

JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil veintidós (2022)

Radicación No. 11001 40 03 054 2003 00288 07

En cumplimiento al fallo de tutela del 28 de junio de 2022, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, procede esta instancia a proferir sentencia de segunda instancia dentro de la demanda de la referencia, con ocasión al recurso de apelación que interpuso la parte demandante en contra la sentencia anticipada que dictó el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal el 14 de mayo de 2019.

I. ANTECEDENTES

1.-Petitum

El Banco Av Villas a través de apoderado presentó demanda ejecutiva hipotecaria para el cobro de sumas de dinero en contra de GUILLERMO DÍAZ y BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ contenidas en los pagarés número EQ 319509 y EQ 511849.

Con base en los títulos valores y en la escritura pública número 1190 del 22 de marzo de 1995 de la Notaria 23 de Bogotá, solicitó librar mandamiento de pago por las siguientes sumas:

RESPECTO DE PAGARÉ 050000141338 EQ 319509

a) 3.091,5907 UVR equivalente a \$405.274.00 M/cte. de capital, que corresponden a tres cuotas en mora exigibles cada una el día 12 de los meses de diciembre de 2002, enero y febrero de 2003.

b) por los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre cada una de las cuotas vencidas, desde la fecha de su exigibilidad y hasta que se verifique su pago.

c) 151.596.2749 UVR por concepto de capital insoluto equivalentes en pesos colombianos al momento de su pago que, para el 27 de febrero de 2003, equivalían a \$19'872.650.00 M/cte.

d) por los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida que para el momento de la presentación de la demanda corresponden al 20.87% efectivo anual sobre el capital insoluto, desde la fecha de presentación de la demanda y hasta que se verifique su pago.

RESPECTO DE PAGARÉ 00000241849 EQ 511849

a) 676,6537 UVR equivalente a \$88.702.00 M/cte. de capital, que corresponden a tres cuotas en mora exigibles cada una el día 12 de los meses de diciembre de 2002, enero y febrero de 2003.

b) por los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre cada una de las cuotas vencidas, desde la fecha de su exigibilidad y hasta que se verifique su pago.

c) 676,6537 UVR por concepto de capital insoluto equivalentes en pesos colombianos al momento de su pago que, para el 27 de febrero de 2003, equivalían a \$2'608.130.00 M/cte.

d) por los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida que para el momento de la presentación de la demanda corresponden al 20.87% efectivo anual sobre el capital insoluto, desde la fecha de presentación de la demanda y hasta que se verifique su pago.

e) Se decrete la venta en pública subasta del bien inmueble objeto de garantía hipotecaria para que con su producto se cancele el crédito ejecutado, junto con las costas del proceso.

2.-HECHOS

2.1. Los demandados recibieron a título de mutuo comercial el 4 de mayo de 2.000 la suma de 173.593.4912 UVR, y 38.186 UVR suma que se difirió en 121 y 109 cuotas mensuales, respectivamente, desde el 13 y 12 de junio de ese mismo año.

2.2. Que las anteriores obligaciones se encuentran contenidas en los pagarés número 050000141338 y 00000241849.

2.3. Los demandados incurrieron en mora de las cuotas mensuales desde el 12 de diciembre de 2.002.

2.4. Los demandados son propietarios del inmueble dado en garantía hipotecaria la cual fue constituida a través de la escritura pública número 1190 del 22 de marzo de 1995 de la Notaria 23 del Círculo de Bogotá y registrada en el folio de matrícula inmobiliaria número 50C-1354144.

2.5. Que de conformidad con la circular 007 del 27 de enero de 2000 de la Superintendencia Bancaria, el crédito bancario

fue reliquidado bajo los parámetros establecidos aplicando un alivio por la suma de \$5'355.568.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. El Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal libró mandamiento de pago el seis de marzo de 2003 (folio 41 del cuaderno uno), en el que dispuso notificar a los demandados y decretó el embargo del inmueble identificado con folio de matrícula 50C-1354144.

3.2. Los demandados fueron notificados por aviso del mandamiento de pago, y ante la ausencia de oposición a las pretensiones, el juzgado de primer grado, profirió sentencia en la que siguió adelante la ejecución, ordenó el avalúo y remate del inmueble dado en garantía.

3.3. Posteriormente, SONIA DÍAZ LOPEZ, presentó incidente de nulidad con fundamento en numeral primero del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil.

3.4. Finalmente, mediante auto del 24 de julio de 2007 el Juzgado declaró la nulidad parcial de todo lo actuado, por cuanto se estableció, que el demandado Guillermo Díaz falleció el 29 de noviembre de 1996, es decir, antes de la presentación de la demanda.

En consecuencia, ordenó notificar a la heredera determinada SONIA DÍAZ LÓPEZ de la existencia de los títulos valores y declaró la interrupción del proceso en relación a la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ (folios 18 a 21 del cuaderno dos).

3.5. El curador ad-litem de los herederos indeterminados se notificó personalmente y propuso excepciones de mérito la que título "*prescripción*".

La anterior defensa se sustentó, en que el mandamiento de pago fue notificado después de haberse superado el término del año que indica el art. 90 del C.P.C. teniendo en cuenta que la providencia se profirió el 6 de marzo de 2003, y para la fecha de notificación, habían transcurrido más de 10 años.

3.6. Ante la imposibilidad de notificar a la heredera SONIA ERNESTINA DÍAZ LÓPEZ, la parte demandante, solicitó su emplazamiento.

3.7. Agotado el trámite que le sigue al emplazamiento, designó curador ad-litem, quien se notificó personalmente en representación de ésta (folio 277).

3.8. Sin embargo, en auto del 5 de agosto de 2015 el Juzgado encontró que la notificación de la existencia de los títulos que se adelantó frente a los herederos indeterminados no era válida y, en consecuencia, dejó sin valor y efecto la notificación personal realizada el 26 de febrero 2015 y dispuso repetirla (folios 256 a 260).

3.9. Efectuada la ritualidad que indicaba el artículo 1434 del C.C., el Juzgado Ochenta y Cuatro Civil Municipal libró mandamiento de pago en contra de los HEREDEROS DETERMINADOS SONIA ERNESTINA DÍAZ LÓPEZ y contra los HEREDEROS INDETERMINADOS DEL CAUSANTE GUILLERMO DÍAZ.

3.10. En relación con la demandada BERTHA LÓPEZ advirtió que esa actuación continua incólume, como quiera que la nulidad solo involucró lo actuado frente al demandado GUILLERMO DÍAZ (folio 279 a 281 del cuaderno uno).

3.11. En proveído del 23 de noviembre de 2016 se ordenó el emplazamiento de SONIA ERNESTINA DÍAZ LÓPEZ Y DE LOS HEREDEROS INDETERMINADOS.

3.9. El 31 de marzo de 2017 se notificó personalmente el apoderado de las herederas determinadas Luz Bertha Díaz López, Sonia Díaz López, Mónica Díaz López, Rose Mary Díaz López y Andrea Díaz López, quien **propuso dentro de la oportunidad legal la excepción de prescripción de la acción cambiaria contenida en los pagarés número 050000141338 y 0000000241849**, con fundamento en lo establecido en el artículo 789 del Código de Comercio y art. 95 del Código General del Proceso, pues la presentación de la demanda no tuvo el efecto de interrumpir la prescripción, pues el mandamiento de pago se notificó pasados ocho años (folios 306 a 317).

3.10. El 24 de julio de 2017 se surtió la notificación de los herederos indeterminados del causante Guillermo Díaz, a través de curador ad-litem, quien dentro de la oportunidad legal **presentó excepción de prescripción de los títulos valores** e interpuso recurso de reposición contra el mandamiento de pago, el cual fue despachado de manera desfavorable (folios 323 a 329).

3.11. El Juzgado Ochenta y Cuatro Civil Municipal declaró pérdida de la competencia (art. 121 del C.G.P.) y envió el expediente al siguiente en turno.

3.12. El Juzgado Ochenta y seis Civil Municipal avocó conocimiento y programó fecha para escuchar los alegatos de conclusión (folios 366 y 367).

3.13. No obstante, al encontrar que la excepción de prescripción de la acción cambiaria directa se encontraba probada, profirió sentencia anticipada en la que declaró la extinción de las obligaciones, declaró terminado el proceso, y ordenó la cancelación de la hipoteca.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4.1. El *a-quo* luego de hacer un resumen sucinto de las actuaciones, abordó el estudio de las excepciones propuestas por el apoderado de los herederos determinados y el curador ad-litem de los indeterminados desde lo reglado en el numeral 10º del artículo 784, así como en el artículo 2512 del Código Civil.

4.2. Tras el análisis del trámite y de las pruebas, encontró prospera la excepción de prescripción extintiva del título valor, pues entre la fecha de presentación de la demanda -28 de febrero de 2003- el mandamiento de pago reformado el 2 de junio de 2016 y la notificación de éste a los herederos determinados e indeterminados trascurrieron más de tres años (art. 789 ídm), hecho que, indicó da lugar a la prescripción extintiva de la obligación.

4.3. En consecuencia, el *a-quo* declaró probada la excepción de la prescripción de la acción cambiaria directa propuesta por el curador ad-litem en representación de los herederos indeterminados y por el apoderado de las herederas determinados de Guillermo Díaz.

4.4. Declaró terminado el proceso, ordenó la cancelación de la hipoteca contenida en la escritura pública 1190 del 22 de marzo de 1995 de la Notaria 23 del Círculo de Bogotá y condenó en costas a la parte demandante.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación el cual se sintetiza a continuación:

5.1. El primer reparo apunta a que el Juez de primer grado no tuvo en cuenta en sus consideraciones que el Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal declaró la nulidad parcial, es decir, que únicamente atañe al demandado Guillermo Díaz (q.e.p.d.), pues en relación con la demandada Bertha López de Díaz, las actuaciones sobre ésta permanecieron incólumes.

Destacó que Bertha López de Díaz además no alegó la prescripción en favor suyo, entendiéndose renunciada, por lo que el fallo del *a-quo*, no debió declararla en favor suyo.

Agregó que, en auto del 24 de julio de 2007, el juzgado 54 Civil Municipal fue claro en destacar que “(...) *sin perjuicio de las actuaciones adelantadas contra la demandada BERTHA LOPEZ DE DIAZ y la interrupción del proceso (...)*”, lo que revela que la sentencia proferida en contra de Bertha se encuentra en firme, lo cual fue desconocido por el Juez del primer grado.

Señaló que la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ, fue la persona que atendió la diligencia de secuestro, y en la misma reconoció pagos. Por lo que la prescripción no puede cobijarla a ésta, y calificó como “*grave error*” esa decisión.

5.2. El otro reparo se enfocó a que operó la interrupción de la prescripción, ello en la medida a que en auto del 24 de julio de 2007 el proceso se declaró interrumpido.

Destacó que hasta que se logró la notificación de los títulos a los herederos - lo cual se surtió el 31 de marzo de 2017- el término de la prescripción de la acción cambiaria se reanudó, porque el proceso se encontraba en estado de interrupción parcialmente en relación con los herederos determinados e indeterminados de Guillermo Díaz (q.e.p.d.).

Resaltó que el mandamiento de pago librado el 1 de junio de 2016 en contra de los herederos determinados e indeterminados se notificó dentro del año siguiente, por lo que tampoco era plausible declarar la prescripción de la acción cambiaria frente a estos.

Recalcó que notificar a los herederos resultó casi imposible, por lo que considera que, declarar la prescripción es un castigo para la Entidad bancaria demandante, cuando ocurrieron circunstancias ajenas e irresistibles para la demandante que llevaron a la dilación del trámite, y finalmente a que se alegara la prescripción.

Bajo los anteriores reparos, solicitó revocar la sentencia de primer grado.

6. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales:

6.1. Laminarmente se advierte que la demanda es apta formalmente, las partes tienen capacidad concurrir a este juicio, se encuentran debidamente notificadas del mandamiento de pago.

Esta superioridad es competente para desatar el recurso de apelación en virtud a que es el superior funcional de la autoridad que profirió la sentencia de primera instancia, conforme lo prevé el numeral primero del artículo 33 del Código General del Proceso.

Por otra parte, y, efectuado el control de legalidad a lo actuado no observa nulidad alguna insanable.

Presupuestos procesales que concurren y dan lugar a proferir sentencia de segundo grado.

7. PROBLEMA JURÍDICO

En virtud a lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso *“(...) el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley (...).”*

De ahí el Juzgado solo se pronunciará únicamente en los reparos concretos a la sentencia de primer grado.

El primero apunta a determinar si la prescripción de la acción cambiaria directa puede declararse en favor de la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ, dada la indivisibilidad de la obligación a la luz de lo preceptuado por el artículo 2433 del Código Civil.

El segundo punto, concita en determinar si la interrupción del proceso por muerte de uno de los demandados, incide igualmente en el fenómeno prescriptivo de la acción cambiaria alegada por el curador ad-litem de los herederos indeterminados y los herederos determinados.

Dado que ese fue el orden en que fueron expuestos los argumentos por el censor, en ese mismo esquema el despacho los abordará.

Como se indicó en líneas anteriores, la primera censura se centró en que el *a-quo* no tuvo en cuenta la sentencia que profirió el 22 de febrero 2006 el Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal en relación con la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ, en la que se dispuso seguir adelante la ejecución, pues frente a ésta, la nulidad declarada con posterioridad, no tuvo efecto alguno.

Para desatar esta censura resulta útil memorar que el código general del proceso en el artículo 303 indica que:

“(...) sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión. (...)”

Respecto a la manera en que opera la cosa juzgada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia SC15579-2016 indicó:

“(...)”

Con base en dicha norma, la jurisprudencia de la Corte tiene razón en señalar que la cosa juzgada en sentido formal de una sentencia, opera de varios modos:

i) Cuando la sentencia carece de recursos su ejecutoria se alcanza en el momento mismo de su notificación. “Si la sentencia no está sujeta a impugnaciones –explica CHIOVENDA– es por sí misma firme y produce sin más sus efectos”. Es decir que estas decisiones quedan ejecutoriadas por ministerio de la ley o, como refiere la doctrina, son ‘firmes

por su naturaleza'. (Instituciones de Derecho Procesal Civil. Parte Tercera. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Pág. 339)

De hecho, si la definición del concepto de 'ejecutoriedad de la sentencia' expresa que la misma no es susceptible de ataque por medio de ningún recurso ordinario, entonces resulta evidente que la providencia que no está sujeta a impugnaciones queda en firme "ipso iure"; salvo que se pida oportunamente su aclaración o adición, en cuyo caso se posterga su firmeza hasta la ejecutoria de la providencia que resuelva la respectiva solicitud.

ii) Una situación distinta se presenta cuando la sentencia está sometida a impugnaciones, pues en tal circunstancia se convierte en firme cuando "han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos." (Se subraya)

"De lo previsto en el artículo 331 del mismo código –sostiene la Corte– se infiere cómo los recursos que tienen la virtualidad de prolongar el término de ejecutoria de las providencias judiciales son únicamente los que fueren procedentes, de modo que si, de entrada, o a posteriori, se concluye que no lo eran, la firmeza de dichos pronunciamientos se retrotrae al momento del vencimiento de los tres días siguientes a su notificación o al del señalado para la interposición de los que fueren procedentes, pues "si determinado recurso no era procedente, es de entender que jamás se interpuso". (Auto de 2 de mayo de 2007, Exp. 2007-00025-00) [Se subraya]. (Sentencia de 3 de septiembre de 2013, Rad. 11001-02-03-000-2012-01526-00).

Ahora, el artículo 304 de la misma codificación señala en qué casos la sentencia no constituye cosa juzgada, a saber:

"1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas.

2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.

3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.

En el *sub-judice*, encuentra esta sede judicial que el Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal libró orden de pago en contra de GUILLERMO DÍAZ (q.e.p.d.) y LÓPEZ DE DÍAZ BERTHA (folio 41 del cuaderno uno).

El trámite del proceso se adelantó con normalidad hasta la presentación del avalúo catastral por parte de la actora, cuando la heredera del demandado Guillermo Díaz interpuso incidente de nulidad en la que soslayó que había irregularidad en la notificación de éste, pues él había fallecido el 29 de noviembre de 1996, antes de la presentación de la demanda. Por lo que era necesario agotar el trámite que señalaba el artículo 1434 del C.C.

Revisando la decisión a la que acude el apelante para solicitar la revocatoria del fallo encuentra esta superioridad que el Juzgado Cincuenta Civil Municipal resolvió:

“(...) PRIMERO: Acceder a la nulidad procesal respecto del demandado Guillermo Diaz (q.e.p.d.) planteada por el apoderado de la señora SONIA GUILLERMO DÍAZ en su calidad de heredera del demandado fallecido en el presente asunto, a partir del mandamiento de pago inclusive. Adviértase que las actuaciones dentro del presente asunto con relación a la señora BERTHA LOPEZ tienen plena validez hasta antes de dictar sentencia.

SEGUNDO: Declarar que la sentencia dictada en el presente asunto es completamente nula para la demandada BERTHA LOPEZ DE DIAZ. (...) -se resalta-

Quiere decir, que la sentencia a la que hace alusión el recurrente quedó igualmente sin valor y efecto, pues la Juzgadora fue enfática en indicar que esa decisión fue afectada por la nulidad alegada por la heredera.

Encontró como válidas las actuaciones adelantadas antes de la sentencia, como lo es, la notificación del mandamiento de pago a la demandada Bertha López de Díaz.

En conclusión, la sentencia que profirió el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal *a-quo* el 14 de mayo de 2019 es hasta ahora la única que ha resuelto la litis.

Respecto a la declaratoria de la prescripción de la acción cambiaria directa que favorece de la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ, sobre este medular, vale la pena hacer las siguientes acotaciones.

Como es sabido, la prescripción adquisitiva o extintiva se encuentra reglada el artículo 2512 del C.C. como el modo de adquirir el dominio y de extinguir las acciones y derechos. En este caso, interesa analizar la segunda, la cual tiene su pilar en la inactividad del titular al no ejercitar su derecho en su oportunidad, secuela de ello, libera al deudor de la obligación a su cargo.

No obstante, la prescripción adquisitiva o extintiva debe ser alegada, es decir, solo puede ser declarada a quien la alegue (art. 2513 del C.C.) de ahí que, el artículo 2514 del C.C. expresa que quien no la invoque en favor suyo, renuncia tácitamente a ésta.

Partiendo de las anteriores premisas, y de cara a la censura, se advierte que la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ fue debidamente notificada del mandamiento de pago por aviso – art. 320 del C.P.C.- (folio 161) y, dentro de la oportunidad pertinente no presentó excepción alguna.

Llama la atención esta judicatura, que reconocer de tajo la prescripción en favor de quien no la alegó, en principio puede desconocer lo expresado por el art. 2513 del C.C., punto sobre el que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, indicó:

“De la renuncia comentada, esta Corporación ha sostenido:

“(…) [L]a renuncia expresa o tácita de la prescripción sólo tiene lugar “después de cumplida”, según lo declara el artículo 2514 del Código Civil, por cuanto si las normas que gobiernan la prescripción son de orden público y, por ende, no disponibles, la renuncia entonces opera sólo luego de vencido el plazo y adquirido el derecho a oponerla, es decir, una vez se mire únicamente el interés particular del renunciante (artículos 15 y 16, ibídem), de donde se explica la razón por la cual, a pesar de estar consumada, el juez no puede reconocerla de oficio si no fuere alegada (artículos 2513, ejúsdem, y 306 del Código de Procedimiento Civil) (subraya fuera de texto).

*“De igual manera, si la renuncia ocurre únicamente después de expirado el término prescriptivo, y si (…) la interrupción y la suspensión operan siempre antes de cumplirse, no resulta difícil avizorar la diferencia de uno u otro instituto. **Con todo, como la renuncia, a semejanza de lo que ocurre con la interrupción, conlleva a contabilizar un nuevo término de prescripción, la Corte tiene averiguado que el “resultado de la renuncia, igual que la interrupción, es la prescindencia de todo el tiempo de inercia corrido hasta entonces, de modo que el cómputo se reinicia, con posibilidad prácticamente indefinida de que se repitan los fenómenos, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente”** (…)¹. – se resalta-*

Siguiendo la postura del alto tribunal, se tiene que:

(i) la obligación tanto de las cuotas en mora como del capital insoluto de la obligación se hizo exigible el día 12 de diciembre de 2002, como se infiere del hecho 3 del líbello de la

¹ Citada en la sentencia STC130-2016, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.

demanda, por lo que el término prescriptivo en principio tendría lugar el 11 de diciembre de 2005; **(ii)** la demanda fue sometida a reparto el día 28 de febrero de 2003; **(iii)** la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ se tuvo por notificada del mandamiento de pago el 30 de septiembre de 2005, pues ello revela la certificación que obra a folio 133 del cuaderno uno (folio 170 expediente digital), por lo que la presentación de la demanda no tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción como quiera que la notificación supera el término perentorio que establecía el artículo 90 del C.P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989 vigente para esa época; **(iv)** a la luz de lo preceptuado por el artículo 2539 del C.C., y como la demandada BERTHA LÓPEZ DE DÍAZ guardó silencio al mandamiento de pago, se configura la interrupción natural tácita de la prescripción extintiva, lo que conlleva a contabilizar un nuevo término de prescripción, por lo que la misma tendría lugar el 29 de septiembre de 2008; **(v)** los herederos determinados e indeterminados del deudor solidario GUILLERMO DÍAZ (q.e.p.d.), se notifican del mandamiento de pago el 31 de marzo de 2017 (folio 277 cuaderno físico) y 24 de julio de 2017 (folio 322 cuaderno físico), respectivamente, quienes propusieron la excepción de prescripción de la acción cambiaria directa, de lo que se infiere que para este momento se operaba el fenómeno de la prescripción extintiva de la acción cambiaria.

El artículo 2432 del Código Civil Colombiano contiene la definición legal de hipoteca señalando que *“la hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”*, deduciéndose que el acreedor posee el derecho de persecución, reconocido al tenor del artículo 2452 ibidem, que le posibilita perseguir el bien gravado de manos de quien fuere el que lo posea y a cualquier título que lo haya adquirido.

Además de ello, se infieren efectos importantes como consecuencia del principio general de que -lo accesorio sigue el destino de lo principal- cuando **(i)** una vez extinguida la obligación se extingue la hipoteca, **(ii)** a la anulación de la obligación se deriva la nulidad de la hipoteca, **(iii)** simultáneamente la acción hipotecaria prescribe con la acción que se origina de la obligación principal (artículo 2457), **(iv)** toda particularidad que perjudica a la obligación principal se refleja en la hipoteca; y **(v)** a donde vaya el crédito va la hipoteca como sucede con la subrogación o cesión de la obligación con garantía real, al transmitirse este al legatario o heredero, entre otros.

Existen, finalmente, dos rasgos importantes de la hipoteca: el primero de ellos es que funge como un límite del

derecho de dominio, dado que si bien el deudor conserva la titularidad y posesión del inmueble; con todo, su dominio no es absoluto porque una parte de él se encuentra coartada por el derecho de acreedor hipotecario. Igualmente, tiene vedado destruir el bien o poseerlo de forma tal que genere perjuicios al acreedor.

El segundo de ellos tiene que ver con la **indivisibilidad de la hipoteca**, esto es, la idea según la cual cada parte del bien garantiza la totalidad de la hipoteca, al tiempo que cada parte del crédito se vincula con la totalidad del bien, principio que se conserva incluso si la deuda hipotecaria ya ha sido cubierta en parte o en casi su totalidad, esto es, así el saldo por cubrir sea mínimo, la hipoteca se encuentra garantizada por todo el bien.

Distinto es, por supuesto, si la hipoteca se ha realizado sobre varios bienes, en cuyo caso el acreedor puede elegir entre cuál de los bienes –o todos ellos persigue ante el incumplimiento del deudor.

Sobre el tema en particular, Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve expresaron lo siguiente: *«El más perfecto derecho real de garantía de créditos es la hipoteca, pues al mismo tiempo que recae sobre bienes inmuebles debidamente singularizados y sometidos al régimen de publicidad del registro inmobiliario, el deudor no pierde la posesión de ellos, lo cual constituye una ventaja para él, ya que no se altera o disminuye la explotación normal a que están sometidos, y el acreedor, lo mismo que en la prenda, adquiere el derecho a realizar el valor del inmueble en pública subasta y pagarse preferentemente ante los demás acreedores del deudor, en caso de incumplimiento de la obligación... La hipoteca es accesorio a la existencia de un crédito y es indivisible. En esto, el Código sigue de cerca los mismos principios del derecho romano. 1... 2. La hipoteca es indivisible. Según el artículo 2433 del Código, la hipoteca es indivisible, y, por lo tanto, “cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”. La regla de la indivisibilidad de la hipoteca contraría manifiestamente el carácter de accesoriedad, pues a pesar de la división del crédito o de la división del inmueble, la hipoteca no se divide y conserva intacta su integridad jurídica. En consecuencia, todo el crédito y cada fracción de él se encuentran respaldados por el valor total del inmueble.»*².

En el mismo sentido respecto al tema tratado, José Alejandro Bonivento (BONIVENTO, 2002) destaca lo siguiente: *«Consagra el artículo 2433 del Código Civil “la hipoteca es*

² Derecho Civil derechos reales. Décima Edición. Editorial Temis, Tomo II. Bogotá 2001, Pág. 411, 412 y 413

indivisible” y agrega; “en consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y de cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”. La indivisibilidad hay que enfocarla alrededor de la obligación accesorio, que no se puede partir salvo que expresamente se convenga en ello. La obligación principal, o mejor, el crédito, sí se puede dividir. Si sobre un predio se constituye una hipoteca, y luego se fracciona o lotea, segregándolo en el registro, todo el inmueble queda garantizando la totalidad de la obligación; no podrá alegarse, por tanto, la división del predio para desconocer la hipoteca»³

Argumentos que aplicados al caso en concreto no puede seguirse la ejecución en contra de uno de los deudores hipotecarios y eximir al otro por virtud de la prescripción de la acción cambiaria, pues ello implicaría la división de la hipoteca contrariando así la regla contenida en el artículo 2433 del C.C.

En torno a la interrupción del proceso por la muerte del deudor, es de notar que le es imputable a la parte demandante el incoar una acción en contra de una persona fallecida 7 años antes de presentar la demanda, pero no obstante en gracia de discusión, al tenor de lo preceptuado por el artículo 169 del C. de P.C., (vigente para la época de los hechos) “ *El juez, inmediatamente tenga conocimiento del hecho que origina la interrupción, ordenará citar al cónyuge, a los herederos, al albacea con tenencia de bienes, al curador de la herencia yacente o a la parte cuyo apoderado falleció o fue excluido o suspendido del ejercicio de la profesión, según fuere el caso.*

Los citados deberán comparecer al proceso personalmente o por conducto de apoderado, dentro de los diez días siguientes a su notificación. Vencido este término, o antes cuando concurren o designen nuevo apoderado, se reanudará el proceso. (Resaltado no es del texto)

Y en este caso, la interrupción se ordenó mediante el auto del 24 de julio de 2007, por el que se dispuso igualmente, la citación de la heredera del causante, quien propusiera la nulidad, el que se notificó por estado el 26 de julio de 2007, citación que con respecto de la heredera determinada quien propuso la nulidad, surte efectos a partir del día 27 de julio de 2007; actuación que se logró concretar con respecto de los demás herederos el 22 de octubre de 2015 día en que se notificó el curador ad-litem de los herederos indeterminados de Guillermo Díaz (q.e.p.d.) y 26 de abril

³ José Alejandro Bonivento Fernández, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, librería profesional, Bogotá, 2002, Pág. 56

de 2016 en donde el curador de la heredera determinada Sonia Ernestina Díaz López fue notificada de la existencia de los títulos valores (folios 270 y 277 del cuaderno uno) y por ende surtida la citación a los herederos determinados e indeterminados del deudor hipotecario (q.e.p.d.), por lo que a partir del día 27 de abril de 2016 opera la reanudación del proceso y, como los herederos determinados e indeterminados del deudor solidario GUILLERMO DÍAZ (q.e.p.d.), se notifican del mandamiento de pago el 31 de marzo de 2017 (folio 277 cuaderno físico) y 24 de julio de 2017 (folio 322 cuaderno físico) quienes se oponen a las pretensiones proponiendo la excepción de prescripción de la acción cambiaria directa, época para la que ya se había operado el fenómeno prescriptivo que se consolidó el 29 de septiembre de 2008 y cubre a todos los obligados, dada la solidaridad e indivisibilidad de la obligación hipotecaria.

Finalmente, es de anotar que la hipoteca puede alcanzar una condicionada independencia frente a la obligación principal en virtud a su carácter accesorio cuando: **I.** subsiste aun extinguida la obligación principal como ocurre en la novación si las partes pactan que el gravamen pase a garantizar la nueva obligación. **II.** Avala obligaciones ulteriores como lo consagra el inciso 3° del artículo 2438 del C.C., al no existir al momento de constituir la hipoteca la obligación principal. **III.** Se establece la garantía por un tercero ajeno a la deuda, sin obligarse este personalmente, salvo que así se convenga; separándose tal caución de la obligación principal y las acciones –la personal y la real –dirigiéndose contra personas diferentes, lo cual aplica cuando el bien hipotecado es adquirido por un tercero. Además de ello, se infieren efectos importantes como consecuencia del principio general de que -lo accesorio sigue el destino de lo principal- cuando **I.** una vez extinguida la obligación se extingue la hipoteca, **II.** A la anulación de la obligación se deriva la nulidad de la hipoteca, **III.** Simultáneamente la acción hipotecaria prescribe con la acción que se origina de la obligación principal (artículo 2457), **IV.** Toda particularidad que perjudica a la obligación principal se refleja en la hipoteca; y **V.** a donde vaya el crédito va la hipoteca como sucede con la subrogación o cesión de la obligación con garantía real, al transmitirse este al legatario o heredero, entre otros.

En ese orden de ideas, y bajo el principio de la solidaridad de la obligación e indivisibilidad de la hipoteca, impera la confirmación de la sentencia materia de apelación, sin costas en la instancia por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

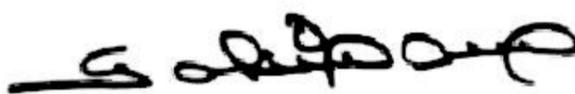
RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 14 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Ochenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá D.C. por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO. Sin costas en la instancia por no aparecer causadas.

TERCERO. Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO
JUEZ