



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA
PEREIRA – RISARALDA**

SC-0008-2023

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO - COMERCIAL
TIPO DE PROCESO : EJECUTIVO – PRETENSIÓN REAL
EJECUTANTE : JORGE WILSON LÓPEZ DUQUE
EJECUTADO : JUAN PABLO GONZÁLEZ MARTÍNEZ
PROCEDENCIA : JUZGADO 4º CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, R.
RADICACIÓN : 66001-31-03-004-**2019-00347-01**
TEMAS : NOTIFICACIÓN Y EFECTOS / HIPOTECA ABIERTA - NATURALEZA
MAG. SUSTANCIADOR : DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN: 88 DE 27-02-2023

VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La alzada propuesta por el ejecutado, contra la sentencia del día **15-12-2021** (Recibido de reparto el día 16-02-2022), que finalizó la primera instancia en el citado proceso.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. El señor Juan Pablo González Martínez giró a favor del actor, letra de cambio por \$720.000.000, el día 15-06-2017 con vencimiento el 15-01-2018, pactó intereses de plazo al 1% mensual y moratorios a la tasa máxima legal permitida. Tales prestaciones no han sido pagadas.

El deudor mediante escritura pública No.1167 de 13-02-2014 de la Notaría 5ª de Pereira, constituyó hipoteca abierta a favor de la sociedad Rincón y Cía. S en C. sobre el predio de MI 290-147526, para garantizar obligaciones actuales o futuras. El gravamen fue cedido al ejecutante el 11-04-2019 (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 001ExpedienteFísico, carpeta 01. Primera Instancia, carpeta 01 Cuaderno Principal, pdf cuaderno principal, folios 6-9).

2.2. LAS PRETENSIONES. Librar mandamiento de pago por **(i)** \$720.000.000 como capital insoluto representado en la letra de cambio No. LC-211-5498196; así como, por los intereses **(ii)** De plazo al 1% desde el 15-07-2017 al 15-01-2018; y, **(iii)** Moratorios, a la tasa máxima legal, desde el 16-01-2018 y hasta el pago (Carpeta 01Pri..., carpeta 001Exp..., carpeta 01. Pri..., carpeta 01 Cua..., pdf cuaderno pri..., folio 4).

3. LA DEFENSA DEL EJECUTADO

JUAN P. GONZÁLEZ M. Representado por curadora *ad litem*, admitió la mayoría de los hechos, se opuso a las pretensiones y excepciónó: **(i)** Prescripción de la acción cambiaria; y, **(ii)** Extinción de la hipoteca (Carpeta 01PrimeraInstancia, pdf No.019).

4. EL RESUMEN DE LA SENTENCIA APELADA

En la resolutive dispuso: **(i)** Declarar improbadas las excepciones; **(ii)** Avaluar y rematar los bienes que se llegaren a aprisionar; **(iii)** Practicar la liquidación; **(iv)** Condenar en costas al ejecutado; y, **(v)** Fijar las agencias.

Constató los presupuestos procesales y sustanciales; explicó que la prescripción era inoperante porque como el título vencía el 15-01-2018, se configuraba el 15-01-2021, pero dada la suspensión de términos por el Covid 19 (16-03-2020 a 30-06-2020), el plazo para notificar al ejecutado se extendió hasta el 04-05-2021 y se surtió antes: el 03-05-2021.

Desestimó la extinción de la hipoteca porque falta prueba de que, al otorgamiento de la escritura, fuese inexistente obligación alguna entre los intervinientes (Carpeta 01PrimeraInstancia, pdf No.024).

5. LA SINOPSIS DE LA ALZADA

5.1. LOS REPAROS DEL EJECUTADO. (i) Se computó mal la fecha de notificación de la orden de pago; y, (ii) La cesión del gravamen es inválida (Ibidem, pdf No.19).

5.2. LA SUSTENTACIÓN. Según el Decreto Presidencial No.806 de 2020, la recurrente aportó por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo (Carpeta 02Segundainstancia, pdf No.08). Se expondrán al resolverlos.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESAL. El derecho procesal en forma mayoritaria¹, en Colombia, los entiende como los presupuestos procesales. Otro sector²⁻³ opta los denomina como en este epígrafe, habida cuenta de acompañarse mejor a la sistemática instrumental patria.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En múltiples decisiones se ha dicho que este estudio es oficioso⁴. Criterio ratificado recientemente (25-05-2022)⁵ por la CSJ. Diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. En este evento se satisface en ambos extremos.

¹ DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

² LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.781.

³ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁴ CSJ, Civil. Sentencias: (i) 14-03-2002, MP: Castillo R.; (ii) 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; (iii) 13-10-2011, MP: Namén V., No.2002-00083-01; (iv) SC -1182-2016, reiterada en SC-16669-2016. (v) TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

⁵ CSJ, Civil. SC -592-2022.

Para esta tipología de procesos, excepcionalmente⁶, este estudio se hace desde que se analiza la expedición de la orden ejecutiva, pues se relaciona con la claridad y expresividad del título.

Están legitimadas las partes de este proceso, en ambos extremos, al aparecer en la letra de cambio acercada con la demanda, como acreedor y tenedor legítimo el señor Jorge Wilson López Duque (Carpeta 01Pri..., carpeta 001Exp..., carpeta 01. Pri..., carpeta 01 Cua..., pdf cuaderno pri..., folio 14), respaldada con la hipoteca que le fue cedida (Carpeta 01Primera..., carpeta 001Exp..., carpeta 01. Pri..., carpeta 01 Cua..., pdf cua..., folios 16-31).

Y, por pasiva, el señor Juan Pablo González M., al aparecer como titular del derecho de dominio sobre el bien gravado (Carpeta 01Primera..., carpeta 001Exp..., carpeta 01. Pri..., carpeta 01 Cua..., pdf cua..., folios 32-35).

La índole de este asunto es mercantil, por razón de que las partes participaron de una actividad con ese carácter: haber otorgado un título valor [Art.20-6º, CCo].

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, R., según la apelación del ejecutado; o debe confirmarse o modificarse?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

6.4.1. Los límites de la apelación impugnaticia. En esta sede se definen por los temas objeto del recurso, patente aplicación del modelo dispositivo del proceso civil nacional [Arts. 320 y 328, CGP]; se reconoce hoy como la *pretensión impugnaticia*⁷, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según

⁶ MORALES M., Hernando. Curso de derecho procesal civil, parte general, 10ª edición, reimpresión 2015, Bogotá DC, Temis, 2015, p.159-160. También: (ii) DEVIS E., Hernando. Compendio de derecho procesal civil, teoría general de derecho procesal, teoría general del proceso, tomo I, 14ª edición, Bogotá DC, editorial ABC, 1996, p.272-273; y, (iii) ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo 5, el proceso ejecutivo, ESAJU, 2017, Bogotá DC, p.61.

⁷ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449.

la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.⁸. El profesor Bejarano G.⁹, discrepa al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.¹⁰, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones, que son minoritarias.

Acoge la aludida restricción, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra¹¹. En la última sentencia mencionada, se prohijó lo argüido por la CSJ en 2017¹², eso sí como criterio auxiliar, ya en decisiones posteriores y más recientes, la CSJ¹³ (2019, 2021 y 2022), en sede de casación reiteró la tesis de la referida pretensión. El profesor Parra B.¹⁴, arguye en su obra (2021): *“Tiene como propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.”* De igual parecer Sanabria Santos¹⁵ (2021).

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general [Art. 281, ibidem]. Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios [Art. 281, párrafos 1º y 2º, ibidem], las excepciones declarables de oficio [Art. 282, ibidem], los presupuestos procesales¹⁶ y sustanciales¹⁷, las nulidades absolutas [Art. 2º, Ley 50 de 1936], las prestaciones mutuas¹⁸, las costas procesales¹⁹ y la extensión de la condena en concreto [Art.283,2, CGP], entre otros. Por último, la

⁸ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: ICDP. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

⁹ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: ICDP. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

¹⁰ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

¹¹ TS, Civil-Familia. Sentencias del (i) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

¹² CSJ. STC-9587-2017.

¹³ CSJ. SC-2351-2019; SC-3148-2021; y, SC-1303-2022.

¹⁴ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

¹⁵ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

¹⁶ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

¹⁷ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

¹⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

¹⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré, 2019, p.1079.

competencia es panorámica cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable [Art.328, inciso 2º, CGP].

6.4.2. LA METODOLOGÍA PARA RESOLVER. El orden lógico-procesal para decidir los disensos postulados, será así: **(1)** La fecha de notificación del ejecutado; y, **(2)** La extinción de la hipoteca.

REPARO No.1º. La notificación no quedó surtida a tiempo, pues según el artículo 8º del Decreto Presidencial 806 de 2020, ese acto queda cumplido al finalizar el segundo (2º) día del envío del traslado y, aquí acaeció que el 03-05-2021 le remitieron el correo, por tanto, corrieron los días hábiles 04-05-2021 y 06-05-2021 (05-05-2021 inhábil por paro judicial), entonces, solo al finalizar el 06-05-2021 se entiende notificada (Carpeta 02Segundainstancia, pdf No.08).

RESOLUCIÓN. Triunfa. En efecto el enteramiento queda surtido dos (2) días después de la remisión del correo, conforme a la aludida norma y, si el plazo se extendía hasta el 04-05-2021, la notificación hecha el 06-05-2021 fue intempestiva para truncar el fenómeno prescriptivo.

La discusión se centra en definir, a partir de qué momento se debe comprender que queda hecha la notificación respectiva.

Sin dudas, el estudio en primera instancia omitió estimar la modificación introducida por el inciso 3º, del artículo 88º del Decreto Presidencial 806 de 2020 (Hoy vigente en la Ley 2213 que la replicó) que estipula: “*La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje (...)*”, de donde fácil se infiere que la fecha de remisión es útil para saber que, vencido ese plazo, se tendrá por cumplido el acto procesal intentado.

Esa regla, fue declarada exequible en el control constitucional a que fue sometida (C-420 de 2020), de manera que, si se encuentra acreditada la fecha del envío del mensaje, consecuentemente, dos (2) días después es que queda válidamente realizada la notificación.

Recientemente (14-12-2022)²⁰, la CSJ al resolver una tutela (Criterio auxiliar), recordó que, ese era el sentido de la disposición, al señalar: “(...) *relacionada con el deber de acreditar el «envío» de la providencia a notificar como mensaje de datos al canal elegido por el demandante. En últimas, es de esa remisión que se deriva la presunción legal contenida en el canon en cita, esto es, que «se entenderá realizada» la notificación (...)*” (Negritas extratextuales). En forma similar razona el profesor Rojas G. (2022)²¹.

Hay acuerdo respecto a que el 03-05-2021 fue la fecha del envío del mensaje, así indicó la recurrente en la contestación de la demanda (Carpeta O1PrimeraInstancia, pdf No.019, folio 2) y en el recurso (Carpeta O1PrimeraInstancia, pdf No.025 y carpeta o2SegundaInstancia, pdf No.08, folio 1); y, lo reiteró, la decisión apelada (Carpeta O1PrimeraInstancia, pdf No.024, folio 7). Menester precisarlo, porque el expediente allegado a esta sede carece de dicha constancia.

También está fuera del litigio que la notificación del ejecutado, para que tuviera el efecto de hacer inoperante la prescripción, debía surtirse máximo hasta el 04-05-2021 según la sentencia (Carpeta O1PrimeraInstancia, pdf No.024, folio 7) porque las partes dejaron de cuestionar tal aspecto, es intangible ahora.

En esas condiciones, aplicada la disposición en cita [Art.8, inciso 3º, D.806/2020], bien se cuenten los días cuatro (4) y cinco (5) de mayo de 2021 y, aún más, si se descuenta este último (No se probó el paro judicial referido, y debió serlo²²), pues correrían cuatro (4) y seis (6) del mismo mes y año; la notificación del ejecutado se realizó cuando habían pasado más de los tres (3) años del vencimiento de la letra de cambio, por ende, se consolidó la extinción cambiaria invocada [Art.789, CCo].

²⁰ CSJ, STC-16733-2022.

²¹ ROJAS G., Miguel E. Novedades de la Ley 2213 de 2022, retos y fortalezas de la virtualidad, ESAJU, 2022, Bogotá, p.220.

²² TSP. Providencia del 28-10-2020; MP: Grisales H., No.2019-00263-01, que señaló: “Para que se configure la interrupción de los plazos judiciales, **necesario es que se demuestre que no hubo atención al público**, circunstancia constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, que por contera impide a las partes atender alguna carga procesal; en efecto explicó la CC¹⁵ (SU-498 de 2016): “(...) *las protestas de funcionarios de la Rama Judicial del Poder Público no siempre conllevan el cierre de los despachos judiciales, razón por la que se debe establecer en el caso concreto si el despacho judicial prestó el servicio (...)*”.

Así las cosas, se revocará en este aspecto la sentencia, pues compete declarar probada la excepción de prescripción y, por lo tanto, ordenar el cese de la ejecución.

REPARO No.2º. Debió prosperar la excepción de extinción de la hipoteca, porque la cesión, omitió mencionar el crédito garantizado, entonces el traspaso solo fue de la garantía, que se extingue de pleno derecho por no tener prestación a avalar (Carpeta 02Segundainstancia, pdf No.08).

RESOLUCIÓN. Fracasa. La naturaleza de la garantía constituida, admite desde su otorgamiento la inexistencia de obligaciones, porque puede tener por finalidad respaldar futuros créditos; incluso, al momento de la cesión; cuestión que en manera afecta la existencia y validez de la prestación accesoria y resulta extraña a las formas de extinción de dicho contrato, como impropiamente se pidió.

El reproche de la recurrente desconoció que la hipoteca de este caso es **abierta** (Carpeta 01Primera..., carpeta 001Exp..., carpeta 01. Pri..., carpeta 01 Cua..., pdf cua..., folio 23, párrafo 1º, cláusula 4ª) que, por tanto, nace para garantizar obligaciones que pueden ser indeterminables en ese momento, pero definibles (Cuantía, vencimiento y demás características) con el tiempo.

Este tipo de afianzamiento es de aquellos que, puede estar sometido a condición o plazo [Art.2438, CC] y, de esa manera, es infundado el requisito de concurrir con la existencia de una deuda; por expresa disposición legal esta modalidad de hipotecas, son válidas en nuestro sistema normativo.

La doctrina de la CSJ, de tiempo atrás (2008)²³ ha sido partidaria de este tipo de gravámenes; recientemente (2022)²⁴ reiteró su pensamiento:

... (I) la hipoteca abierta sin límite de cuantía se encuentra permitida en nuestro ordenamiento jurídico; (II)

²³ CSJ, Civil. Sentencia del 01-07-2008; MP: Namén V., No.2001-00803-01 y en sede constitucional (Criterio auxiliar) STC-1613-2016.

²⁴ CSJ, SC-3097-2022

para la determinación de las obligaciones garantizadas, tratándose de garantías abiertas, basta que las partes señalen las reglas para su concreción futura; y (III) **es dable que se otorgue la hipoteca previamente a los créditos a los cuales accede**, por expreso mandato legal, sin desconocer su naturaleza accesoría.

(...)

Que los contratantes no incluyeran ningún límite respecto a la fecha de nacimiento del crédito o su fuente, no descubre indeterminación, **sino la decisión de amparar genéricamente todos los débitos que los deudores contraigan con el acreedor**, incluyendo las erogaciones vinculadas, propio de una hipoteca abierta (Negritas y coloración, ajenas al texto original).

En sentido similar comenta el maestro Pérez Vives (1990)²⁵ al indicar: “(...) De otra parte, hemos visto que el art. 2438 permite la hipoteca condicional o eventual, es decir, aquella que se otorga para respaldar futuros y posibles créditos cuya cuantía, desde luego, suele ser indeterminada (...)”.

En conclusión, la inexistencia de la obligación principal, al momento de la cesión hipotecaria, en forma alguna tiene entidad para “extinguirla” (En rigor dogmático el supuesto defecto se subsumiría en un vicio de formación o validez del negocio jurídico), pues se otorgó en la especie *abierta* que, por definición, ampara deudas a futuro, como en efecto ocurrió aquí.

Razón tuvo el juzgado de primera instancia, al negar la extinción del gravamen, **aunque son razones sustantivas las que soportan el fracaso del reparo**, atendida la naturaleza de la figura singular que se convino en esta controversia, como se ha expuesto en líneas anteriores.

7. LAS DECISIONES FINALES

Se **(i)** Confirmará, parcialmente, el numeral 1º de la sentencia atacada, pues se mantendrá el fracaso de la excepción de extinción de la hipoteca, por razones diversas; **(ii)** Declarará la prescripción y, por tanto, cesará con la ejecución;

²⁵ PÉREZ V., Álvaro. Garantías civiles (Hipoteca, prenda y fianza), Temis, Reimpresión 1ª edición, 1990, Bogotá, p.107.

(iii) Revocarán los demás numerales; **(iv)** Condenará en costas, en ambas instancias, al ejecutante, por el fracaso de sus pretensiones [Artículo 365-1º y 8º, CGP].

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ²⁶ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR, parcialmente, el numeral 1º de la sentencia emitida el **15-12-2021** por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, R., en cuanto se deniega la excepción de extinción hipotecaria, pero por los motivos aquí explicitados.
2. REVOCAR, en parte, el numeral 1º, de la mencionada sentencia, para DECLARAR próspera la prescripción cambiaria alegada, que basta para cesar el proceso ejecutivo.
3. REVOCAR, por lo tanto, los demás numerales del veredicto apelado, que son consecuenciales a la continuación de la ejecución.
4. CONDENAR en costas, en ambas instancias, a la parte ejecutante y a favor del ejecutado. Se liquidarán en primera instancia, pero la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.

²⁶ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

5. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

EDDER J. SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

JAIME A. SARAZA N.
MAGISTRADO –
CON SALVAMENTO DE VOTO

DGH / DGD / 2023

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

01-03-2023

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Edder Jimmy Sanchez Calambas
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Firma Con Salvamento De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cf9b8a73d1b765186c48286e1659e1988258d5897ce2943b27e13326bcf74628**

Documento generado en 28/02/2023 11:03:44 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>