. Esta Corporación ha destacado, con apego a los elementos que emanan del propio texto normativo, que uno de los presupuestos de dicha acción, es el de «haber perdido la acción cambiaria contra todos los obligados al pago del título y, además, **al no poder ejercitar acción causal** contra ninguno de ellos» (CSJ SC, 14 Dic. 2011, Rad. 2008-00422-01), **lo que ciertamente ocurre porque al dejar prescribir o caducar la acción cambiaria, el acreedor se encuentra en imposibilidad de «acudir a la proveniente del negocio causal»** (CSJ SC, 18 Dic. 2009, Rad. 2005-00267-01). (Destaca este Despacho)

El artículo 643 del Código de Comercio establece que «La emisión o transferencia de un título-valor de contenido crediticio no producirá, salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes, extinción de la relación que dio lugar a la emisión o transferencia. La acción causal podrá ejercitarse de conformidad con el artículo 882».

Luego, ante el incumplimiento del negocio jurídico que dio lugar a la creación o a la transferencia **de esa clase de títulos valores**, el tenedor legítimo que además sea acreedor en la relación negocial subyacente, podrá acudir a la acción cambiaria (art. 780 C.Co.) o incoar la acción judicial derivada de ese convenio originario atendiendo la carga impuesta en el segundo inciso del artículo 882, **pero debe cuidarse de no dejar caducar o prescribir el instrumento, porque en tal caso por imposición de ese mismo precepto, no solo se produce la extinción de la acción cambiaria, sino también la de «la obligación originaria o fundamental»**, quedando como **único mecanismo procesal** a su alcance el de reclamar de quien se enriqueció sin causa a consecuencia de la caducidad o de la prescripción, la restitución del monto de la ventaja patrimonial injustamente obtenida. (Destaca este Despacho)

En ese orden de ideas, tal como lo ha sostenido esta Sala, **es errado considerar que ocurrida la prescripción o caducidad de la acción cambiaria, el acreedor conserva la acción causal, pues de esta manera se pasa por alto que «la obligación originaria se extinguió por efecto de la prescripción (C. Co., art. 882, inc. 3º), lo que impide acudir al negocio subyacente...»**, o más concretamente, como en el evento de que el acreedor haya dejado «caducar o prescribir el instrumento», preceptúa la norma comentada que **«la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo»**, **«no es posible -y por ello necesario-, desde una perspectiva etiológica, acudir al negocio causal para edificar una pretensión que evite el empobrecimiento»** (CSJ SC, 30 Jul. 2001, Rad. 6150; el subrayado es propio). (Destaca este Despacho)

La razón de lo anterior, es que «las instituciones de la caducidad y la prescripción buscan en primer lugar castigar la negligencia del acreedor y, en segundo lugar dar seguridad jurídica ya que el deudor no puede quedar de por vida ligado a una obligación al querer del acreedor», consideración que en un caso de análogas

características, esta Sala consideró ajustada al ordenamiento jurídico (CSJ STC8809-2015, 10 Jul. 2015, Rad. 2015-00389-01).

Por eso, el legislador, en la regulación contenida en el artículo 882, partió de considerar que «el acreedor bien pudo evitar la afectación de su patrimonio, ora ejerciendo oportunamente las acciones cambiarias que se conceden a los títulos valores, ora acudiendo a la acción causal, esto es, la emergente del negocio jurídico subyacente» (CSJ SC, 30 Jul. 2001, Rad. 6150), **pero extinguidas ambas, no le queda más acción que la especial de enriquecimiento en el ámbito de los títulos valores, prevista en esa norma.**

5. Visto de ese modo el asunto, ninguna razón había para considerar que el negocio jurídico originario o fundamental no estaba afectado por la prescripción de la acción cambiaria declarada al acoger las pretensiones de la demanda instaurada por los deudores, ni podían los sentenciadores soslayar que la norma interpretada por ellos impuso la pérdida de la acción causal como consecuencia de haberse dejado caducar o prescribir el instrumento y en esas condiciones, no puede el juicio declarativo que tiene su fuente en el negocio jurídico subyacente, revivir la exigibilidad de la obligación fundamental u originaria, la cual se extinguió, como así lo indica la citada disposición.

Si bien el ad quem creyó encontrar apoyo a la tesis expuesta por la juez del conocimiento, en la sentencia proferida por la Corte en sede de casación el 14 de diciembre de 2011, pues, en su criterio, de esta se deducía que prescrita la acción cambiaria, el acreedor podía promover la proveniente del negocio jurídico base, en realidad tal conclusión se fundó en una mención parcial e incompleta de dicha providencia, **pues en esta claramente se señala lo contrario, es decir, que como consecuencia de «la caducidad o prescripción de todas las acciones directas o de regreso» el instrumento negociable se descarga por completo y «por lo mismo» el acreedor carece «de los remedios cambiarios derivados del título valor, sin que, por lo demás, pueda acudir a la acción proveniente del negocio jurídico de base o fundamental, pues a ella se habrían extendido los efectos nocivos que perjudicaron o extinguieron las primeras acciones** (cfr. artículos 729, 739, 789, 790, 791 y 882, inciso 3º, del Código de Comercio)» (CSJ SC, Rad. 2008-00422-01). (Destaca este Despacho)

El juzgador pasó por alto el aparte subrayado, con lo que incurrió en el defecto material que le imputa el accionante, al concluir, **desatendiendo el tenor del artículo 882 del Código de Comercio, que la obligación originaria o fundamental no se había extinguido y por tanto era susceptible de reclamarse por vía de la acción causal incoada por el establecimiento de crédito a través de la demanda de reconvención, en este caso, la declarativa de la existencia e incumplimiento del contrato de mutuo**³⁰. (Subrayado, resaltado y sombreado por este Tribunal). Tesis reiterada el 17 de julio de 2018, por esa misma Sala en el Rad. 11001-02-03-000-2018-01924-00, STC9172-2018, siendo M.P. Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Conforme al precedente texto jurisprudencial, que se citó *in extenso* por su importancia para la decisión, evidente resulta que la declaratoria de prescripción de la acción cambiaria derivada de un título valor, como por ejemplo, el pagaré, se extiende a la acción causal y a la obligación originaria o fundamental y, por consiguiente, la única alternativa que tiene el acreedor o beneficiario del título para recuperar su dinero, es la acción prevista en el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio, esta es, la *in rem verso*

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de julio de 2017, rad. 76111-22-13-000-2017-00097-01, STC9965-2017, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

o también llamada enriquecimiento sin causa especial o cambiario, la cual se desarrollará en el siguiente numeral.

Tesis que se reiteró en jurisprudencia más reciente, así:

*"Más adelante, en 1970, el legislador estableció en el Código de Comercio la prohibición expresa del enriquecimiento sin causa (art. 831) y previó otra modalidad, de carácter especial, de la acción in rem verso (inc. 3º art. 882). Esta acción de carácter cambiario la tiene el acreedor que, ante la pérdida de la acción cambiaria y de la causal contra los obligados al pago del título valor, **carece de otro remedio para reparar el empobrecimiento, y se conoce doctrinalmente como la acción de enriquecimiento cambiario**".³¹*

3.3. Enriquecimiento sin causa especial o cambiaria o *actio in rem verso*.

El enriquecimiento sin causa especial o cambiario o la *actio in rem verso*, contenida en el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio, ha sido definida por la jurisprudencia nacional como "un extremum remedium iuris, que legitima al tenedor de un documento crediticio, entregado como pago de una obligación preexistente, cuando es privado de los mecanismos procesales inherentes a los instrumentos negociables y de las acciones propias de la relación causal, por el implacable curso del tiempo, al estar fenecida por caducidad o prescripción".³² Y su finalidad es buscar un equilibrio patrimonial, que impone el reintegro de lo que se ha recibido de otro sin existir un fundamento jurídico legítimo, principio que en el ámbito mercantil aparece consagrado en el artículo 831 del Código de Comercio, cuyo tenor reza «Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro».

Ahora, con relación a los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, tenemos los siguientes:

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

2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

...

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

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 16 de septiembre de 2020, rad. 66.071, SL3814-2020, M.P. Dr. Omar Ángel Mejía Amador.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de junio de 2018, rad. 13001-31-03-004-2007-00002-01, SC2343-2018, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

...

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

...

5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley".³³

En este punto, necesario resulta añadir, que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha aclarado dos situaciones altamente controversiales con relación a la acción de enriquecimiento sin causa, y estas son: (i) a partir de qué momento se contabiliza el año que prevé el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio para ejercitarla?, y; (ii) si con la simple exhibición del instrumento o título valor prescrito se acreditan sus requisitos sustanciales?, interrogantes que se desarrollarán a continuación.

3.3.1. Desde cuándo se contabiliza el año que prevé el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio para ejercitar la acción *in rem verso* o de enriquecimiento sin causa cambiario o especial.?

Con respecto a este ítem, se indicará, que esa contabilización se inicia desde el momento en que prescribe la acción cambiaria, independientemente de si existe o no una decisión judicial previa que así lo declare, toda vez que si la hubiera es de naturaleza eminentemente declarativa y sus efectos se proyectan o retrotraen a la fecha en que operó la prescripción. Así lo dijo puntualmente la Corte Suprema en el siguiente proveído del año 2018, donde además citó precedentes pronunciamientos, por lo que se trata de una reiterada y pacífica línea jurisprudencial. Veamos:

*"4.4.2. Como se observa, en punto de la materialización de la caducidad o de la prescripción de la acción cambiaria derivada de un título valor y de la consecuente prescripción del enriquecimiento injusto cartular, **la Corte ha puesto de presente, fincada en una doctrina probable, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, modificado como quedó por el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, de manera reiterada y uniforme:***

*1. Que **el hito** para tener por configurada la prescripción o la caducidad de la acción cambiaria, como presupuesto estructural, es la simple consumación de uno cualquiera de esos fenómenos jurídicos, por cuanto nada distinto es del resorte del artículo 882 citado.*

2. Que como consecuencia, el momento a partir del cual comienza a transitar el año para la prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario es el instante en que se configura la caducidad o la prescripción del instrumento negociable, y no la fecha de la providencia que declara una u otra cosa dentro la acción promovida por el acreedor, tal cual se ha motivado en las ya citadas sentencias 034 de 14 de marzo de 2001, expediente 6550; 147 de 19 de diciembre de 2007, radicación 00101; 057

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 16 de septiembre de 2020, rad. 66.071, SL3814-2020, M.P. Dr. Omar Ángel Mejía Amador.

de 26 de junio de 2008, expediente 00112; 13 de octubre de 2009, radicación 00605 y de 9 de septiembre de 2013, expediente 00339.

Ello, con el fin de introducir seguridad jurídica y de aniquilar toda "(...) incertidumbre e indefinición de los derechos por cuenta de quien ha sido omisivo en el ejercicio de sus potestades, pues es tanto como autorizarlo para que en cualquier momento, aún de manera manifiestamente tardía, inicie un (...) ejecutivo, solamente con la perspectiva de intentar rescatar la acción de enriquecimiento"³⁴.

3. No existe norma que exija un pronunciamiento judicial previo sobre la consumación de la caducidad o prescripción. Lo contrario, implicaría imponer un requisito que la ley no contempla; por tanto, es suficiente demostrar que la acción de cobro se extinguió por el paso del tiempo o por incumplimiento de las cargas legales.

4. De ahí que el término para la gestación del año fijado en el artículo 882 del Código de Comercio, empieza a correr desde el día en que caducó o prescribió el instrumento, sin requerirse decisión judicial respecto de la acción cambiaria. De contera, la formulación de la acción de enriquecimiento cartular sin justa causa, no depende de reconocimiento judicial alguno.

5. Exigir como requisito una sentencia que declare la prescripción de un título valor, genera incertidumbre e indefinición de los derechos por cuenta del acreedor, pues es autorizarlo para que aun tardíamente inicie la ejecución para rescatar la vía del enriquecimiento cambiario.

...

4.4.3. Las razones por las cuales la Sala ha optado por la fecha de consumación de la caducidad o de la prescripción de un título valor, y no la de ejecutoria del fallo que declare una u otra, en dirección de contabilizar el término extintivo de la acción de enriquecimiento cambiario, en consecuencia son consistentes y coherentes.

Al fin de cuentas, la providencia que por vía judicial admite la configuración de la prescripción o de la caducidad de la acción o el derecho, no es, per se, constitutiva, porque no establece, a partir del reconocimiento jurisdiccional, una nueva situación jurídica que antes no existía.

Desde luego, la decisión de ese talante, es meramente declarativa, en cuanto no hace más que reconocer el acaecimiento del fenómeno, siendo, por lo mismo, retroactivos sus efectos a la fecha de consumación, entre ellos, el empobrecimiento del acreedor y el correlativo enriquecimiento del deudor.

En este orden, el hito para establecer en qué momento empieza a andar el plazo establecido en el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio, no será, por tanto, la fecha de la respectiva decisión judicial, sino en vía de principio general, aquella en la cual el término contemplado para la acción cambiaria se materializó".³⁵ (Subraya y Resalta este Despacho).

3.3.2. La simple exhibición del instrumento o título valor prescrito acredita los requisitos sustanciales de la *actio in rem verso* o enriquecimiento sin causa cambiario o especial.?

La respuesta a dicho interrogante es no, y de aclarar y precisar tal situación se ocupó la Corte Suprema de Justicia en varias providencias emitidas en los años 2009, 2011, 2015 y 2020 dejando sentado frente al título valor, en la *actio in rem verso*, que éste, por sí solo,

³⁴ Sentencia de 19 de diciembre de 2007, expediente 00101.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de junio de 2018, rad. 13001-31-03-004-2007-00002-01, SC2343-2018, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

no puede probar si el patrimonio del deudor resultó beneficiado al tiempo que el del acreedor salió lesionado, ni la cuantía y modo en que se produjo de un lado el aprovechamiento y de otro el empobrecimiento, pues tales circunstancias deben someterse a las reglas probatorias, concretamente a las contempladas en los artículos 174, 175 y 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 164, 165 y 167 del C.G.P.

Lo anterior en el entendido que el derecho de repetición tiene su fundamento en la pérdida de carácter pecuniario sufrida y no puede exceder de ella, amén que su cuantía no se mide por el valor concreto de ese menoscabo sino por el incremento patrimonial que experimenta la otra parte, como lo dijo el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en la sentencia de septiembre 16 de 2020 antes citada, Rad. 66.071, reiterando lo que en tal sentido había expuesto en providencia de agosto 28 de 2015, cuando precisó:

*"3.1. La comprobación de los presupuestos de esta acción es un tema que ha dado lugar a diferentes y opuestas posiciones; empero, el pensamiento mayoritario de la Sala, el cual se ha visto reflejado en los pronunciamientos relativos a la materia, se ha inclinado por destacar que si bien existe amplia libertad probatoria para la comprobación de esos requisitos sustanciales, dicha carga **«no se satisface con la mera exhibición del instrumento impagado»** (G.J. t. CCXXV, pág. 763, y sentencia de 25 de octubre de 2000, exp. 5744, no publicada aun oficialmente), pues su aducción, ciertamente, informa de los aspectos cambiarios específicos que emanan del documento, mas no del perjuicio reclamado, a raíz de un supuesto desequilibrio patrimonial» (CSJ SC, 6 Abr. 2005, Rad. 1997-01955-01; en el mismo sentido CSJ SC, 26 Jun. 2007, Rad. 2002-00046-01; CSJ SC, 13 Oct. 2009, Rad. 2004-00605-01; CSJ SC, 18 Dic. 2009, Rad. 2005-00267-01; CSJ SC, 14 Dic. 2011, Rad. 2008-00422-01).*

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

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

3.2. En torno de si la carga asignada al actor en la demostración de los extremos exigidos por la normatividad propia de la actio in rem verso supone la imposición de un sistema de tarifa legal en materia probatoria, esta Sala ha descartado esa posibilidad en los siguientes términos:

*'No puede afirmarse válidamente que, a pesar de que se predica la libertad probatoria para verificar las mencionadas condiciones empobrecimiento - enriquecimiento, se esté recurriendo a una reprochable e inaceptable tarifa legal en la que se proscribe injusta e indebidamente determinada probanza, concretamente el documento cambiario. Nada de eso. **Lo que se quiere relieves y privilegiar en este caso es el hecho de que tal título per se no es suficiente para los fines propios de la acción estudiada** y que siempre tiene a su cargo la persona que reclama su buen suceso el deber de establecer de qué manera o de qué forma padeció el deterioro*

patrimonial alegado y, de manera correlativa, cómo esa situación condujo al acrecimiento de los haberes de la contraparte. Se trata del agotamiento necesario de una actividad probatoria encaminada en tal sentido y no de una mera sustentación en el hecho de no haberse pagado el título valor que se corrobora con su exhibición al plenario.

'Además, la precariedad probatoria de la mera aducción del título no solucionado y prescrito o caducado es absoluta para demostrar el aumento patrimonial de una parte y el menoscabo en éste de la otra...' (CSJ SC, 26 Jun. 2007, Rad. 2002-00046-01).

...

3.3. En las providencias reseñadas, y en otras como la CSJ SC, 13 Oct. 2009, Rad. 2004-00605-01, la doctrina de la Corte se ha dirigido a evidenciar que el título valor por sí mismo no puede mostrar si el patrimonio del deudor resultó beneficiado al tiempo que el del acreedor salió lesionado, ni la cuantía y modo en que se produjo de un lado el aprovechamiento y de otro el empobrecimiento, cuestión en la que no puede verse la alteración de las reglas probatorias, particularmente contemplada en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil'.³⁶ (Subraya y Resalta este Despacho).

4. Estudio del caso concreto.

Previo a retomar los argumentos objeto del recurso de apelación resulta importante precisar que, conforme al material probatorio obrante en el plenario, se advierte lo siguiente: (i) la hipoteca abierta se constituyó por el señor DEMETRIO BONILLA PARRA a favor del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. el día 11 de septiembre de 2007, y fue elevada a Escritura Pública; (ii) el pagaré No. 73706100002906, firmado por el demandante, aparece fechado en noviembre 11 de 2009; (iii) en el citado pagaré se consignó como data de vencimiento el día 17 de diciembre de 2010, y; (iv) el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena, mediante sentencia anticipada del 21 de febrero de 2018, declaró la prescripción de la acción cambiaria desde el 17 de diciembre de 2013.

Ahora bien, descendiendo al asunto que nos convoca, se tiene, que la parte impugnante pretende se revoque la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se niegue la extinción de la hipoteca abierta constituida por el señor DEMETRIO BONILLA PARRA a favor del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., mediante la Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007 de la Notaría Única del Circulo de Tame, inscrita sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 410-18434 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Arauca, así como la extinción de todas las obligaciones garantizadas con tal gravamen, por considerar que no han transcurrido los términos prescriptivos previstos en el art. 2536 del Código Civil, al igual que el año que dispone el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio, pues la demanda ordinaria la promovió el actor antes que se cumplieran los doce meses

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de agosto de 2015, rad. 11001-31-03-010-2007-00095-01, SC11504-2015, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

después de haberse declarado la prescripción de la acción cambiaria, es decir, el 21 de febrero de 2018.

Del mismo modo, adujo el recurrente, que la declaratoria de prescripción de la acción cambiaria no extingue la obligación principal, y que aquí es evidente el enriquecimiento que tuvo el señor DEMETRIO BONILLA PARRA en su patrimonio y el correlativo empobrecimiento que sufrió el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., al haberse abstenido el primero de ellos, sin justificación legítima, a cancelar su obligación bancaria, ya que los dineros que se le entregaron al demandante provenían de recursos propios del demandado. De igual manera, acota que, con la certificación del 18 de agosto de 2018, que expidió el citado Banco a petición del actor sobre el estado de su deuda, se configuró la interrupción o renuncia a la prescripción, en cuanto la citada entidad bancaria reconoció el derecho de su acreedor, y por lo tanto, los términos deben contabilizarse nuevamente desde ese día.

Resumidos entonces brevemente los puntos de disenso del impugnante, procede esta Corporación a indicar que, conforme a la jurisprudencia citada en los numerales anteriores, se extrae sin lugar a equívocos que ninguno de los reparos planteados por el recurrente están llamados a prosperar, como pasará a detallarse. Por lo tanto, desde ya se avizora la confirmación de la sentencia de primera instancia. Veamos:

1. Destáquese, en primer término, que tratándose de títulos valores la normatividad aplicable es el Código de Comercio, compendio que en su art. 1º establece que los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la Ley comercial, y en el numeral 6º del art. 20 *ibídem* prevé, que son actos u operaciones mercantiles “*El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores*”, amén que si bien el art. 822 de esa misma codificación, titulado aplicación del Derecho Civil, señala que “*Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles*”, también aclara que ello procede “*a menos que la ley establezca otra cosa*”.

Además, téngase en cuenta que los órganos de cierre, tanto en materia constitucional como ordinaria, han sostenido que la norma que orienta los títulos valores es el Código de Comercio, y que el art. 5º de la Ley 57 de 1887, donde se consagraron principios o reglas para la adopción de códigos y unificación de la Legislación Nacional, prevé puntualmente que “*la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*”, como aquí ocurre.

Bajo ese contexto, no puede aducirse entonces que todas las disposiciones contenidas en el Código Civil son aplicables a los títulos valores, pues éstos tienen una norma especial y allí se regula lo atinente a las acciones que se derivan de esos documentos crediticios, en este caso en particular la de enriquecimiento sin causa cambiaria o especial o la *actio in rem verso* del inc. 3º del art. 882 del C. Co., que es la única que puede ejercitarse por el beneficiario de un título valor después de haber operado la prescripción de la acción cambiaria y causal.

Así lo expuso la Corte Suprema en las sentencias del 30 de julio de 2001 en el Rad. 6150, del 18 de diciembre 2009 en el Rad. 2005-00267-01, del 14 de diciembre de 2011 en el Rad. 2008-00422-01, del 13 de junio de 2012 en el Rad. 2012-01152-00, del 7 de julio de 2017 en el Rad. 2017-00097-01, del 17 de julio de 2018 en el Rad. 2018-01924 y del 16 de septiembre de 2020 en el Rad. 66.071, por consiguiente, para los términos prescriptivos debemos remontarnos a lo que enseña la Legislación mercantil pues, se reitera, ese tema está contenido en una norma especial que prima sobre la general.

No hay duda que lo anterior es así porque de lo contrario no tendría sentido lo dispuesto en los arts. 789 y 882 del Código de Comercio, que establecen que "*La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento*" y "*Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento – título valor-, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año*", si después con fundamento en el Código Civil se pudieran revivir las acciones y obligaciones que ya fenecieron, porque de ser así tal precisión no la hubiera realizado el Legislador tratándose de títulos valores, o la misma hubiese desaparecido ya de nuestro ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, conforme lo señalado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 76111-22-13-000-2017-00097-01, STC9965-2017, la prescripción de la acción cambiaría derivada de un título valor, como por ejemplo el pagaré, se extiende a la acción causal y a la obligación originaria o fundamental, como aquí ocurrió, después de lo cual la única alternativa que posee el beneficiario de dicho título para recobrar su dinero es la *actio in rem verso*, prevista en el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio, la cual tiene un (1) año de vigencia después de prescrito el instrumento negociable.

Como consecuencia de esta conclusión, estima esta Colegiatura, que si bien el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena acertó al adoptar la decisión definitiva, esta es, la de declarar la extinción de la hipoteca abierta y con ella todas las obligaciones que se garantizaban con tal gravamen, erró cuando acudió al artículo 2536 del Código Civil para

contabilizar los términos de prescripción, pues dicha norma no es aplicable tratándose de títulos valores sino el art. 882 del Código de Comercio.

2. De igual forma, advierte el Tribunal, que no es cierto el planteamiento del impugnante según el cual la prescripción de la acción cambiaria no implica la prescripción de la obligación fundamental, pues justamente la Corte Suprema de Justicia tiene dicho lo contrario, como lo postuló en la sentencia de julio 7 de 2017, Rad. 2017-00097-01, donde citó la del 30 de julio de 2001, Rad. 6150, y señaló que era *"errado considerar que ocurrida la prescripción o caducidad de la acción cambiaria, el acreedor conserva la acción causal, pues de esta manera se pasa por alto que «la obligación originaria se extinguió por efecto de la prescripción (C. Co., art. 882, inc. 3º), lo que impide acudir al negocio subyacente"*.

3. De otra parte, la contabilización del término para instaurar la acción de enriquecimiento sin causa cambiaria o especial, o la *actio in rem verso*, que se aplica para los títulos valores, es decir, el término del año previsto en el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio, no se cuenta de la forma que pretende el apoderado judicial del demandando, esto es, a partir de proferida o ejecutoriada la sentencia que declaró la prescripción de la acción cambiaria derivada del pagaré No. 73706100002906, dentro del proceso ejecutivo singular No. 81-736-31-89-001-2017-00056-00, o sea desde el 21 de febrero de 2018 en adelante, sino desde que se causó la prescripción como tal, lo cual ocurrió el 17 de diciembre de 2013, según se extrae de la providencia citada, fecha que no fue controvertida por las partes.

En efecto, así lo tiene postulado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la del 26 de junio de 2018, Rad. 2007-00002-01, donde mencionó otras, entre ellas, la del 14 de marzo de 2001, expediente 6550; del 19 de diciembre de 2007, Rad. 00101; del 26 de junio de 2008, expediente 00112; del 13 de octubre de 2009, Rad. 00605 y del 9 de septiembre de 2013, expediente 00339, primera en la que concluyó: *"el hito para establecer en qué momento empieza a andar el plazo establecido en el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio, no será, por tanto, la fecha de la respectiva decisión judicial, sino en vía de principio general, aquella en la cual el término contemplado para la acción cambiaria se materializó"*, esto para evitar la incertidumbre e indefinición de los derechos por cuenta del acreedor.

Tema que como se dejó expuesto ha decantado la alta Corporación a lo largo de los años, como se comprueba en la sentencia de septiembre 9 de 2013³⁷, oportunidad en la que señaló:

³⁷ Rad. C-11001-3103-043-2006-00339-01

"2.5.- Frente a lo que ha sido indicado, surge claro que, para el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa cambiario, resulta indiferente que la prescripción de un título valor haya sido o no reconocida judicialmente, porque en cualquiera de las dos hipótesis, se entiende cumplida en la época en que se consumó.

En ese orden, la tesis de la Corte, según la cual la prescripción extintiva de un título valor no se subordina a una determinación de la justicia, y menos a la ejecutoria de la misma, sino al vencimiento del término prescriptivo, se robustece o cobra fuerza, porque como se dijo en la sentencia de 13 de octubre de 2009, arriba citada, ni el "proceso ejecutivo ni la eventual demora en su decisión final, en cualquier sentido, pueden retardarla o erigirse en otro punto de partida para iniciar el conteo del plazo destinado a la promoción de la actio in rem verso".

(....)

4.1.- Ante todo, porque como se explicó, el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa cambiario, no exige que judicialmente se haya declarado la prescripción del título valor. Basta para ello que el acreedor deje prescribir el instrumento, como lo prevé el artículo 882, in fine, del Código de Comercio, y nada más."

En ese orden de ideas, se observa, que al hacer la contabilización del año a partir del 17 de diciembre de 2013 se llega a la conclusión que la acción de enriquecimiento sin causa especial o cambiaria, o la *actio in rem verso* del inc. 3º del art. 882 del C. Co., solo se podía instaurar por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. hasta el 17 de diciembre de 2014 y, por lo tanto, se avizora que a la fecha no tiene otro mecanismo para obtener el reintegro del dinero entregado al señor DEMETRIO BONILLA PARRA producto del negocio comercial suscrito entre las partes, pues se insiste, a voces de la jurisprudencia patria esta era la única herramienta con la que contaba para tal fin, pues la obligación originaria o fundamental prescribió con la acción cambiaria.

En ese sentido, se evidencia, que pese a que en la contestación de la demanda allegada los días 13 y 15 de marzo de 2019 el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. señaló, que había convocado al señor DEMETRIO BONILLA PARRA a audiencia de conciliación para ejercer la acción de enriquecimiento sin causa, ello no es suficiente para predicar que aún tiene vigente dicha herramienta judicial, pues le correspondía demostrar que tal solicitud se formuló antes del 17 de diciembre de 2014, es decir, dentro del año siguiente al 17 de diciembre de 2013, fecha en que se materializó la prescripción de la acción cambiaria.

Lo anterior, porque a voces del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, *"[l]a presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o caducidad, según el caso, hasta que se logre acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que éste trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable"*, sin embargo, en el presente caso no es posible predicar tal suspensión del término prescriptivo, que opera por ministerio de la ley, toda vez que no sólo no se

señaló la fecha en que se convocó a la citada audiencia, sino que tampoco se aportó prueba en tal sentido.

4. Sumado a lo expuesto, esta Corporación también considera que el recurrente no acreditó la ocurrencia de la excepción de mérito de enriquecimiento sin causa propuesta, porque si bien en el plenario obra copia del pagaré No. 73706100002906, así como de la constitución de la hipoteca abierta y unos apartes de la sentencia anticipada del 21 de febrero de 2018, ello no es suficiente para sacar adelante esa excepción, ya que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tiene sentado que la exhibición del mero título valor no prueba por sí sola que el patrimonio del deudor resultó beneficiado al tiempo que el del acreedor salió lesionado, ni la cuantía y el modo en que se produjo de un lado el aprovechamiento y de otro el empobrecimiento.

5. De otra parte, aunque el apelante argumenta que la certificación expedida por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. el 18 de agosto de 2018, aportada con la demanda, estructura una causal de interrupción o renuncia tácita a la prescripción, pues a su juicio el señor DEMETRIO BONILLA PARRA al pedir la emisión de ese documento reconoció la deuda con el Banco, esta Colegiatura estima que ninguna de esas dos figuras tuvo ocurrencia en este caso, como se pasa a explicar.

Primero, porque la interrupción solamente tiene cabida cuando la prescripción no ha operado, y en este caso para el día 18 de agosto de 2018 ya había ocurrido, pues recuérdese que para tal fecha tanto la acción cambiaria derivada del pagaré No. 73706100002906 como la obligación fundamental y la acción de enriquecimiento sin causa habían fenecido, toda vez que ésta última venció el 17 de diciembre de 2014, esto es, un año después que la acción cambiara y con ella la obligación originaria expirara, conforme lo establece el inc. 3º del art. 882 del Código de Comercio.

Por lo tanto, no es posible afirmar que el día 18 de agosto de 2018 se interrumpió el término de prescripción, como lo señala el impugnante, pues solo es posible interrumpir algo que no ha finalizado, y acá el término para interponer la acción que podía ejercer el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., con el fin de recuperar el dinero entregado en préstamo al señor BONILLA PARRA, expiró el 17 de diciembre de 2014, es decir, un año después del 17 de diciembre de 2013, fecha en la que prescribió la acción cambiaria derivada del pagaré No. 73706100002906.

Segundo, porque del plenario se advierte que aquí el demandante nunca renunció a la prescripción pues desde el inicio señaló haber pedido paz y salvo al demandado, quien le expidió certificación de la deuda correspondiente a la obligación No. 7250737000097369,

con el único propósito de demostrar que no tenía con el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. obligación adicional a esa, más no para reconocer su existencia, la cual siempre adujo se "*dejó sin efecto en la sentencia anticipada*". Así, se desprende de los siguientes hechos:

"4.1.- con base en la sentencia referenciada en el numeral anterior se dejó sin valor legal el pagare 73706100002906 por cuanto prescribió perdiendo con ello el derecho a ser cobrado, por lo que me faculta para solicitar se me expida el correspondiente PAZ Y SALVO de mi obligación como titular de la misma.

5. – mediante certificación de fecha 10 (sic) de agosto de 2018 la dirección de la oficina del banco agrario en el municipio de tame expidió certificación de deuda con el banco mediante la cual se observa que mi representado solo cuenta con una obligación la numero 7250737000097369 la misma que se dejó sin efecto en la sentencia anticipada enunciada en renglones anteriores.

Quedando claro con esta certificación que mi mandante no cuenta con ninguna otra obligación a favor del banco".

Tercero, porque la certificación fechada agosto 18 de 2018 emana del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., por lo tanto, no existe una manifestación o un hecho inequívoco proveniente del señor DEMETRIO BONILLA PARRA donde reconozca deuda alguna, por el contrario, como ya se dijo, él pretendía recaudar elementos probatorios para aportarlos con la demanda en procura de obtener la cancelación de la hipoteca. En ese orden de ideas, no se puede concluir que con tal documento el demandante haya renunciado a la prescripción que para ese momento ya se había consolidado a su favor.

Adicionalmente, conviene añadir, que la Corte Suprema en sentencia del 1º de junio de 2005³⁸ precisó, que para que ocurra la renuncia tácita de la prescripción, conforme el art. 2514 del Código Civil, se requiere la presencia de un hecho inequívoco, es decir, sin dudas o vacilaciones de parte de quien puede beneficiarse de ese modo extintivo, en donde reconozca el derecho de su acreedor, ya que se necesita que refleje la "*voluntad cierta*" del deudor de continuar comprometido con el vínculo jurídico que a aquél lo ata. Veamos:

*"c. **Tocante con la renuncia tácita de la prescripción...** es útil memorar que de conformidad con el artículo 2514 del Código Civil, **para que ella ocurra es necesaria la presencia de un hecho inequívoco de parte de quien puede beneficiarse de ese modo extintivo, en virtud del cual reconoce el derecho de su acreedor. No se trata de cualquier manifestación, sino de una que, per se, refleje la voluntad cierta del deudor de seguir comprometido en el vínculo jurídico que lo ata a su acreedor,** que bien pudo diluir enarbolando la prescripción. Al fin y al cabo, esa renuncia o abdicación constituye un acto unilateral de carácter dispositivo que devela el propósito incontestable de no querer aprovecharse de la desidia o inacción del acreedor en el ejercicio de su derecho. El deudor, pese a contar con la posibilidad jurídica de frustrar la reclamación de aquel por el camino de enrostrarle su omisión o dejadez, **decide libre y conscientemente honrar su deber de prestación, de forma tal que mediante acto suyo,***

³⁸ dentro del expediente 7921

reconoce expresa o tácitamente los lazos jurídicos que lo constriñen a satisfacer el derecho de su acreedor.

Debe tratarse, entonces, de una situación que no ofrezca duda alguna sobre el reconocimiento que hace el demandado del derecho de su demandante, o, lo que es mejor, de su voluntad de "abdicar de la facultad adquirida" de invocar la prescripción (G.J. t. XLVII, pág. 431)...

*Por tanto, de esa manifestación no se podía deducir la renuncia a la prescripción, toda vez que, como se acotó, **dicha renuncia debe aflorar en forma diáfana, vale decir, no dejando dudas, vacilaciones o incertidumbres en torno al alcance de la aseveración respectiva...***³⁹ (Subraya y Resalta este Despacho).

Tesis que reiteró esa misma Corporación en sentencia de julio 5 de 2019, al señalar: "la renuncia tácita acaece cuando quien tiene la posibilidad de alegar la prescripción, luego de haberse estructurado completamente, desarrolla conductas indicativas de que "reconoce el derecho de su acreedor", o que reflejan su propósito "de seguir comprometido en el vínculo jurídico que lo ata" a él⁴⁰".⁴¹, lo cual no ocurrió en el sub-judice toda vez que la recepción de un documento, llámese en este caso "certificación de deuda", no puede equipararse al reconocimiento de una obligación ni mucho menos usarse para revivir su vigencia, máxime cuando éste se empleó tres meses después por el señor BONILLA PARRA como medio de prueba, en el proceso ordinario de cancelación de hipoteca por prescripción, con el propósito de culminar con el vínculo jurídico que lo ataba al BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.

En suma, concluyese de lo expuesto, que con la solicitud de la multicitada certificación del 18 de agosto de 2018 el señor BONILLA PARRA pretendía la expedición de un paz y salvo, jamás reconocer la vigencia de una obligación crediticia que lo vinculara con el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.

6. Finalmente y establecido como está, conforme al acervo probatorio, que no existe otra obligación a cargo del señor DEMETRIO BONILLA PARRA y en favor del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. diferente a la No. 7250737000097369, instrumentalizada en el pagaré No. 73706100002906, como que tampoco el BANCO refirió lo contrario, no es procedente mantener viva la hipoteca abierta a favor del demandando que se constituyó, mediante la Escritura Pública No. 929 del 11 de septiembre de 2007 de la Notaría Única del Círculo de Tame, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 410-18434 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Arauca, como acertadamente lo decidió el *a quo*, pues al ser un contrato accesorio desapareció con la obligación principal. Así también lo postuló la Corte Suprema en providencia del 15 de septiembre de 2014, como se pasa a reseñar:

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1° de junio de 2005, expediente 7921, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴⁰ CSJ, SC del 1° de junio de 2005, Rad. n.° 7921.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de julio de 2019, rad. 11001-31-03-031-1991-05099-01, SC1662-2019, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

"4. Con todo, es posible que la hipoteca subsista aunque se declare la prescripción de la obligación principal, **cuando el acreedor demuestra que aún existe una prestación respaldada por ese mismo gravamen**, lo cual es un problema eminentemente probatorio porque la permanencia de dicha garantía dependerá de que se demuestre la vigencia y cuantía de un crédito actual y cierto, es decir de una prestación que aunque puede ser futura tiene su causa en un vínculo contractual válido y perfecto.

La demostración de esta obligación principal debe ser aportada por la parte demandante, según la norma general que establece la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), de suerte que **la garantía eventual sólo podrá subsistir si el acreedor demuestra que tiene a su favor un crédito que la hipoteca respalda**.

...

A partir de este postulado general que hace de la hipoteca una garantía real accesoría **se desprende la consecuencia evidente e ineluctable de que ésta no puede existir sin la obligación principal a la que respalda. Si la obligación se extingue, necesariamente el gravamen desaparece con él. La extinción de esta garantía se produce, por tanto, de pleno derecho al fenecer la prestación principal, por lo que la intervención del juez en esta precisa materia se circunscribe a constatar dicha extinción, para lo cual habrá de declarar que ésta se produjo en la misma fecha en que desapareció la obligación principal, debiendo, por tanto, ordenar su cancelación inmediata al funcionario del registro correspondiente**⁴². (Subraya y Resalta este Despacho).

4.1 Cuestión final.

Frente a la no prosperidad del recurso se condenará en costas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., efecto para el cual se fijarán como agencias en derecho el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual.

Sin necesidad de más consideraciones, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida en sede de audiencia el día el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Saravena dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas *ut supra*.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de septiembre de 2014, rad. 11001-22-03-000-2014-01241-01, STC12478-2014, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte recurrente, fijándose para el efecto como agencias en derecho el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual, de conformidad con el art. 365 del C.G.P.

TERCERO: En firme la presente providencia DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada



MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO
Magistrado