

San Andrés, Isla, 3 de noviembre de 2020

Señor

Juez 1° Civil del Circuito de San Andrés, Isla

E. S. D.

- Referencia: Proceso ejecutivo de CLAUDIA ELIZABETH VERGARA CASTRO contra HUMBERTO MEJÍA CAMACHO.
- Radicado: 2017-00043-00

Como apoderado de las entidades ejecutante acumulantes BANCOLOMBIA y BBVA, interpongo recurso de reposición contra el auto interlocutorio # 166 de 27 de octubre de 2020 por medio del cual (i) reconoce una cesionaria, y (ii) aprueba liquidación del crédito en esta ejecución.

PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

Se interpone dentro de los 3 días siguientes a su notificación por anotación en el estado electrónico # 28 de 28 de octubre de 2020.

La reposición es procedente por no existir norma en contrario (art. 318 inc. 1.° CGP).

EXPRESIÓN DE LAS RAZONES QUE LO SUSTENTAN

- 1) Razones de revocatoria del auto interlocutorio # 166 de 27 de octubre de 2020 **en su resolución 1ª por medio de cual la reconoce una cesionaria** y por ende una sucesora procesal por activa.

El despacho ha atendido la solicitud de la demandante y su ficta cesionaria actuando ellas sin derecho de postulación en violación del mandato del artículo 73 *ib.*, debiendo haberlo hecho por conducto de abogado legalmente autorizado y no estar bajo la excepción o casos en que la ley permita su intervención directa (art. 28 Decreto 196 de 1971), sin que la estipulación 5ª del documento de marras lo permita en cuanto indica que la cesionaria designará un nuevo apoderado judicial.

Porque ficta cesionaria *Nubia Castro de Vergara* —por los apellidos no es dificultoso colegir que al parecer se trata de la madre de la ejecutante *Claudia Elizabeth Vergara Castro*— aparte de no actuar por conducto de apoderado, en su intervención no ha señalado el lugar (físico y canal virtual) para recibir notificaciones personales.

En segundo lugar, la cesión resulta improcedente por cuanto la misma corresponde, según su tenor literal, a la cesión de la *hipoteca* como tal y no al crédito al cual accede, que es el que debiera ser el objeto la cesión del *crédito*.

Es la cesión del crédito la que habilita la cesión de la hipoteca y no la cesión de la hipoteca la que conlleva la cesión del crédito, máxime que se está en presencia de una de las llamadas hipotecas abiertas, renunciada por virtud de la ejecución mixta ejercitada.

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

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

En este sentido, al referir a las características de la hipoteca¹, autorizada doctrina nacional, lo expresa en los siguientes términos (resaltados nuestros):

«Es un derecho real accesorio, en el sentido de que su existencia depende de una obligación principal que garantiza. No puede, pues, existir por sí solo, y de allí que, si la obligación principal se extingue por cualquier causa, el derecho de hipoteca se extingue junto con la obligación principal». El carácter accesorio de la hipoteca significa igualmente que ese derecho sigue a la obligación principal adonde quiera que esta vaya, y por eso la cesión de la obligación principal implica la de la hipoteca (arts.1964 y 2493); no es posible, en cambio, ceder el derecho de hipoteca independientemente de la obligación a que accede.»

Ello por cuanto independientemente de la nomenclatura que las partes haya utilizado para referirse a la cesión de derechos que obra a folios 313 y 314, lo cierto es que, en estrictez, se intenta presentar como una cesión de crédito (arts. 1959 a 1965 CC) —y así lo acepta el despacho en el auto recurrido—, respecto de la cual brilla por su ausencia, para que pueda producir efectos contra el deudor y terceros —los bancos acumulantes lo son—, la notificación por el cesionario al deudor o aceptada por este, como manda el artículo 1960 de la Codificación en comento.

En este sentido ha indicado la Corte Suprema de Justicia², con resaltados aposta:

¹ GOMEZ ESTRADA, CESAR. De los Principales contratos civiles. Bogotá: Temis, 1999, 3ª ed., p 417 y 418.

² Sala de Casación Civil. Sentencia de Mayo 7 de 1941. Gaceta Judicial LI. Páginas 278 a 282. MP HERNÁN SALAMANCA MEDINA.

«Realizada la entrega del título en la forma dicha queda radicado el crédito en manos del cesionario y de esto modo termina la primera etapa de la cesión que se desarrolla entre cedente y cesionario; pero como toda cesión de derecho personal se refiere también al deudor de la obligación, sujeto pasivo del derecho cedido, en relación con éste se cumple la segunda etapa del fenómeno, que tiende a vincular al deudor con la cesión dándole conocimiento de que la persona del acreedor ha cambiado, lo cual se obtiene con la notificación de la cesión o con la aceptación que él haga de ella, cosas éstas que no afectan la validez de la tradición entre cedente y cesionario. De modo, pues, que mientras no sobrevenga la notificación de la cesión al deudor o la aceptación expresa o tácita de éste, sólo puede considerarse al cesionario dueño del derecho personal respecto del cedente, pero no respecto del deudor y de tercero».

En ese sentido también refulge, por ausencia, la aplicación de los artículos 887 inc 2.º y 888 del Código de Comercio, sobre reglas generales de cesión de contrato— que permiten al acreedor hipotecario hacerse sustituir por un tercero en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, pero para el caso de los contratos que no son de ejecución periódica o sucesiva, en que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, **será necesaria la aceptación del contratante cedido.**

Adicionalmente por que como el contrato de hipoteca consta en escritura pública, manda la segunda norma citada que la cesión podrá hacerse por escrito privado, **pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro.**

Normas estas aplicables al evento de que tratamos por ser mercantiles para todos los efectos legales, conforme el numeral 6.º del artículo 20 del Código de Comercio, el giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, **así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos.**

Como cuando hay cesión, interviene una tercera persona, el cesionario solo ocupará el lugar del acreedor desde que el contrato quede perfeccionado, lo cual no ha acontecido en este caso, y por ende el auto debe ser revocado.

Porque se repite, *“Para que la cesión produzca efectos contra el deudor y contra terceros; es decir, para que el deudor considere acreedor suyo al cesionario y los terceros consideren a este dueño del crédito y dejen en paz al cedente, es menester que le notifique el cesionario al deudor la cesión, o que éste la acepte, tácita o expresamente.”¹*

¹ Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial XXVI. Páginas 311 a 312. Sala de Negocios Generales. Marzo 20 de 1918. MP JOSE GNECCO LABORDE.

Muchas veces reiterada por esa Corporación, por ejemplo, cuando trajo posición anterior e indicó¹ —resaltados del recurrente— que «*“La cesión de un crédito conlleva dos etapas definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las determina entre el cesionario y el deudor cedido. Por lo que toca a la primera, su realización debe acordarse a lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Respecto a la segunda, ella surge mediante la aceptación o notificación de la cesión”* (LX, página 611)” (sentencia de 24 de febrero de 1975, G.J. n° 2392 pág. 49).»

La importancia de la notificación estriba, como más recientemente lo indicó el organismo de cierre de la jurisdicción civil², “... por cuanto en la hipótesis de no aceptarse la sustitución, perviviría una simple relación litisconsorcial potestativa entre cesionario y cedente (artículos 60, inciso 3° del Código de Procedimiento Civil, y 68, inciso 3° del Código General del Proceso)” (descollados nuestros).

Es claro entonces que al no habersele notificado a Humberto Mejía Camacho la cesión hecha a favor de la señora Nubia Castro de Vergara, no podía el juez de conocimiento autorizarla para intervenir como nuevo demandante y por ende debe revocar la providencia recurrida.

En cuarto lugar, porque, visto el documento de cesión, carece de precio y, por ende, de uno de sus requisitos sustantivos. Tampoco se indica que sea a título gratuito.

No cabe duda que al tratarse en el Libro IV título XXV capítulo I, artículos 1959 subrogado por el artículo 33 de la ley 57 de 1887 al 1966 del Código Civil, lo relativo a la cesión de créditos personales, **el legislador parte del supuesto de que se ha celebrado, previamente, un acto jurídico contractual³, con efectos dispositivos, en virtud del cual el titular de un crédito se obliga a transferirlo a otra persona**, y entra a reglamentar ciertos efectos particulares que, dada la naturaleza del objeto sobre el cual versa, son propios de esa operación.

Es claro que el precio es un elemento de la esencia de ese tipo de actos, por lo que su ausencia conllevaba que no pudiera admitirse la cesión y consecuente sucesión procesal-

- 2) Razones de revocatoria del auto interlocutorio # 166 de 27 de octubre de 2020 **en su resolución 2ª por medio de la cual aprueba liquidación del crédito en esta ejecución.**

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de diciembre 1.º de 2011. Referencia: 11001-3103-035-2004-00428-01

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC15339-2017, Radicación: 11001-31-03-026-2012-00121-01, M P LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

³ Por ejemplo venta de cartera, eventos de fusión por absorción o pago subrogatorio — art. 1666 CC—, en los eventos de subrogaciones legales o convencionales.

En primer término, porque para resolver olvidó tener en cuenta nuestro escrito de 4 de febrero de 2020 en que nos referimos a las liquidaciones presentadas por la parte ejecutante, pidiendo nosotros control de legalidad, solicitud que resultó preterida en el proveído recurrido.

En ese memorial indicamos:

En la postulación de los Bancos BBVA y Bancolombia, ejecutantes acumulantes en lo de la referencia, con ocasión del traslado que se hace de las liquidaciones del crédito presentadas por la ejecutante mixta, le expongo y pido:

El despacho ha venido tramitando la demanda ejecutiva mixta y las dos demandas acumuladas de los bancos BBVA y Bancolombia de manera separada e independiente, cuando lo real y cierto es que deben tramitarse bajo la misma cuerda, esto es, atender las solicitudes de todos los procesos de manera paralela y consecuente.

Ello por cuando en términos de la norma que rige la situación, esto es, el artículo 463 del C. G. del Proceso, en su numeral 3° se indica que *se adelantará simultáneamente, en cuaderno separado, el trámite de cada demanda, tal como se dispone para la primera.*

Ello ha llevado a que **su despacho omita el derecho que tienen los acreedores entre sí, a solicitar que se desconozcan otros créditos**, como establece el numeral 4° del citado artículo, solicitud que **se tramitará como EXCEPCIÓN.**

Esta situación se la hicimos ver en nuestros escritos mayo 15 de 2019 y 28 de junio de 2019, no obstante su errado auto de 20 de junio de 2019, en que inconsecuentemente pretende acomodar a este asunto como referente normativo el artículo 150.4 *ib.*, referida a proceso declarativos y no a ejecutivos, situación empeorada, por creer que ello le valida a utilizar los poderes de instrucción y ordenación para rechazar por improcedente la petición, obviamente buscando su descontrol vía recursos verticales.

Es todo lo contrario Señoría: hacerle ver que se está cercenando el derecho de mis mandantes a solicitar que se desconozcan otros créditos y que tal solicitud que sea tramitada como excepción, para lo cual usted está en el deber y obligación de implementar la vía procesal que corresponda para que ellos lo hagan en este evento, en el cual se han acumulado luego de que se ha dictado sentencia en la demanda ejecutiva mixta inicial.

Por ello es por lo que el traslado que se hace de las liquidaciones presentadas por la ejecutante es improcedente hasta tanto usted no accede a nuestro legal pedimento o expresamente indique, a lo cual le compelemos, que en este proceso no se aplica la preceptiva establecida en el numeral 4° del artículo 463 citado.

En segundo lugar, y no menos importante que el anterior, porque en este proceso se han configurado nulidades procesales que usted tiene el deber de sanear, en cuanto que con ellas omitió etapas procesales –incidentes– para los procesos acumulados en las cuales, por supuesto se omitió la oportunidad probatoria a las partes. Veamos como es.

A. Se ha omitido el trámite del incidente a que se refiere el artículo 425 del C. G. del Proceso.

Como en este proceso se ejecuta una supuesta obligación contraída en moneda extranjera y el mandamiento de pago se libró en moneda extranjera –no obstante, la ejecutante haberlo solicitado en pesos colombianos “a la tasa representativa del mercado del Dólar hoy 17 de abril de 2017”– y como no se pidió por el ejecutado dentro del término para proponer excepciones la fijación de la tasa de cambio, sea debido resolver por incidente que se debió tramitar por fuera de audiencia.

La importancia de la situación resalta porque habiéndose librado el mandamiento en la divisa pactada (dólares) y no habiéndose establecido la tasa de cambio, ni si es aplicable como la pidió la ejecutante (a la fecha de exigibilidad) o a la vigente al momento del pago, la liquidación misma en su totalidad está en entredicho.

El mandamiento de pago acá librado se concretó a ordenar el pago en dólares, pero no indica si se debe hacer en el equivalente en moneda nacional, ni determina el momento que se toma como referencia para aplicar la tasa de cambio, esto es, si cuando se contrajo (mayo 30 de 2014), si la fecha de su vencimiento (abril 12 de 2017) o la de pago, situación de suyo importante, porque si el pago debe hacerse a la tasa de cambio vigente cuando se contrajo la obligación o cuando se hizo exigible, es evidente que ya se sabe cuál era la tasa de cambio, cuya variación no interesará para los fines del pago¹.

Es del caso recordar que en voces del artículo 874 del Código de Comercio, inmerso en el capítulo de El Pago, aplicable en este evento por que se ejecuta un título valor pagaré, las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, **conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago.**

¹ VELÁSQUEZ, JUAN GUILLERMO. Los procesos ejecutivos. Medellín: Sánchez R., 13ª ed., 2006, p. 106.

Y como en el evento de que tratamos se trata de un contrato celebrado entre particulares residentes que no es una operación de cambio y por ende deberá cumplirse en moneda legal colombiana.

Ello por que como lo manda el artículo 79 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, *«las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.»*

En este caso, la tasa de cambio **debe ser la representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas**, pues las partes no convinieron una fecha o tasa de referencia distinta, por lo que debe ser la del **30 de mayo de 2014** (*cfr.* diligencia notarial de reconocimiento de documento obrante en el pagaré base de ejecución).

Al efecto, sobre el punto se ha indicado¹ que *«aunque el ejecutado no proponga excepciones de mérito, el hecho de que el ejecutado formule cualquiera de las solicitudes que menciona este artículo [el 425 del CGP] impide que el juez dicte inmediatamente auto ordenando seguir adelante la ejecución, pues lo obliga a tramitar incidente para resolver sobre tales solicitudes.»*

Si bien aun cuando en este proceso el ejecutado propuso excepciones pero no pidió fijación de la tasa de cambio, esa situación no varía en nada la necesidad de fijarla, porque conforme el artículo 431 *ib.*, cuando como en ese caso, se trata de obligaciones pactadas en moneda extranjera (dólares), las partes no determinaron cartularmente si el pago debía realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, no obstante que el despacho dictó el mandamiento ejecutivo en la divisa acordada.

Entonces el despacho ha debido darle tramite a la fijación de la tasa de cambio por medio de incidente, antes de pronunciar el auto que ordenaba seguir adelante la ejecución.

Como en los incidentes existe oportunidad probatoria para todas las partes (arts. 129 y 173 del C. G. del Proceso) y esta no se ha dado en este caso, se estaría generando la causal de nulidad establecida en el numeral 5.º del artículo 133 de la misma codificación en cuanto que se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

- B.** Se ha omitido para BANCOLOMBIA y BBVA el trámite de excepciones a que se refiere el artículo 425 del C. G. del Proceso en su numeral 4.º que les permite **solicitar que se desconozcan otros créditos, en este caso los de la ejecutante inicial.**

¹ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Código General del Proceso. Bogotá: Esaju, 2019, P. 721.

Nos remitimos, para este tópico, a lo que expresamos en nuestros memoriales de mayo 15 de 2019, 28 de junio de 2019 y 4 de febrero de 2020.

Y no se diga que ello fue resuelto en el auto de 20 de junio de 2019, pues como insistentemente le manifestamos, y de la misma forma se evita, allí se pretende acomodar a este asunto como referente normativo el artículo 150.4 *ib.*, atinente a proceso **declarativos y no a ejecutivos**, situación empeorada, por creer que ello le valida a utilizar los poderes de instrucción y ordenación para rechazar por improcedente la petición, obviamente buscando su descontrol vía recursos verticales.

Debe recordarse que, en el caso de multiplicidad de mandamientos de pago, como el que acontece en el *sublite* como consecuencia de las llamadas *tercerías simples*¹ ocasionadas por la acumulación de demandas ejecutivas por mis mandantes, si ya se tiene incluso sentencia u orden de seguir adelante la ejecución por el proceso inicial, el operador judicial está en la obligación de permitir el trámite referido en el numeral 4.º del artículo 425 citado.

* * *

El artículo 132 del CGP le obliga a realizar controles de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso.

Si no repone, noticiamos que de manera coetánea y paralela con este escrito de recursos hemos radicado incidente de nulidad procesal.

De Juzgado, atentamente,



FERNANDO CORREA ECHEVERRI
C.C. n.º. 71.631.548 de Medellín
T.P. n.º. 48.753 del C. S. de la J.

¹ AZULA CAMACHO, JAIME. Manual de derecho procesal, Tomo 4.º Procesos Ejecutivos. Bogotá: Temis, 6ª ed, 2017, p. 58.