

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL - FAMILIA**

**Magistrado Sustanciador
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

**Ref.: Juzgado: 13001310300420110011402
Tribunal: 2017-327-38**

Aprobado mediante acta No. 211

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Pasa a resolverse el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 4 de febrero de 2015, proferida por el JUEZ CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. EI BANCO DAVIVIENDA S.A., por conducto de apoderado judicial, formuló demanda ejecutiva singular contra FERNANDO PAREJA VELEST, ROSA MARÍA PAREJA SALOM Y SERVICIOS INDUSTRIALES DE CARTAGENA TEMPORALES LIMITADA - SERVINCAR TEMPORAL LTDA-, solicitando librar mandamiento de pago por \$ 49.324.061,11, más los intereses corrientes y de mora a la tasa máxima permitida y, por las costas procesales desde el 17 de junio de 2009.

Como sustento fáctico de las pretensiones se compendian:

- Los ejecutados, se constituyeron en deudores de BANSUPERIOR mediante el pagaré número 806005563-1 de 16 de junio de 2009, por \$ 55.536.642,01, con vencimiento 17 de junio de 2009, integrado por \$ 49.324.061,11 correspondiente a capital y \$ 6.212.580,90 por concepto de intereses sobre saldos insolutos.

- La titularidad de dicha acreencia es asumida por el BANCO DAVIVIENDA S.A., en virtud de la absorción que se produjera respecto de BANSUPERIOR, por obra de la Escritura Pública N° 2.369 del 27 de abril de 2006 de la Notaría 1 de Bogotá.

- El plazo de la obligación se encuentra vencido y los ejecutados no han cancelado ni el capital, ni los intereses del pagaré.

2. Por auto de 5 de abril de 2011, se libra mandamiento de pago conforme a lo pedido (fl. 24 C1); una vez notificados los ejecutados, dos de ellos a través de curador Ad- litem, quien contesta que no acepta las pretensiones y se atiene a lo que resulte probado, en tanto la otra ejecutada Rosa María Pareja Salom, mediante apoderado judicial, formula recurso de reposición en la cual propone excepción previa de: *"Prescripción extintiva de la acción cambiaria"* aduciendo que transcurrió el término legal sin que se produjera la notificación a todos los demandados, por lo que no operó la interrupción de la prescripción del título., luego la prescripción operó el 17 de junio del 2012.

3. Trabada la litis, se corre traslado de la reposición que contiene la excepción (fl. 58 C1), se pronuncia la parte ejecutante sobre la misma (fl. 59- 63 C1), y acto seguido se profiere fallo declarando probadas las excepciones formuladas.

EL FALLO DE INSTANCIA

Parte por decir, que están dados los presupuestos procesales necesarios para un pronunciamiento de fondo a través de una sentencia anticipada, fuera que, el documento aportado como soporte de la ejecución cumple con los requerimientos previstos en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, entrando de lleno al estudio de las excepciones formuladas.

Efectúa las disquisiciones normativas pertinentes, sobre la prescripción de la acción cambiaria directa conforme lo dispuesto por el artículo 789 del Código de Comercio; concluyendo que si el pagaré tenía fecha de vencimiento 17 de junio de 2009, se dictó mandamiento de pago el 5 de abril de 2011, el que fue notificado por estado 43 del 9 de mayo de la misma anualidad, y la notificación a los demandados SERVINCAR TEMPORAL LTDA y FERNANDO PAREJA VALEST, se efectuó a través de curador ad litem el 27 de febrero de 2013 y Rosa María Pareja Salom el 24 de enero de 2014, fechas para las cuales el demandante no había interrumpido la prescripción de la acción porque el termino del año para el efecto venció el 9 de mayo del 2012, siendo notificados los primeros a partir del 27 de febrero del 2013.

Por lo tanto, el título de recaudo se encuentra prescrito al haber transcurrido más de los tres años a partir del vencimiento de este, como lo indica el artículo 789 del Código del Comercio, ya que al dejar la parte demandante transcurrir el tiempo, la consecuencia es que desaparece el derecho a la acción cambiaria por no haber operado para dicho caso la interrupción del fenómeno prescriptivo.

13

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inicia el recurrente sus argumentos esgrimiendo que no se tuvieron en cuenta en la providencia de instancia los parámetros legales establecidos en el Código de Comercio en lo referente a la solidaridad e indivisibilidad de la obligación.

Además, considera que se desconoció la interrupción de la prescripción al momento de haberse notificado a los deudores solidarios y mancomunados, sin haber alegado prescripción alguna, desconociéndose la interrupción de la misma.

CONSIDERACIONES

1. Delanteramente vale la pena afirmar que el artículo 624 del Código General del Proceso, el cual modificó la disposición contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 estatuyó que: *"los recursos interpuestos (...), se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron..."*, de tal suerte que las disposiciones normativas en materia procesal para la sustanciación del recurso que nos ocupa serán las consagradas en el Código de Procedimiento Civil, tomando en consideración que el recurso de apelación se formuló en vigencia de dicho ordenamiento.

Así mismo, se precisa, que se estructuran los presupuestos procesales, en el entendido que el actor es persona jurídica con capacidad de goce y ejercicio, quien obra a través de su procurador judicial, debidamente facultado por poder conferido por el representante legal de la entidad financiera, en tanto que, los demandados fueron notificados dos por conducto de curador ad litem y Rosa María Pareja

Salom a través de un vocero judicial. En lo que tiene que ver con la competencia, se encuentra asignada a los Jueces Civiles del Circuito.

2. A voces del artículo 789 del Código de Comercio la acción cambiaria directa prescribe en el término de 3 años contados a partir del vencimiento de la obligación, y ostenta esa categoría, cuando se ejercita entre otros contra el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas – art. 781 C. de Co.-.

Ahora, la prescripción puede ser objeto de interrupción natural o civil como lo precisa el artículo 2539 del Código Civil, la primera por el hecho de reconocer el deudor la deuda, en forma expresa o tácita, y la segunda, por la demanda judicial.

En ese mismo orden de ideas, para que opere la interrupción civil, a partir de la presentación de la demanda, es menester que se den los presupuestos establecidos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que el mandamiento de pago sea notificado al ejecutado dentro del año contado a partir de la notificación al demandante, por estado o personalmente.

En el proceso encontramos los siguientes hechos relevantes:

2.1. Como base de ejecución se aportó el pagaré N° 7011137088, otorgado el 16 de junio de 2009, con vencimiento el 17 de junio de 2009 (fl. 18 C1).

2.2. La demanda se presentó el 31 de marzo de 2011 (fl. 3 C1), se libró mandamiento de pago el 5 de abril de 2011 (fl. 24 C1), y la parte demandante fue notificada por estado el 9 de mayo de 2011 (fl. 24 C1).

2.3. Los ejecutados fueron notificados de la siguiente manera: a) SERVINCAR TEMPORAL LTDA se notificó el 27 de febrero de 2013 mediante curador ad- litem; b) Fernando Pareja Valest se notificó el 27 de febrero de 2013 a través de curador- ad- litem; y c) Rosa María Pareja Salom se notificó el 24 de enero de 2014 por conducto de apoderado judicial.

2.4. La parte ejecutante al 9 de mayo de 2012 no había notificado a los ejecutados dentro del presente trámite, fecha límite del transcurso del año para la interrupción de la prescripción desde la presentación de la demanda, conforme al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

2.5. Dentro del proceso la única que planteó la excepción de prescripción fue Rosa María Pareja Salom (fl. 53 C1).

Puestas así las cosas, si el vencimiento del pagaré fue el 17 de junio de 2009, los 3 años para ejercitar la acción cambiaria directa fenecían el 17 de junio de 2012, en consecuencia, para el momento que se presentó la demanda el 31 de marzo de 2011, no había pasado su cuenta de cobro la prescripción, empero, para hacer operante la interrupción civil desde esa fecha constituía un presupuesto indispensable la notificación a los ejecutados dentro del año contado a partir del día siguiente a la notificación del ejecutante que se produjo el 9 de mayo de 2011, es decir que contaba hasta el 9 de mayo de 2012, sin embargo, dos de los demandados fueron notificados a través de curador el 27 de febrero de 2013, lo que indica que la interrupción no se produjo con la presentación de la demanda sino con la notificación a los ejecutados, fecha para la cual ya había operado la prescripción a voces de la norma en comento.

Es palmar, entonces, que cuando se produce la notificación del mandamiento de pago a la curadora de la sociedad y de Fernando Pareja Valets – 27 de febrero de 2013-, ya había operado la prescripción de la acción cambiaria directa, sin hacerse efectiva la interrupción con la presentación de la demanda habida cuenta que ninguno de los ejecutados se notificó dentro del año que prevé el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

3. El otro problema jurídico que se plantea, es si la prescripción alegada por uno de los ejecutados beneficia a los otros firmantes *pari gradu* que no la alegaron.

Aunque el tema no ha sido del todo pacífico, para la Sala es claro que la prescripción debe ser alegada de manera imperativa por la parte aun siendo firmante en el mismo grado –co-otorgante-, por las siguientes razones:

3.1. Se trata de una excepción personal más no real, eso significa que debe ser propuesta de manera individual.

3.2. La prescripción tutela un interés eminentemente privado, en ese entendido debe ser alegada por la parte que quiera aprovecharse de ella como lo establece el artículo 2513 del Código Civil. En términos precisos el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha dicho:

En este orden de ideas, sin desconocer que la prescripción en comento es "una institución necesaria para el orden social y para la seguridad jurídica, introducida en atención al bien público", la verdad es que ella, en todo caso, "se realiza mediante la tutela directa de un interés privado: el interés del demandado o sujeto pasivo del derecho" (Diez-Picazo Luis y Gullón Antonio,

Sistema de Derecho Civil, volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1987, págs. 454-455); expresado con otras palabras, aunque este modo de adquirir las cosas ajenas y de extinguir las acciones o derechos ajenos, como instituto jurídico esté guiado por una idea de justicia social, no debe perderse de vista que, en cuanto a su ejercicio, los intereses amparados esencialmente son de naturaleza privada.

Es precisamente por efecto de lo anterior que la ley le prohíbe al juez reconocer o negar la prescripción de manera oficiosa, desde luego que se requiere que el interesado la alegue, por cuanto aducirla o no incide sólo en la disposición de su propio derecho; y es por ese mismo carácter que la ley procesal civil señala términos preclusivos para que el demandado la invoque, de suerte que si no lo hace, o si no contesta la demanda o en su respuesta no aduce la correspondiente excepción, o si no la propone en el proceso ejecutivo, para citar sólo unos pocos ejemplos, posteriormente no podrá hacerlo, pues la circunstancia de dejar precluir esa oportunidad sin proponerla es tanto como renunciar a la misma, lo cual, por tratarse de un acto en el que se involucra un interés puramente privado, ningún atentado se gesta contra el mentado orden público.

En concreto, la norma respecto de la cual las impugnadoras predicán la aplicación general inmediata o con efectos retrospectivos no es propiamente la que establece o crea, per se, el instituto de prescripción, sino, más bien, aquella que el confiere al interesado la facultad de poder alegar, por vía de acción o de excepción, su configuración en los casos en que esa persona, que puede ser el propio prescribiente, sus acreedores o cualquiera otra que tenga interés en que sea declarada, lo estime conveniente o lo desee, cuando quiera que se reúnan las condiciones legalmente establecidas para el caso respectivo. Como se observa, en lo tocante con su ejercicio, regula un tema atinente a un interés puramente privado o particular, por cuanto al señalar que "la prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción"(artículo 2º, ley 791 de 2002), eso lo le ofrece al correspondiente sujeto de derecho unas opciones de las cuales él puede echar mano o no, lo que se aparta ostensiblemente de la noción de orden público, al punto que en la hipótesis de que no quisiera invocarla mediante alguna de las alternativas concedidas en dicha disposición, ninguna

2

lesión se produciría contra los valores y principios superiores protegidos con la institución, atrás aludidos.

No se trata ella, insístese, de una regla imperativa, como lo son las que participan de la comentada noción de orden público, sino de una meramente potestativa, al extremo de no expresar que el interesado estuviera obligado inevitablemente a alegar la prescripción adquisitiva o extintiva particularmente cuando fuere demandado judicialmente, sino que escasamente determina un derecho de mera facultad, al señalar que aquél, valga reiterarlo, "podrá invocarla por vía de acción o por vía de excepción", lo cual guarda plena armonía con el artículo 2513 -que resultó adicionado por aquella norma-, en cuanto enseña que " el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla", y que "el juez no puede declararla de oficio".

En consecuencia, como aquella no es una disposición de orden público ni involucra una norma imperativa sino apenas potestativa, y en vista de que el libelo con el que se inició este proceso fue instaurado algunos años antes de entrar en vigor la respectiva ley -aspecto en el que ninguna controversia existe-, no puede sostenerse fundadamente que la misma aquí debía aplicarse con efecto inmediato en lo tocante con las consecuencias jurídicas surgidas desde antes de su vigencia y que bajo su imperio se prolongaron o continuaron consolidándose" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de mayo de 2008, exp. 11001-31-03-031-1999-01475-01, Pte Dr. César Julio Valencia Copete)¹.

3.3. Aparejado a ese carácter privado de la prescripción, si la parte contaba con la potestad de alegarla y no lo hizo, desencadena un efecto inexorable, la renuncia tácita a la prescripción atendiendo lo dispuesto por el artículo 2514 del Código Civil. Sobre este particular caso son pertinentes las palabras del exmagistrado de la Corte Dr. Manuel

¹ La Corte Constitucional en sentencia C- 543 de 1993 dispuso de manera perentoria: "Pues no bastan, en tratándose de la adquisitiva, la posesión y el paso del tiempo, ni la sola inacción del acreedor en relación con la extintiva: en uno y otro caso quien tiene a su favor la prescripción, tiene que **ALEGARLA. SÓLO ASÍ PODRÁ EL JUEZ DECLARARLA.** Puede decirse, en consecuencia, que la prescripción se estructura o integra dentro del proceso".

23

Isidro Ardila Velásquez, en salvamento de voto al fallo de 14 de marzo de 2001 (exp. 6550), al decir:

“Que la prescripción debe alegarse, y que, por tanto, descarta la oficiosidad, nadie lo discute. Así ha sido de día y de noche. Porque cualquiera que sea el razonamiento con el que pretenda justificarse la prescripción, no es posible desconocer el fundamento ético que la anima, en la inteligencia de que sólo al deudor incumbe decidir si la invoca o no; es este en su fuero interno el que determina si apela al transcurso del tiempo, las más de las veces para que en adelante se lo tenga como si efectivamente hubiese pagado la deuda.”

Por su parte el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, afirmó:

“Además, hay que dejar en claro, que la renuncia a la prescripción derivada de la abstención de proponer la defensa, impide que el éxito de la prescripción reconocida en beneficio de quien la propuso se le comuniqué por la vía de la extinción del derecho, por cuanto al no haber sido alegada por el otro deudor, la acreencia sigue vigente para él.

Esta circunstancia, rompe la solidaridad que es elemento justificante de que la destrucción del derecho a favor de uno se extienda a los demás...” (Sentencia 19 de febrero de 2015, expediente 110013103024200801198 01, Ponente Dra. Clara Inés Márquez Bulla).

3.4. Existen normas de orden público que obligan a que la prescripción tenga que ser alegada y que no pueda ser declarada de oficio, dentro de ellas el artículo 2513 del Código Civil y el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, siendo más contundente el actual artículo 282 del Código General del Proceso, al disponer:

En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia,

salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

(...) (resalte a propósito)

3.5. Uno de los principios inherentes a los títulos valores es la autonomía consagrada en el artículo 627 del Código de Comercio, quiere decir, que las circunstancias que invaliden la obligación de un obligado, así sea firmante *pari gradu*, no se comunica a los demás, luego si se extingue para uno subsiste para los otros.

Desde la perspectiva estrictamente cambiaria, si bien los firmantes en un mismo grado deben ser tratados como obligados solidarios –art. 632 C. de Co.–, de igual manera asumen una obligación autónoma, lo que significa, que si decae la obligación para uno (prescripción por ejemplo), no se comunica o beneficia a los demás, efecto propio de la autonomía que no aplica en el derecho civil; por eso se insiste, en materia cambiaria cada quien asume una obligación propia, independiente y con efectos individuales.

La Corte sobre este particular ha dicho:

Respecto de los instrumentos de pago rige el principio de autonomía (art. 627 del C.Co), el cual "(...) *versa sobre el ejercicio independiente del derecho incorporado en el título valor por parte del tenedor legítimo (...)*"². Tal circunstancia permite que el acreedor tenga el mismo vínculo jurídico frente a cada uno de los obligados, quienes, a su vez, deben procurar su propia defensa, por cuanto los actos que invalidan o modifican la obligación respecto de los demás deudores, no afectan su relación con aquél.

² Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 1999

ns

La solidaridad pasiva comulga del litisconsorcio facultativo, pues demandados algunos de los obligados, es dable resolver de fondo sin la presencia de los otros. Por esto, según el artículo 1571 del Código Civil, el *"(...) acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que pueda oponérsele el beneficio de división"*.

Ahora, si en nombre de Vera Cardona no se formuló la excepción de prescripción, se reitera, éste no podía beneficiarse de la misma por el hecho de alegarla Gutiérrez Parrado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 15 de septiembre de 2016, expediente 11001-22-03-000-2016-01284-01, ponente Luis Armando Tolosa Villabona).

3.6. Se ha dicho igualmente que la prescripción no es meramente objetiva, ya que depende igualmente del comportamiento cambiario que asuma cada uno de los obligados, quienes pueden interrumpir o renunciar en forma expresa o tácita a esa prescripción y, ha quedado dicho hasta la saciedad que cuando el deudor a pesar de estar configurada la prescripción guarda silencio renuncia a ella por tratarse de un acto privado.

Como colofón, si en el presente asunto la excepción de prescripción extintiva la propuso de manera exclusiva la ejecutada ROSA MARÍA PAREJA SALOM, para nada comunica sus efectos a los otros ejecutados SERVICIOS INDUSTRIALES DE CARTAGENA TEMPORALES LIMITADA SERVINCAR TEMPORAL LTDA EN LIQUIDACION y FERNANDO PAREJA VALEST, que se abstuvieron de proponerla por las razones previamente consignadas, luego, la ejecución debe proseguirse contra ellos.

DECISION

26

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive del fallo anticipado, en el sentido de DECLARAR probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria únicamente con relación a la ejecutada ROSA MARÍA PAREJA SALOM.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive del fallo en el sentido de DECLARAR terminado el proceso exclusivamente para ROSA MARÍA PAREJA SALOM.

TERCERO. MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión en el entendido de ordenar el levantamiento de las medidas cautelares consumadas a ROSA MARÍA PAREJA SALOM, salvo exista embargo de remanente o bienes que se lleguen a desembargar, evento en el cual se deben dejar a disposición de quien las reclama.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de condenar a la parte ejecutante a pagar costas y perjuicios en primera instancia a la ejecutada ROSA MARÍA PAREJA SALOM, para lo cual el juez debe fijar nuevas agencias en derecho.

QUINTO: ADICIONAR el fallo en el sentido de ORDENAR seguir adelante la ejecución contra SERVICIOS INDUSTRIALES DE CARTAGENA TEMPORALES LIMITADA SERVINCAR TEMPORAL

LTDA Y FERNANDO PAREJA VALEST conforme al mandamiento de pago de abril 5 de 2011 (fl. 24 C1).

SEXTO: ORDENAR la compulsa de copias al Consejo Seccional de la Judicatura- Sala Disciplinaria, a fin de que se verifique la conducta oficial del Curador Ad- Litem dentro de la actuación de instancia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en ambas instancias a los ejecutados SERVICIOS INDUSTRIALES DE CARTAGENA TEMPORALES LIMITADA SERVINCAR TEMPORAL LTDA Y FERNANDO PAREJA VALEST y a favor de la parte ejecutante. Fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

OCTAVO: DISPONER la remisión del expediente a su lugar de origen, una vez ejecutoriado el fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA

Magistrado Sustanciador

JOHN FREDDY SAZA PINEDA

Magistrado

RAMON ALFREDO CORREA OSPINA

Magistrado