

REPÚBLICA DE COLOMBIA DEPARTAMENTO DE BOYACÁ



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE TUNJA

REF:	Verbal
RADICADO N°:	154074089002-2018-00123-02
DEMANDANTE:	Mariana Rayo Osorio
DEMANDADO:	Jaime Atalivar Bohórquez Ibañez
DESPACHO 1 INSTANCIA:	Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Villa de Leyva-Boyacá
ASUNTO:	Sentencia de segunda instancia

Tunja, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

En cumplimiento de la orden de tutela emitida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, mediante providencia de 2 de mayo del año en curso, este Juzgado entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Villa de Leyva-Boyacá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La señora Mariana Rayo Osorio convocó a proceso verbal a Jaime Atalivar Bohórquez Ibañez, para que *se declare la extinción de la obligación principal a causa de la prescripción contenida en la escritura pública No. 389 de 21 de noviembre de 2009, otorgada en la Notaría Unica de Villa de Leyva, constituida por la señora Mariana Rayo Osorio* y a favor de Jaime Atalivar Bohórquez Ibañez, sobre el bien ubicado en la carrera 10 No. 4–24 de dicha localidad, y que, por ende, se declare la prescripción de la acción ejecutiva y de la acción ordinaria, y que ese gravamen hipotecario se extinguió, por lo que pidió librar comunicación en tal sentido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y condenar al demandado a pagarle las

2. Para sustentar sus pretensiones, la demandante adujo que su demandado le otorgó un crédito o mutuo por \$90'000.000.00, por el término de cuatro (4) meses, cuyo pago respaldó con hipoteca abierta y sin límite de cuantía –pues aseguraba todas las sumas adeudadas o que le llegare a deber-, como consta en la escritura, la cual se inscribió en el folio de matrícula No. 070-98898. Como pretensión subsidiaria pide se declare la extinción de la mencionada obligación, a causa del pago total de la misma.

3. El auto admisorio de la demanda (de fecha 27 de agosto de 2020) se notificó al demandado, quien se opuso a las pretensiones y formuló como defensas las que denominó “*Inexistencia de los eventos de extinción de la hipoteca*”, “*Mala fe de la demandante*” y la genérica.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primera instancia, aceptó el desistimiento de la prueba testimonial que presentaron ambos apoderados judiciales, consideró que los otros testigos pedidos tanto por la parte demandante, como por la demandada, no eran útiles ni pertinentes, por lo que procedió a dictar sentencia anticipada. Contra estas decisiones no se interpuso recurso. Luego de narrar los antecedentes procesales resolvió:

PRIMERO. *Declarar la extinción de la obligación principal, el contrato de mutuo con intereses contenido en la cláusula segunda de la Escritura Pública. No. 389 de 21/11/2009, a causa de la prescripción extintiva del derecho a reclamar su pago mediante las acciones ejecutiva y ordinaria, según lo señalado en el art. 2536 del C.C. y las consideraciones antes expuestas.*

SEGUNDO. *Declarar que la acción hipotecaria prevista en el art. 2537 del C.C., se encuentra prescrita por haber acaecido este fenómeno sobre las acciones ejecutiva y ordinaria legalmente dispuestas para que el acreedor reclamara el pago del mutuo con intereses contenido en la Escritura Pública. No. 389 de 21/11/2009.*

TERCERO. Ordenar a la O.R.I.P. de Tunja levantar el gravamen hipotecario registrado con ocasión de la Escritura Pública. No. 389 de 21/11/2009, en el F.M.I. No. 070-98898, anotación No. 006.

CUARTO. Condenar en costas a la parte demandada. Tásense. Fíjese como agencias en derecho la suma de dos (2) s.m.l.m.v.

Fueron fundamentos de las anteriores declaraciones el considerar que como la demanda no fue admitida sino hasta el 27 de julio de 2020, el término anterior siguió corriendo, hasta esa oportunidad, pese a la inadmisión y suspensión decretada.

Indicó que según el artículo 2535 y siguientes del C.C. el término prescriptivo, para el caso del mutuo se cuenta desde la fecha en que se hizo exigible esta obligación, es decir, desde el 21 de marzo de 2010, luego los 10 años vencerían el 21 de marzo de 2020, pero como por la pandemia se suspendió el término desde el 16 de marzo al 30 de junio de 2020, y teniendo en cuenta los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, el término solo vino a consolidarse el 6 de julio de aquel año. Que no es cierto que el término se cuente desde cuando se inscriba la escritura Pública de Hipoteca, pues el acreedor estaba en la obligación de inscribir dicho gravamen, lo más pronto posible.

Manifestó que solo se cuenta un término prescriptivo. Que la Escritura de Hipoteca fue registrada extemporáneamente, por fuera de los 90 días siguientes a su otorgamiento según la ley. Por lo tanto el argumento del demandado no es de recibo, pues nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada solicitó revocar la sentencia, para lo cual recordó que la jurisprudencia y la doctrina dicen que el contrato de hipoteca es un contrato solemne y solamente tiene efectos jurídicos a partir del registro en la Oficina correspondiente. Que la hipoteca sí fue registrada oportunamente dentro del término legal, como aparece en el Folio de Matrícula Inmobiliaria del inmueble.

Añadió que erra la juez al considerar que el conteo de los términos de prescripción es a partir del vencimiento del plazo, pues dicho computo debe ser a partir de la fecha del registro de la hipoteca.

Agregó que la sentencia desconoce la suspensión de términos a raíz de la pandemia.

CONSIDERACIONES

1.- Están dados los presupuestos procesales, para fallar de fondo este asunto. Igualmente se halla establecida la legitimación en la causa, tanto por activa, como por pasiva.

2.- Este juzgador atenderá la orden emitida por el *ad quem*, en su condición de Juez Constitucional, por el respeto que se profesa por las

decisiones judiciales.

3. Es asunto averiguado que en el derecho colombiano la hipoteca es un contrato accesorio, puesto que tiene como propósito asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Así se desprende, por vía de ejemplo, de los artículos 65, 1499, 2410, 2432 y 2457 del C. C., en los que se precisa que la hipoteca (a) es una especie de caución, dado que se constituye “para la seguridad de otra obligación propia o ajena”; (b) que “tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”; (c) que como derecho de prenda que es, “supone siempre una obligación principal a que accede”, y (d) que “se extingue junto con la obligación principal”.

Esa relación de dependencia que tiene la hipoteca con la obligación fundamental, se torna más visible si se considera que el Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, unificó la prescripción de la acción hipotecaria con la de aquella, al prever en el artículo 2537 que *“la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden”*.

Por su importancia para la definición de este caso, es necesario puntualizar que la hipoteca siempre debe ser considerada como un contrato accesorio, pues “precisa una prestación de seguridad (*praes*, garante; *tare*, estar como), esto es, un deber de certeza, certidumbre y

seguridad frente a determinados riesgos cuya ocurrencia, efectos y consecuencias se cubren, amparan o garantizan”, y “tiene como función práctica o económica social garantizar el cumplimiento de una obligación principal a la cual accede”¹

De manera pues que para resolver este litigio es preciso enfatizar en que la hipoteca, por mandato del artículo 2410 del C. C. -aplicable a ese contrato porque la hipoteca es un derecho de prenda (art. 2432)-, “supone siempre una obligación principal a que accede”, y que por definición del artículo 1439 de la misma codificación, “no puede subsistir sin ella”. Al fin y al cabo, como lo ha precisado la Corte, “la hipoteca no tiene una vida perdurable”².

Desde luego que nada obsta para que se otorgue una garantía hipotecaria que respalde las obligaciones presentes o futuras que llegare a contraer el hipotecante con la persona en cuyo favor constituye el gravamen. Es el caso de la llamada hipoteca abierta –usualmente establecida sin límite de cuantía-, que ampara “varias, diferentes, múltiples, sucesivas obligaciones, por lo común futuras, indeterminadas y determinables durante su vigencia sin necesidad de estipulación posterior, siendo así ‘general respecto de las obligaciones garantizadas’ (cas. civ., 3 de junio de 2005, expediente 00040-01)”³, la cual debe ser calificada como una hipoteca eventual o condicional, habida cuenta que

¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1° de julio de 2008, exp.: 2001-00803-01.

² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1° de septiembre de 1995, exp.: 4219.

³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1° de julio de 2008, exp.: 2001-00803-01.

el gravamen nace con anterioridad a la obligación a la que accede, de suerte que “si esta llega a ser, la garantía cumplirá su papel; en el caso contrario será baldía.”⁴.

Pero es claro que aún en tal hipótesis no se puede perder de vista el carácter accesorio del gravamen, por manera que extinguida la obligación principal, nacida con posterioridad a la constitución de la hipoteca, ésta necesariamente se extingue por mandato del artículo 2457 del C. C. Y ello es así porque, como se acotó, la hipoteca, en cuanto derecho de prenda supone siempre una obligación principal a la que accede, y en cuanto contrato accesorio, no puede sobrevivirle a ella. Tan cierto es que si el acreedor que tiene hipoteca abierta ejercita la respectiva acción real hipotecaria contra el propietario de la finca gravada (C. C., arts. 665, inc. 2°, 2422, 2448 y 2449), y esta es adquirida por un tercero –o por el propio acreedor- en la pública subasta que se ordena en el proceso (C.G.P., art. 468), el juez, en el auto que apruebe el remate, debe cancelar la garantía, pues ésta no tiene lugar contra el adquirente (C. C., art. 2451, inc. 2°, y C.G.P., art. 455, inc. 2°, num. 1°). En esta hipótesis, el alcance abierto del gravamen no quita ni pone ley; allá el acreedor que dejó de hacer efectivas otras deudas aseguradas; y si no las había, el resultado es el mismo: “la cancelación de lo gravámenes prendarios o hipotecarios que afecten al bien objeto del remate” (C.G.P., art. 455).

⁴ ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Garantía civiles. Hipoteca, prenda y fianza*, Bogotá, Temis, 1986, pág. 81.

Ahora bien, cuando la hipoteca es abierta y el constituyente contrae obligaciones plurales con el beneficiario de aquella, es incontestable que el gravamen subsistirá mientras esté vigente alguna deuda; la extinción de una de estas no trae consigo la extinción de la garantía, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1° de septiembre de 1995, ya reseñada, al señalar que *“desaparecida la obligación principal por uno cualquiera de los motivos que la ley prevé, también desaparece la hipoteca porque esta no puede subsistir sin aquella. A menos que, tratándose del cumplimiento de la obligación este se haya dado bajo uno de los presupuestos previstos en los ordinales 3, 5 o 6 del artículo 1668... O a menos que la hipoteca sea de aquella que se conoce como ‘abierta’ (art. 2438, inc. final), en cuyo caso la extinción de una cualquiera de las obligaciones caucionadas por la hipoteca, por pago o por algún otro de los motivos enumerados en el artículo 1625 del C. C., la deja viva, cabalmente para que siga cumpliendo con el propósito para el cual se la otorgó”*⁵.

Más, para que –en tal caso- la extinción de la obligación principal no provoque la decadencia de la hipoteca, es necesario que exista otra obligación, porque de lo contrario se producirá el efecto previsto en el inciso 1° del artículo 2457 del C. C. Con otras palabras, un contrato de hipoteca abierta celebrado con anterioridad al crédito o créditos para cuya seguridad se constituye, vale como hipoteca eventual o condicional, por lo que su efectividad queda sujeta al posterior nacimiento de la obligación u obligaciones principales; por consiguiente,

⁵

Exp.: 4219.

una vez ajustados “los contratos a que acceda”, la hipoteca ya no será eventual, pues se habrá cumplido la condición a la que estaba sometida, de suerte que extinguida la deuda o deudas garantizadas, por cualquiera de los modos previstos en la ley, necesariamente se extinguirá el gravamen, justamente por ser accesorio y porque no puede subsistir sin aquellas.

Además, la inscripción en el respectivo folio inmobiliario tiene una preponderante función de dar publicidad respecto del acto que allí se inscribe; de manera específica así quedó plasmado en el artículo 2^o del actual estatuto de registro de instrumentos públicos¹⁰, al precisarse que uno de los objetivos del registro de la propiedad inmueble es «b) [d]ar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces».

4. Atendiendo lo que se cuestiona de la sentencia emitida por el a quo, valga advertir que el artículo 2535 del C.C. preceptúa:

“PRESCRIPCION 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.

De la anterior norma se deduce que son dos elementos de la prescripción extintiva de las acciones y derechos: 1^o) el transcurso del tiempo señalado por la ley, y 2^o) la inacción del acreedor.

La Corte Suprema de Justicia en SC-13 oct. 2009, exp. 2004-00605-01, determino que *“el fundamento del instituto de la prescripción extintiva radica en el mantenimiento del orden público y la paz social; propende por otorgar 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,*

(...) 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 prolongadas se consoliden...” (Sentencia, Sala Plena de 4 de mayo de 1989, exp. 1880). (...)

La hipoteca se extingue junto con la obligación principal, dice el artículo 2457 del C.C. y a su vez, el artículo 2536 del mismo código determina que la acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años y la ordinaria por diez (10). *“La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).”*

En el presente caso, la demanda fue presentada el 23 de julio de 2018, luego no se había cumplido el termino de prescripción de 10 años.

La escritura Pública 389 se suscribió el 21 de noviembre de 2009 y fue inscrita el 3 de marzo de 2010. El 21 marzo de 2010 vencía el plazo de los cuatro (4) meses establecidos contractualmente. Esto si contamos ese plazo desde la fecha de la escritura o si contamos esos cuatro meses desde la inscripción del instrumento público, el plazo vencería el 3 de julio de 2010.

Teniendo en cuenta las dos hipótesis anteriores, el vencimiento de los cinco (5) años para la acción ejecutiva se daría 3 de marzo de 2015 o el 3 de julio de 2015.

Para la acción ordinaria la prescripción sería el 21 de marzo de 2020, pero como en razón de la pandemia se suspendieron los términos de prescripción por tres meses y medio, la prescripción se efectuaría el 6 de julio de 2020.

Entonces, la señora MARIANA RAYO, para cuando presentó la demanda (23 de julio de 2018), no cumpliría con el término de prescripción requerido por la ley.

Además de lo anterior, la demandante en su demanda en el hecho cuarto (4º) confiesa que tan solo han transcurrido 8 años y cuatro meses, luego, como lo dice la sentencia en la acción constitucional “*La demandante no había consolidado su derecho para reclamar la prescripción*”

Es una manifestación que versa sobre hechos que le producen consecuencias jurídicas adversas, y cumple con los demás requisitos del artículo 191 del CGP.

En consecuencia, las pretensiones principales de la demanda no pueden prosperar.

Como el juez de primera instancia llegó a la conclusión que el mencionado si existía, se debe revocar la sentencia.

En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandado se abre paso pues no se probaron los requisitos para la prosperidad de la prescripción extintiva, tanto de la hipoteca, como de la obligación pecuniaria.

Valga resaltar que el juzgado de primera instancia se equivocó al suspender este proceso, por tan prolongado término.

Respecto de las pretensiones subsidiarias de la demanda no es cierto, y mucho menos está probado dentro del proceso, que la señora RAYO OSORIO, haya pagado la deuda.

La parte demandante considera que el pago se da porque *“JAIME BOHORQUEZ debía esperar el remate del 50% de la casa de sus hijos y que la hipoteca fue como garantía, pero que no recibió los \$90'000.000.oo. Se dijo que por cuatro (4) meses porque ya se tenía fecha para el remate a favor de la sociedad “BOYAG”; el otro 50% era de propiedad de ella y el restante 50% de su hija Valentina. En el Juzgado Tercero de Familia de Tunja se tramitaba la venta de los bienes de los menores”*. Aduce que *“...el remate del 50% del inmueble si le salió a favor de JAIME ATALIVAR BOHORQUEZ”*.

Agrega la actora que la venta del lote a BOHORQUEZ fue por \$350'000.000.oo de los cuales el demandado entregó \$110'000.000.oo a un señor de apellido Cárdenas por compra de una casa para las menores hijas de ella. Que el resto de lo dio de a *“puchos”* en dos camionetas, dos motos, en parte de pago. Que el compromiso era regresarle la casa.

Sin embargo, dentro del proceso no existe prueba de las circunstancias narradas por la señora RAYO, luego tampoco puede prosperar la pretensión subsidiaria.

No se condenará en costas en esta instancia por cuanto no aparece que el apoderado de la demandante haya presentado alguna actuación en esta instancia, tanto en este Juzgado como el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja.

Por el mérito de lo expuesto, Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Tunja, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar, la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Villa de Leiva, en el proceso de la referencia

SEGUNDO: Declarar la prosperidad de la excepción de mérito denominada “*Inexistencia de los eventos de extinción de la hipoteca*” propuesta por el apoderado judicial del demandado, respecto a la pretensión principal de la demanda.

TERCERO: Negar las pretensiones subsidiarias de la demanda.

CUARTO: Levantar la medida cautelar decretada sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. **070-98898**. Para el efecto deberá oficiar el Juzgado de primera instancia.

QUINTO: Sin Condena en costas en esta instancia, por cuanto no aparecen causadas.

SEXTO: Devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

El Juez,

HERNANDO VARGAS CIPAMOGHA

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL
CIRCUITO DE ORALIDAD DE TUNJA.**

El anterior auto fue notificado por estado No
17 hoy **DIECINUEVE (19) DE MAYO DE
2023.**

CRISTINA GARCIA GARAVITO
Secretaria

Firmado Por:
Hernando Vargas Cipamocha
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 02 Oral
Tunja - Boyaca

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: **e147b5e8f32e4a3f9c98dc5d3e2cceab9b44d3ffddc20abfcf1cca8cdde26231**

Documento generado en 18/05/2023 04:08:36 PM

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