

TEMA: HIPOTECA ABIERTA - Contrato accesorio que tiene por objeto garantizar, de manera general, el cumplimiento de una o varias obligaciones que generalmente son futuras, pues, al momento de la constitución de la garantía, son indeterminadas en su existencia o cuantía. / **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** – Se estima necesaria para impedir que las relaciones jurídicas personales se tornen indefinidas. / **NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN** – Hay nulidades en las que no va nada imputable al actor, o que incluso su obrar no fue lo determinante en la anomalía presentada, el artículo 91 del CGP no puede ser aplicado mecánicamente.

HECHOS: Los ejecutantes presentaron demanda ejecutiva pretendiendo que, se librara mandamiento de pago en contra de estos últimos por la suma de \$360.500.000, más los intereses Moratorios, obligación documentada en dos pagarés sin número, suscritos por los ejecutados para garantizar el pago de dicha suma. Para respaldar la deuda, se constituyó hipoteca abierta con cuantía indeterminada, mediante escritura pública, sobre un inmueble. Agotado el trámite probatorio y legal pertinente, el juez a-quo profirió sentencia, en la que declaró no probadas las excepciones formuladas y, en consecuencia, ordenó seguir adelante la ejecución. La parte ejecutada recurrió la sentencia.

TESIS: (...) Dos condiciones se derivan (...) para predicar el carácter de título ejecutivo de cualquier documento esgrimido como basilar de ejecución. Las primeras de tipo material, consistentes en la existencia de un documento proveniente de la demandada, una sentencia de condena en contra del mismo u otra providencia judicial con fuerza ejecutiva. Y las segundas, de contenido sustancial del documento, indicando la norma ibídem que debe contener una “obligación clara, expresa y exigible”, a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado. (...) la hipoteca permite al acreedor promover las acciones judiciales tendientes a obtener el cumplimiento de las obligaciones que se encuentran garantizadas con el gravamen, sin importar de la titularidad actual bien, y “Para que sea procedente esta ejecución se requiere cumplimiento de las siguientes condiciones: a) El título ejecutivo (la obligación) debe estar garantizado con hipoteca o prenda. b) Mediante los trámites de este proceso sólo es exigible el pago de obligaciones en dinero. c) Sólo son susceptibles de perseguir exclusivamente los bienes gravados con hipoteca o con prenda. Pues, necesariamente debe hacerlo por la llamada acción mixta (C. de P. C., art. 554 inc. 5º). d) Debe pedirse la venta en pública subasta del bien hipotecado o dado en prenda (excepción, art. 516 del C. de P. C.)” (...) Sobre la naturaleza jurídica y alcance de la hipoteca abierta, la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha precisado que: “... La “hipoteca abierta” es un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar, de manera general, el cumplimiento de una o varias obligaciones a cargo del deudor y a favor del acreedor, determinables durante la vigencia de la relación contractual entre las partes. Las prestaciones generalmente son futuras, pues, al momento de la constitución de la garantía, son indeterminadas en su existencia o cuantía. (...) (...) De la prescripción extintiva y su interrupción. Con respaldo en la seguridad jurídica y convivencia social, parafraseando la Corte Suprema de Justicia, es de verse que el legislador estimó necesario impedir que las relaciones jurídicas personales se tornaran indefinidas, por cuanto ello implicaba que las acciones derivadas de las mismas pudieran ejercerse en cualquier momento, con prescindencia del tiempo transcurrido, por lo que, para dar una respuesta a las referidas realidades, de suyo insoslayables, aforó la institución que se examina, encaminada, por una parte, a generar -en contra del acreedor-, la extinción del respectivo derecho de crédito y, en beneficio del deudor, el fenecimiento del poder de coacción que es inherente a las obligaciones civiles. No obstante, se ha establecido con suficiencia que la ley le brinda al acreedor la posibilidad de impedir el triunfo del medio exceptivo en comento, a través dos mecanismos de interrupción de conformidad con el artículo 2539 del C. C.: i) uno natural, que se traduce en el reconocimiento expreso o tácito que el deudor haga de la obligación y, ii) otro civil, la cual resulta o

se deduce con el ejercicio de la acción civil a través de la presentación de la demanda judicial. (...) (...) de cara al artículo 91 del CGP, cuya formulación bien podría compendiarse así: ¿toda nulidad sin distingo alguno destruye los efectos interruptores que había generado la presentación de la demanda? (...) “...cierto es que el artículo 91 ejusdem dice sin más en su numeral cuarto que la nulidad del proceso que abarque la notificación misma al demandado acaba con el fenómeno interruptor que se atribuye a la mera presentación de la demanda. En verdad, es razonable que lo que quepa achacarle a la parte actora por haber dado al traste con la tramitación regular de un proceso, sea sancionado del modo como allí quedó dicho, vale decir, que la sola presentación de la demanda no le valió para detener nada. Empero, al percatar que nulidades hay en las que no va nada imputable al actor, o que incluso su obrar no fue lo determinante en la anomalía presentada, aquella norma no puede ser aplicada mecánicamente porque en tal caso ha perdido la funcionalidad para la que fue creada y no podría sin más caer con todo su peso encima de quien no tiene mayor injerencia en lo sucedido.

MP. JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

FECHA: 04/07/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

S-2023

Procedimiento:

Demandante:

Demandada:

Radicado:

Asunto:

Ejecutivo

Martha Cecilia Restrepo Sierra y otro

Juliana Marcela Pacheco Maya

05001 31 03 017 2015 01026 02

Confirma sentencia impugnada

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, cuatro (04) de julio del mil veintitrés (2023).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia fecha 22 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito Ejecución de Sentencias de Medellín dirimió la controversia en el proceso ejecutivo instaurado por Martha Cecilia Restrepo Sierra y Francisco León Restrepo Saldarriaga, en contra de Juliana Marcela Pacheco Maya. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden:

I. ANTECEDENTES

1. Antecedentes. El día **20 de agosto de 2015** los mencionados ejecutantes presentaron demanda ejecutiva pretendiendo que, se librara mandamiento de pago en contra de estos últimos por la suma de \$360.500.000, más los intereses moratorios desde el **05 de abril del año 2015**, obligación documentada en dos pagarés sin número, suscritos por los ejecutados para garantizar el pago de dicha suma, que fue entregada a la ejecutada, según se refleja en un pagaré, en una proporción de **\$200.000.000** por Martha Cecilia Restrepo Sierra y **\$150.000.000** por Francisco León Restrepo Saldarriaga y, en el otro pagaré sin número **\$10.500.000** por Francisco León Restrepo Saldarriaga.

Para respaldar la deuda, se constituyó hipoteca abierta con cuantía indeterminada, mediante **escritura pública 903 de marzo 4 de 2015** de la Notaría 16 de Medellín, sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria **024-11358** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Fe de Antioquia.

Que la demandada no ha cancelado capital ni intereses a la obligación desde el **05 de abril de 2015**, dando lugar a la exigibilidad de la totalidad de la obligación, según se pactó tanto en la escritura de hipoteca como en los pagarés.

2. Actuación procesal. La demanda correspondió por reparto al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, Despacho judicial que, mediante providencia del pasado **24 de agosto de 2015**, libró mandamiento de pago, en la forma solicitada.

3. Inicialmente, tras no haber existido oposición por parte de la ejecutada, el juzgado, el 31 de enero de 2017, procedió a dictar la orden de seguir adelante la ejecución, disponiendo la liquidación de la obligación, (cfr. fl. 103 cd. ppal), seguidamente, ordenó la remisión del proceso a los juzgados Civiles de Circuito de Ejecución de Sentencias de Medellín, en virtud de la implementación de las Medidas De Descongestión, emanadas del Consejo Superior de la Judicatura, cuyo conocimiento fue avocado por el Juzgado Primero Civil de Circuito de Ejecución de Sentencias de Medellín, el pasado 10 de marzo de 2017 (cfr. fl. 116 cd. ppal.).

3.1. En el transcurso de ejecución de la orden de pago, esta Sala Unitaria, el pasado **17 de febrero de 2020**, decretó **la nulidad de todo lo actuado**, con posterioridad al auto que libró mandamiento de pago, tras hallar una irregularidad capaz de configurarla, ocurrida durante el trámite de notificación de la parte ejecutada, disponiendo entonces la revocatoria del auto que la negó en primera instancia y ordenando al juzgado rehacer la actuación viciada.

3.2. En efecto, la parte demandada se tuvo por notificada por conducta concluyente y se le otorgó el respectivo traslado de la demanda, término dentro del cual recurrió la orden de pago, para plantear la excepción previa que denominó prescripción extintiva (cfr. fl. 173 cd. ppal), misma que fue denegada por el Juzgado mediante providencia del **11 de agosto de 2021**, por lo que la demandada procedió a dar contestación a la demanda en los siguientes términos:

3.3. Reconoció la constitución de la hipoteca, pero advirtiendo que se encuentra viciada de nulidad absoluta, toda vez que la cuantía debe ser determinada o determinable y, de superarse este requisito, indicó que la misma no podía ser mayor a \$50.000.000, ya que fue la suma declarada como crédito inicial, de ahí que el gravamen no respaldara los pagarés. Dijo ser cierto no haber pagado capital, ni abonos a la obligación desde el **05 de abril de 2015**.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y planteó las siguientes excepciones de mérito: **i)** nulidad absoluta por inexistencia del contrato hipotecario originada en

la ausencia de requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico; **ii)** prescripción; **iii)** el límite impuesto en el artículo 2455 del código civil; **iv)** excepción genérica y, **v)** aplicación del artículo 282 del C. G. del P.

4. La sentencia impugnada. Agotado el trámite probatorio y legal pertinente, el juez *a-quo* profirió sentencia el pasado 22 de febrero de 2022, en la que declaró no probadas las excepciones formuladas y, en consecuencia, ordenó “...seguir adelante la ejecución a favor de la señora Martha Cecilia Restrepo Sierra y del señor Francisco León Restrepo Saldarriaga en contra de la señora Juliana Marcela Pacheco Maya, por los conceptos determinados en el auto 24 de agosto de 2015 que libró mandamiento de pago...”

Luego de una semblanza de los hechos y pretensiones de la demanda, el juez del caso comenzó por estudiar los elementos del título allegado, encontrando acreditados los generales anclados en el artículo 621 y los particulares establecidos en el artículo 709 del Código de Comercio, en relación con claridad, expresividad y exigibilidad de dicho cartular.

Seguidamente, pasó a señalar, de cara a las excepciones planteadas, que el contrato de hipoteca cumplió con la formalidad de la inscripción escritural en el folio de matrícula del inmueble y con los requisitos exigidos en el artículo 2434 y 2435 del código civil, acotó, además el funcionario, que los contratantes suscribieron el contrato de hipoteca, bajo la connotación de ser una hipoteca abierta con cuantía indeterminada, destacando así mismo lo pactado en el pagaré, sobre que quedaba respaldado con la hipoteca abierta constituida por medio de la escritura pública 903 del 04 de marzo de 2015 de la notaría 16 de Medellín, por lo que: “...luego, perfectamente estos títulos valores encajan en la definición que en el instrumento de constitución de hipoteca permitía, fueran cobijados con esa garantía...” y, allí se determinó el plazo para el pago del capital y los intereses, como también se fijó el monto de la obligación, por lo que mal podría abrirse paso la nulidad absoluta del acto jurídico hipotecario alegado. Advirtió, además, que al caso no le era aplicable el artículo 1571 del Código de Comercio.

Seguidamente, advirtió la necesidad de estudiar el medio exceptivo de prescripción formulado, en donde encontró que la presentación de la demanda ejecutiva si logró interrumpir la ocurrencia de dicho fenómeno, pese a que haya sobrevenido la nulidad por indebida notificación, dado que su configuración fue ajena a la negligencia o desidia de los ejecutantes y, además, no cobijó el auto

que libro mandamiento de pago “...así las cosas, este despacho, es del criterio que el tiempo de duración del presente trámite y los efectos de la declaratoria de nulidad, no dieron lugar a predicar que haya acontecido el fenómeno de prescripción de las acciones cobijadas en los títulos, ni mucho menos de las obligaciones amparadas por la garantía hipotecaria, se conceptúa que, en el presente proceso, la presentación oportuna de la demanda, sí tuvo la aptitud de interrumpir civilmente la prescripción deprecada...” concluyó el funcionario.

4. El recurso de apelación. La parte ejecutada recurrió la sentencia. Así, concedido el recurso de apelación en primera instancia, fue necesario tomar una medida de saneamiento (cfr. pdf. 05 cd. segunda instancia) para que se tuviera el trámite como apelación de sentencia y no de auto, como fue repartido inicialmente, a fin de que se respetaran los términos para la respectiva sustentación del recurso, el cual, en efecto, luego de admitido en dicha providencia del 26 de septiembre de 2022, recorrió la parte ejecutada de la forma como pasa compendiarse:

Que, a partir de la valoración de la documental y testimonial allegada al proceso, el juez arribó a unas conclusiones que no eran ciertas, empezando por haber tenido por interrumpida la prescripción, toda vez que la no notificación en tiempo de la demanda obedece al actuar negligente de la demandante, la cual en reiteradas oportunidades intentó notificar a la demandada en direcciones inexistentes y en lugares en los cuales de ante mano sabía que no encontraría a la deudora, así lo reconoció la Sala unitaria del tribunal.

Reiteró que la hipoteca como contrato que es, nunca nació a la vida jurídica en virtud de que no se estipuló en la misma una fecha cierta para su exigibilidad. De allí que no pudiera ser demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 1740 y 1741 del Código Civil, toda vez que, ejecutivamente, sólo se pueden demandar obligaciones que presten mérito ejecutivo, tal y como consta en el artículo 422 del Código General del Proceso.

Que, por tratarse de comerciantes y por analogía de la ley comercial, deben aplicarse las previsiones del artículo 1571, sobre la nulidad del gravamen hipotecario por falta de exigibilidad del mismo.

Asintió, además, que se inaplicó el artículo 2544 del C.C. que estableció un límite a la hipoteca, por lo que debía entenderse que el monto declarado demarcó una cifra cierta sobre la cual habría de establecerse el máximo garantizado, por ende

“...afirmar como lo hizo el a quo que el valor de CINCUENTA MILLONES DE PESOS anunciado en la hipoteca fue meramente para efectos fiscales conlleva en el fondo un prevaricato sancionado por la ley penal ya que no se puede acolitar por un Juez de la República dar pie a una evasión consentida...”.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la parte demandada y la entidad llamada en garantía, además, que no se observan irregularidades procesales que tipifiquen una nulidad.

2. Del pagaré como elemento axiológico de la pretensión ejecutiva. El artículo 422 del C. G. del P., prevé la necesidad de un título ejecutivo como presupuesto formal para legitimar el ejercicio de la acción ejecutiva. En efecto y de acuerdo con el art. 709 del C de Co., el pagaré se caracteriza porque contiene una promesa incondicional de pagar una suma de dinero y, *“Como en el pagaré el girador y el girado son la misma persona, o sea, el que llamamos otorgante, el pagaré constituye una promesa y no una orden de pago como sucedía o podía suceder en la letra (porque no necesariamente la letra tiene que contener una orden, también puede coincidir el girador y el girado y entonces exhibe una promesa de pago). Por esta misma razón, el otorgante del pagaré se equipara al aceptante de la letra. Al ser la misma persona quien ocupa ambas posiciones, el pagaré nace aceptado.”*¹

Dos condiciones se derivan del mentado artículo para predicar el carácter de título ejecutivo de cualquier documento esgrimido como basilar de ejecución. Las primeras de tipo material, consistentes en la existencia de un documento proveniente de la demandada, una sentencia de condena en contra del mismo u otra providencia judicial con fuerza ejecutiva. Y las segundas, de contenido sustancial del documento, indicando la norma *ibídem* que debe contener una *“obligación clara, expresa y exigible”*, a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, lo que logra observarse precisamente en los pagarés anexados al presente proceso.

¹ Gerardo José Ravassa Moreno, en su obra de los Títulos Valores Nacionales e Internacionales, Edit. Doctrina y Ley 2006, pag. 355.

Frente a estos últimos requisitos, se tiene dicho por doctrina y jurisprudencia, que por **expresa** se entiende aquello consignado en el mismo documento y que surge nítido de su redacción; aquello que no necesita mayores interpretaciones o acudir a documentos distintos al mismo título para su entendimiento.

En lo que respecta a la **claridad**, esta hace referencia tanto a la inteligibilidad del texto del título como de la obligación contraída. Y, finalmente, en cuanto a que la obligación sea **actualmente exigible**, ésta se concreta al que no esté pendiente al cumplimiento de un plazo o una condición, bien por tratarse de una obligación pura y simple, ora, porque pese haberse pactado plazo o condición, éste llegó o aquélla se cumplió, dando lugar a la exigencia de la obligación.

3. Ejecución con garantía hipotecaria. El Derecho real de hipoteca se encuentra regulado en nuestro Código Civil, y se define según el artículo 2432, como un derecho de prenda constituido sobre bienes inmuebles, que no deja por eso de permanecer en poder del deudor.

Acorde con lo anterior, la hipoteca es un derecho real, accesorio e indivisible, constituido en forma solemne, sobre un inmueble que se posee en propiedad o usufructo, en garantía del cumplimiento de obligaciones propias o ajenas, y que le otorga al acreedor la acción real de perseguir la cosa hipotecada en cabeza de quien la posea, mediante un proceso ejecutivo que propende por la venta de la cosa, para el pago preferente de su crédito.

Así las cosas, la hipoteca permite al acreedor promover las acciones judiciales tendientes a obtener el cumplimiento de las obligaciones que se encuentran garantizadas con el gravamen, sin importar de la titularidad actual bien, y *“Para que sea procedente esta ejecución se requiere cumplimiento de las siguientes condiciones:*
*a) El título ejecutivo (la obligación) debe estar garantizado con hipoteca o prenda. b) Mediante los trámites de este proceso sólo es exigible el pago de obligaciones en dinero. c) Sólo son susceptibles de perseguir exclusivamente los bienes gravados con hipoteca o con prenda. Pues, necesariamente debe hacerlo por la llamada acción mixta (C. de P. C., art. 554 inc. 5º). d) Debe pedirse la venta en pública subasta del bien hipotecado o dado en prenda (excepción, art. 516 del C. de P. C.)”*².

². JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. Teoría y práctica de los procesos ejecutivos. 5ª edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2011. P. 629.

3.1. Sobre la naturaleza jurídica y alcance de la hipoteca abierta, la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha precisado que:

“... La “hipoteca abierta” es un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar, de manera general, el cumplimiento de una o varias obligaciones a cargo del deudor y a favor del acreedor, determinables durante la vigencia de la relación contractual entre las partes. Las prestaciones generalmente son futuras, pues, al momento de la constitución de la garantía, son indeterminadas en su existencia o cuantía.

Frente a su alcance, esta Corporación ha precisado:

“(...) Con la locución ‘hipoteca abierta’, se denota la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen (...).”

“(...) Trátase, por consiguiente, de una garantía abierta para 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 (...).”³

En este sentido, la **“hipoteca abierta”, vista como un contrato⁴, busca respaldar una obligación futura, genérica e indeterminada desde su nacimiento**, pues requiere de una determinación posterior para su exigibilidad.

Sin embargo, **la indeterminabilidad de la obligación hipotecaria no puede ser absoluta**. Pérez Vives, en su obra, “Garantías Civiles: Hipoteca, prenda, fianza”, **señala que la “hipoteca abierta” se caracteriza: “(...) por la determinación de una suma máxima que se garantiza; por la limitación del tiempo en que la garantía tiene vigencia, o en que deben ser utilizados los créditos eventuales; y por la fijación de modalidades a los préstamos (verbigracia, inversiones en la agricultura), a la forma de hacerlos (sobregiros, letras, descuentos, etc.) o a la causa del crédito (por ejemplo, alcance de empleados de manejo) (...).”⁵**

³ CSJ SCC Sentencia de 3 de junio de 2005, expediente 00040-01.

⁴ Téngase en cuenta que la hipoteca también es catalogada como un derecho real. Así, el código civil colombiano, en su artículo 2432, la define como **“(...) un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor (...).”**

⁵ Pérez Vives, Álvaro. Garantías Civiles: Hipoteca, prenda, fianza Bogotá: Temis, 1984. p. 81.

3.2. Ha de indicarse entonces que, al ser una garantía, la hipoteca no tiene una vida indefinida “...De ahí que el artículo 2457 del C. C., en su inc. 1º, establezca, **como la más obvia de las causas de la terminación de la hipoteca, la de la extinción de la “obligación principal”**. Así pues, 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...”⁶.

4. De la prescripción extintiva y su interrupción. Ahora bien, es preciso señalar en este punto, que a las sumas que se pretende ejecutar, como acreencias que son, **le son aplicables el principio de prescriptibilidad de las acciones patrimoniales**, pues, a voces de la Corte Suprema de Justicia:

“la privación del derecho de crédito, por el trasegar de los años, «tiene como fundamento la necesidad de sancionar a los acreedores indolentes en ejercer oportunamente sus derechos»⁷, como forma de garantizar la convivencia social a través de la «pérdida de la acción relativa, ocasionada por la inercia del acreedor durante todo el tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley»⁸. En otras palabras, se funda «1º sobre una presunción de pago o condonación de la deuda, que resulta de ese tiempo. No es regular que un acreedor descuide por tanto tiempo el pago de su deuda, y como las presunciones se toman ex eo quod plerutnque fit (Cujas, in orca. cid tit. prob.), las leyes presumen la deuda saldada o condonada... 2º Se ha establecido también esta prescripción en pena de la negligencia del acreedor. Habiéndole dado la ley un tiempo, durante el cual pueda intentar la acción que ella le dé para hacerse pagar, no merece ya ser escuchada en lo sucesivo, cuando deja pasar dicho tiempo»⁹.

Para lograr estos nobles propósitos, es menester que haya certeza sobre el agotamiento del término extintivo, sin que pueda ampliarse de manera indefinida en el tiempo y al margen de las hipótesis legales, que se limitan, como ya se dijo, a la suspensión o interrupción.”¹⁰

4.1. Con respaldo en la seguridad jurídica y convivencia social, parafraseando la Corte Suprema de Justicia, es de verse que el legislador estimó necesario impedir que las relaciones jurídicas personales se tornaran indefinidas, por cuanto ello implicaba que las acciones derivadas de las mismas pudieran ejercerse en

⁶ CSJ. Sala de Casación Civil. Rad.- Expediente Número 4219. M. P. Héctor Marín Naranjo.

⁷ Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo III, De las Obligaciones, 5ª Ed., Temis, 1978, p. 549.

⁸ Jorge Giorgi, *Derecho Moderno, Teoría de las Obligaciones*, Ed. Reus S.A., Madrid, 1981, p. 341.

⁹ R. J. Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, SAE, p. 431.

¹⁰ SCI9300-2017 de 21 de Nov. de 2017, Rad. 2009-00347

cualquier momento, con prescindencia del tiempo transcurrido, por lo que, para dar una respuesta a las referidas realidades, de suyo insoslayables, afloró la institución que se examina, encaminada, por una parte, a generar -en contra del acreedor-, la extinción del respectivo derecho de crédito y, en beneficio del deudor, el fenecimiento del poder de coacción que es inherente a las obligaciones civiles. He ahí en términos muy sucintos, el sustento de la prescripción extintiva.

En nuestro sistema jurídico interno, el artículo 2535 del código Civil, consagra la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales en los siguientes términos: “...*La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso del tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. **Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible***”. Valga repetir, que esta clase de prescripción de las acciones, funciona como una sanción en contra de la persona incuriosa que abandona las herramientas jurídicas que en su favor ha consagrado la ley, permitiendo que el tiempo sea un juez implacable en su contra.

4.2. No obstante, se ha establecido con suficiencia que la ley le brinda al acreedor la posibilidad de impedir el triunfo del medio exceptivo en comento, a través dos mecanismos de interrupción de conformidad con el artículo 2539 del C. C.: **i) uno natural**, que se traduce en el reconocimiento expreso o tácito que el deudor haga de la obligación y, **ii) otro civil, la cual resulta o se deduce con el ejercicio de la acción civil a través de la presentación de la demanda judicial.**

5. Caso concreto. En este punto, se precisa *ab initio*, que el núcleo de la controversia, por técnica del fallo, inicialmente, girará en torno a determinar si la obligación cobrada por los acreedores ejecutantes, está extinta por el fenómeno de la prescripción, pues, de ser así, quedaría el Tribunal relevado de estudiar los demás motivos de disconformidad que fundamentan la impugnación, por evidente sustracción de materia. Veamos:

5.1. Recordemos entonces que, por este flanco, el recurrente traza su censura en el sentido que, la obligación cambiaria se encuentra extinguida por el fenómeno de la prescripción, tras haberse notificado el mandamiento de pago, por fuera del término legalmente establecido para que operara la interrupción civil, ello, debido a la declaratoria de nulidad procesal atribuible a la parte ejecutante.

5.2. Bien, vemos que, en el presente caso, se pretende ejecutar una obligación de pagar las siguientes sumas de dinero: **i) \$350.000.00** incorporada en un pagaré sin número en la proporción de \$150.000.000, a favor de Francisco León Restrepo Saldarriaga y de \$200.000.000 a la orden a Martha Cecilia Restrepo Sierra; **ii) \$10.500.000** incorporada en un pagaré sin número, a la orden de Francisco León Restrepo Saldarriaga, ambos signados el **04 de marzo de 2015**. Según la literalidad de los pagarés, debían pagarse por concepto de intereses el 2% mensual, causándose el primer pago, para cada pagaré, el **05 de abril de 2015**, el cual no fue saldado por la deudora cambiaria, por ello, según voces del actor, ese primer incumplimiento de la obligación, **marcó la fecha de vencimiento de toda la obligación desde el 05 de abril de 2015**. *Ex profeso*, se trae a colación el numeral cuarto de esos títulos valores, pues de ahí surge el plazo, cuya exigibilidad anticipada otorga el derecho a reclamar coerciblemente su cumplimiento.

5.3. No cabe duda, que el término de prescripción de la obligación cuando se hace uso de la cláusula aceleratoria –como en este caso-, no será el pactado inicialmente, sino el que fije el acreedor y, por esa razón, es que el término para el conteo de la prescripción extintiva de la acción empieza a contarse **i)** desde que se produce el hecho que origina la aceleración del plazo –como puede serlo a partir del incumplimiento del deudor en el pago por instalamentos o de las cuotas de amortización-; **ii)** claro está, siempre que se exteriorice la voluntad del acreedor de hacer uso de ella, con lo que se cumple fielmente el postulado acerca de que la prescripción comienza, con el vencimiento de la obligación.

5.4. Para lo que a este caso concierne, debe precisarse también que, el artículo 789 del Código de Comercio preceptúa que la acción cambiaria prescribe **en tres años a partir del día del vencimiento de la obligación**. Brota de lo antes dicho, entonces, que dos son los elementos esenciales que fundamentan la norma transcrita como son: **i)** Que haya pasado o transcurrido el tiempo que se señala en la ley para el ejercicio de la acción o del derecho; y, **ii)** Que el acreedor haya dejado pasar el tiempo sin hacer uso de tal o cual acción o derecho, que para el caso concreto dicho término es de tres años, contados a partir de que la obligación se hizo exigible.

5.5. Ahora bien, como se indicó, *ut supra*, refiriéndonos a la interrupción civil de la prescripción del derecho cambiario, de conformidad con el artículo 94 del C. G. del P., esta puede evitarse si la intimación a los demandados se realiza dentro del año

siguiente a la notificación del auto o **pasado este término, dentro lapso sustancial que aún reste por correr**, caso en el cual, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado:

Art. 94. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

5.6. Nótese que la norma es clara en separar dos momentos para que opere la interrupción de la prescripción:

i) desde la presentación de la demanda, siempre que se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, contado ese año, desde la notificación al demandante o ejecutante según el caso. En este caso, la ley impone al demandante o ejecutante, **una carga de diligencia y cuidado en lograr la notificación**, como que la cuenta del término prescriptivo avanza y solo se interrumpe, si se logra tal cometido en el año que da la norma.

ii) Desde la fecha de la notificación de ese auto al demandado, siempre que no haya operado la prescripción para dicha calenda. De modo que, **si esa noticia no se da en ninguno de los citados tiempos**, la prescripción se configura y no hay lugar a hechos que se erijan en interrupción que sean dables de invocar.

5.7. De todas maneras, si bien en el caso que en esta oportunidad nos reúne, debe precisarse que, aunque la derogatoria no fue sustancial, la norma que al respecto debe aplicarse es la vigente para el momento en que se inició el trámite procesal en **agosto del año 2015** (art. 40 de la ley 153 de 1887 y 699 del C.P.C), esto es, el artículo 90 del C.P.C. en los términos en que quedó redactado con la entrada en vigencia de la Ley 794 de 2003 cuyo tenor señalaba:

“...ARTÍCULO 90. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique

*al demandado dentro del término de **un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.***

5.8. Revisado entonces el respectivo diligenciamiento, se observa que la demanda se presentó el **20 de agosto de 2015**, según consta en el registro del expediente, se admitió mediante auto del **24 de agosto del año 2015**, notificado por estado del **27 siguiente, del mismo mes y año 2015**. La notificación de la parte demandada primeramente se llevó a cabo por intermedio de curador *ad litem*, en **julio 05 de 2016** (cfr. fl. 53 cd. ppal), luego, por virtud de la gestión del auxiliar de la justicia agraciado con la designación, supo el proceso de una dirección de notificación en la ciudad de Bogotá, en la “...carrera 72 n° 152 C – 89, torre 2 apto 408, Rincón de la Colina...”, la cual obtuvo resultado positivo debido a que la deudora Juliana Pacheco Maya residía en el lugar, tal como lo certificó la empresa de servicio postal, tanto la citación para la notificación el **29 de noviembre de 2016**, así como la entrega del aviso el **13 de diciembre de 2016**, (cfr. fl. 97 cd. ppal), posteriormente, el **31 de enero de 2017**, se ordenó seguir adelante con la ejecución, por el entonces juzgado cognoscente del proceso, advirtiendo de la falta de contestación de la demanda.

Sin embargo, mediante auto de fecha **17 de febrero de 2020**, esta corporación mediante Sala unitaria declaró la nulidad de todo lo actuado (cfr. fl. 170 cd. de apelación de auto), incluyendo **la notificación** del mandamiento de pago, por la causal establecida en el numeral 8 del art. 133 del C. G del P., esto es, por indebida notificación del mandamiento de pago, argumentando, que la parte ejecutante por error, dejó de agotar las diligencias de notificación en la real dirección de residencia de su contraparte en la ciudad de Medellín, decisión desacertada porque no se echó de ver que más adelante se logró la notificación de la demandada en la ciudad de Bogotá, misma que hoy se encuentra en firme.

5.9. Se indicó entonces en la aludida providencia:

Visto lo anterior, se siguen las siguientes conclusiones: en primer lugar, que pese a que en la escritura -aportada por la parte demandante-, se indicó el lugar de domicilio de la señora Juliana Marcela Pacheco Maya, el apoderado de los ejecutantes, de manera errada, denunció en el escrito de demanda que aquella se ubica en la Etapa 2, cuando según el referido instrumento público,

la misma se halla en la Etapa 1, en igual sentido, que no solo se aprecia una error en la Etapa del Conjunto Residencial, sino que, además de ello, las direcciones también devienen incorrectas, y veamos el por qué: la dirección de la Etapa I es Diagonal 75 B Nro. 01-289 y de la Etapa II es Diagonal 75 B 01-175 (Cfr. fls. 115 y 116), es decir, que en todas las ocasiones los envíos se efectuaron o a direcciones inexistentes, o a Etapas que no correspondían con el conocimiento de la parte ejecutante, ya que, se insiste, en el mismo instrumento público con el que se constituyó la garantía hipotecaria estaba contemplada la información correcta, realidad que fue percibida por el juez, al punto que previo al emplazamiento ordenó remitir a la dirección consignada en la escritura pública, sin embargo, lo que no efectuó el juzgador de primer grado fue un análisis juicioso acerca de si la dirección a la que fue remitida era correcta o no, he allí su error y, por ahí mismo, la tipificación de la nulidad clamada.

6. Esta decisión provocó que el juzgado de primer grado, una vez recibida la actuación proveniente de la segunda instancia, mediante auto del **27 de mayo de 2021** (cfr. fl. 166 cd. ppal), tuviera por notificado el mandamiento de pago a la parte ejecutada, por conducta concluyente, la que, aunque el juez no lo dijo, debía entenderse por virtud de la ley: “...**al día siguiente** de la ejecutoria del auto que la decretó o **de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior...**”, según lo señala el art. 330 *in fine* del C. de P. C., esto es, el **martes 01 de junio de 2021**, pues el auto de obedecimiento fue notificado el **31 de mayo** de esa misma anualidad.

Pero, de entenderse que el punto lo gobierna el Código General Del Proceso, toda vez que para la fecha de interposición de lo que el Juzgado denominó “*incidente de nulidad*”, estaba rigiendo aquella codificación, habría de tenerse como notificado por conducta concluyente desde “...**el día en que se solicitó la nulidad...**” artículo 301, *in fine*, C. G. del P., esto es, **03 de octubre de 2018** (cfr. fl. 1 cd. incidente).

6.1. Ahora bien, según el artículo 91 numeral 5 del Código Procesal Civil:

ARTÍCULO 91. No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, en los siguientes casos: (...) 3. Cuando la nulidad del proceso **comprenda la notificación** del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, **siempre que la causa de la nulidad sea atribuible al demandante...**”.

Norma hoy anclada en el artículo 95.5 del C. G. del P., sin modificaciones en su aspecto sustancial.

6.2. A partir de este *iter* procesal traído a colación, para efectos de contabilizar el término con que contaba la parte ejecutante para evitar que operara la prescripción extintiva de la acción cambiaria, era insoslayable, como bien lo entendió el funcionario de primer grado, tener en cuenta si la nulidad procesal decretada, tuvo su origen en la negligencia de la parte demandante para informar al juzgado la dirección de notificaciones de la señora Juliana Marcela Pacheco Maya, punto en el cual, al volver sobre el estudio de las circunstancias que rodearon la notificación de auto que libró mandamiento de pago a la parte ejecutada, se observa un error de apreciación jurídica por parte del suscrito en el auto que decretó la nulidad, error que es del caso reconocer, para evitar que se genere una sanción injusta a los demandantes, a quienes no puede cargarse en su cuenta la no interrupción de la prescripción, cuando en realidad nada tuvieron que ver con el error judicial cometido y por eso será asumido este hecho como un error judicial que no tiene la capacidad ni fuerza de provocar la no interrupción de la prescripción.

Ha de haberse observado en aquel entonces que, a la postre, el acto de notificación cumplió su finalidad, toda vez que la deudora recibió la citación para la notificación el **29 de noviembre de 2016**, el aviso el **13 de diciembre del año 2016** y, la orden de continuar con la ejecución fue proferida el **31 de enero de 2017** (cfr. fl. 103 cd. ppal), lapso de tiempo que abarcaba efectivamente el término traslado de la demanda, que es de lo que siempre se dolió el solicitante de la nulidad, todo ello, pasando por el conteo de los diez días para acudir al juzgado por encontrarse por fuera del municipio al de la sede del juzgado art. 315.1 C. de P. C- que se vencieron el **14 de diciembre de 2016** y, el del aviso, considerado surtido a partir de **15 de diciembre de 2016**, sumando incluso, los tres días para el retiro de las copias, que se extendían hasta el **miércoles 11 de enero de 2017**, por virtud de la vacancia judicial entre el **20 de diciembre al 10 de enero de 2017**, vencido los cuales, comenzó a correr el término de traslado de la demanda a partir del **12 de enero de 2017** hasta el **25 de enero de 2017**, de donde resulta que, en puridad, el término corrió frente a su actitud silente, no obstante, el error permitió que al serle nuevamente notificada la demanda ella pudiera ejercer su derecho de contradicción, como en efecto lo hizo, generándose por ahí mismo una confianza legítima que debe mantenerse, en cuanto se le otorgó la posibilidad que contestara la demanda, cosa que así hizo.

6.3. En una situación jurídica de contornos similares a los que nos congrega en este particular, la Corte Suprema de Justicia se cuestiona si por fuerza de la nulidad que daba cobijar incluso el auto admisorio de la demanda y en todos los casos se puede derivar como consecuencia el borrón o desaparición de los efectos interruptores de la prescripción, muy a pesar que la nulidad no tenga causa en el actuar del demandante, sino –por ejemplo- en un error de la misma administración de justicia y, por eso a manera de premisa interrogativa se propone que “...Lo que estaría en el centro de la contienda es una problemática distinta, cual es la de saber los verdaderos alcances de una nulidad, de cara al artículo 91 *in fine*, cuya formulación bien podría compendiarse así: ¿toda nulidad sin distingo alguno destruye los efectos interruptores que había generado la presentación de la demanda?

Más adelante, para contestar su interrogante, advierte la necesidad de establecer los efectos de la imputabilidad o no al actor de la nulidad procesal declarada, precisando al respecto: “...cierto es que el artículo 91 *eiusdem* dice sin más en su numeral cuarto que la nulidad del proceso que abarque la notificación misma al demandado acaba con el fenómeno interruptor que se atribuye a la mera presentación de la demanda. En verdad, es razonable que **lo que quepa achacarle a la parte actora por haber dado al traste con la tramitación regular de un proceso, sea sancionado del modo como allí quedó dicho, vale decir, que la sola presentación de la demanda no le valió para detener nada.** Empero, al percatar que **nulidades hay en las que no va nada imputable al actor, o que incluso su obrar no fue lo determinante en la anomalía presentada, aquella norma no puede ser aplicada mecánicamente porque en tal caso ha perdido la funcionalidad para la que fue creada y no podría sin más caer con todo su peso encima de quien no tiene mayor injerencia en lo sucedido.** Hay casos, evidentemente, en los que la causa, cuando no exclusiva **sí determinante, de la nulidad está de lado del Estado por una imperfecta prestación del servicio de administración de justicia y resultaría entonces muy áspero que el gravamen lo soporte el usuario, con grave desmedro de la justicia y la equidad, valores constitucionales superlativos; y hasta repugnante fuere que el mismo Estado fungiese luego recriminador. No parece, pues, lo más conveniente que un error del Estado, y no el derecho verdadero, sea el que asegure la victoria de una de las partes en el juicio. La justicia no se construye así, y, por ende, el Derecho resultaría extrañamente alterado.**

(...)

Es de *sindéresis* pensar que las partes deben obrar en el litigio tomando todas las precauciones a efectos de conjurar nulidades por su culpa; empero, no es lógico presionar estos límites para sostener que dentro del ámbito de la norma quedan cubiertos por igual casos como el de ahora, **a despecho de que en medio de la nulidad está el aparato jurisdiccional. El derecho no debe patrocinar o pretender la aplicación a**

ultranza de una regla pensada para el grueso de los casos, que no para lo inusual, lo especial, y sería absurdo intentar su aplicación a rajatabla. Y si ninguna objeción se le hiciera a este modo de pensar, sería forzoso asentir, como en un caso semejante hubo de señalarlo la jurisprudencia: “que el Derecho constituye un mundo legal muy distante del que moldea la realidad, como que no está nada bien que sea empeñoso en su imperio para exigir de los hombres cuestiones que no encuentran respuesta de la lógica y el orden natural de las cosas” (Cas. Civ. sent. de 6 de abril de 1995, exp. 4421).¹¹

6.4. Es muy conocida la doctrina de nuestro máximo Tribunal de Justicia Ordinaria, de acuerdo con la cual los autos ilegales ni los errores del juez, plasmados en decisiones interlocutorias, lo obligan a persistir en el yerro: “...**puesto que, como es axiomático en derecho procesal, lo interlocutorio no ata a lo definitivo; ni el error cometido inicialmente tiene que conducir a la comisión de otro...**”¹². Así mismo, el artículo 42.3 del CGP le impone al juez el deber de “...Prevenir, **remediar**, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la **dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe** que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal...”.

Entonces, si al entrar en el examen detenido de los efectos perniciosos que produciría aquella nulidad decretada, a la cual se le dio cabida, como se dijo, sin analizar a fondo la trascendencia que rige ese tipo de remedio procesal, mal se procedería atribuyéndole a la mentada providencia capacidad para comprometer a la Sala en el nuevo error de eliminar los efectos interruptores que produjo la presentación temporánea de la demanda y concluir que el actor perdió su derecho de crédito por haber operado sobre esa acreencia la prescripción de la acción cambiaria, conclusión a la que habría lugar, pero sólo si se aplicara a rajatabla dicha regla y –lo que es peor-, sin que exista culpa de los demandantes, para hacer caer sobre ellos los efectos deletéreos del artículo 91.5 del C. de P. C. hoy 95.5 Del C. G. del P. ya citados-ut supra punto 6.1.-, por cuanto, como se vio desde la fecha en que se hizo exigible la obligación el **05 de abril de 2015**, hasta la fecha de **notificación del mandamiento de pago a la ejecutada**, independiente de la codificación procesal aplicable: i) **01 de junio de 2021** bajo el art. 330 del Código de Procedimiento Civil, o ii) el **03 de octubre de 2018**, según el art. 301 del Código General Del Proceso, en ambos casos, sería evidente que transcurrió más del trienio como plazo máximo para llevar a cabo dicho acto procesal, solución a todas luces injusta y que el Tribunal está a tiempo de impedir a través de una ponderada

¹¹ CSJ. Sentencia del 23 de febrero de 2006 exp. 1998-00013-01. M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

¹² Sentencia de marzo 23 de 1981, con ponencia del H. Magistrado Humberto Murcia Ballén.

interpretación de lo sucedido, para evitar que se abra paso la prescripción de la acción que no puede caber aquí.

6.5. La Corte Constitucional manifestó en la sentencia C-227 de 2009, lo siguiente:

*La medida que establece el precepto acusado encubre una sanción – la pérdida del derecho de acción – que se muestra como razonable en relación con las personas que al acudir a la jurisdicción abandonan los deberes que le señala el orden jurídico para el ejercicio de sus derechos, **o incurren en manifiestos errores en el ejercicio de los mismos**. Sin embargo, en virtud de la forma indiscriminada y genérica como está prevista la consecuencia gravosa contemplada en el precepto acusado, ésta se impone también al demandante diligente que ha ejercido su acción jurisdiccional en tiempo, **que no ha dado lugar a la declaratoria de la nulidad, y que sin embargo debe soportar un menoscabo desproporcionado de sus derechos**.*

*La consecuencia procesal que la norma impugnada hace recaer sobre el demandante diligente, resulta desproporcionada cuando el error en la selección de la competencia y/o la jurisdicción **no le es imputable a él de manera exclusiva, sino que puede ser el producto de múltiples factores, que escapan a su control, como pueden ser las incongruencias de todo el engranaje jurídico, o las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de competencia y jurisdicción, y sin embargo, la carga y censura procesal sólo se imponen a él**.*

6.6. La citada jurisprudencia, aunque circunscrita a las causales de nulidad contempladas en los numerales 1 y 2 del art. 140 del C.P.C., consagra **que la sanción prevista en el art. 91 del C.P.C., de no interrumpirse la prescripción y operar la caducidad cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación de la demanda, resulta desproporcionada cuando se está ante un demandante a quien no le es imputable en forma exclusiva el error que conllevó la declaratoria de invalidez del trámite**. Como se vio, la aplicación de la norma resultaría desproporcionada en este caso, toda vez que, se repite, el yerro que originó la nulidad procesal no es imputable a la parte demandante, sino al criterio errado que, en su momento, orientó a esta Sala Unitaria a declarar la nulidad, pero que, en últimas, no puede convertirse en **“...una carga desproporcionada que hace recaer en el demandante todo el peso de las divergencias que sobre la materia se suscitan en el ordenamiento jurídico...”**¹³

¹³ Corte constitucional, sentencia C-662-2004

6.7. En este asunto, entonces, para brindar una salida acorde a la ley, la justicia y la equidad, lo correcto es posar la vista sobre la calenda en que se surtió de forma efectiva la notificación de la deudora Juliana Marcela Pacheco Maya, esto es, el **11 de enero de 2017**, siendo esta fecha anterior a la finalización del término que regula el artículo 789 del Código de Comercio, que fenecía el **05 de abril de 2018**, resultando irrefragable que no operó la prescripción de la acción cambiaria, por cuanto, **habiéndose presentado la demanda a tiempo**, el **20 de agosto de 2015**, si la notificación del auto que libró mandamiento de pago notificado el **27 de agosto de 2015**, no se logró dentro de ese año subsiguiente, ello no implica *per sé* el triunfo del medio exceptivo en estudio, ya que, la prescripción del derecho cambiario logró interrumpirse, solo que no se configuró con retroactividad desde la presentación de la demanda, sino que **la secuela en cuestión se produjo desde la notificación efectiva** del auto que libró el mandamiento de pago a la parte deudora, el **11 de enero de 2017**, a voces del artículo 94 ya citado.

Por este flanco entonces, el recurso de apelación no prospera.

7. Superado lo anterior, al aprestarse la Sala a dilucidar de forma integral el tema de censura, se establece entonces como objeto litigioso en este segundo grado, la interpretación del contrato de hipoteca constituida mediante **escritura pública 903 de marzo 4 de 2015** de la Notaría 16 de Medellín, en aspectos que conciernen a su validez, naturaleza y alcance, a fin de precisar si es cerrada o abierta y sin límite de cuantía, como lo entendió el señor juez de primer grado, determinación que cuestiona el recurrente, para ultimar que la hipoteca es nula de forma absoluta, pues no se estipuló una fecha cierta para su exigibilidad y que, además, en la cuantía de la obligación se estableció un tope límite de \$50'000.000,00.

7.1. Para ello, es menester fijar el sentido y alcance de las manifestaciones de voluntad vertidas en la escritura pública de hipoteca, respecto de lo que las partes previamente discutieron y acordaron **por escrito** y así poder determinar el efecto jurídico producido, labor que corresponde al dispensador de justicia, merced a que, el art. 1618 C.C., le ordena al juez que, una vez **conocida la intención común de los contratantes**, debe estarse a ella, más que al tenor literal de las palabras. A continuación de esta norma se establece un sistema articulado de criterios de interpretación del contrato, en los arts. 1618 a 1621 del C.C. que han de aplicarse para establecer el significado de la declaración negocial, que es lo que exige el recurrente.

7.2. Por consiguiente, cuando se trata de fijar el verdadero acuerdo de voluntades puestas en un contrato, el juez del caso tiene que otorgarle la calificación que corresponde de conformidad con lo que prevé el ordenamiento jurídico, por lo que -con razón-, en sentencia del 11 de septiembre de 1984 (G.J. N° 2415, pág. 254) la Corte Expresó: *“...En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que al dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas...”*.

7.3. En efecto, una vez auscultada la profundidad obligacional del contrato accesorio de hipoteca que por esta arista del recurso nos ocupa, de cara a la finalidad para la cual fue celebrada, se observa que la **escritura pública 903 de marzo 4 de 2015** de la Notaría 16 de Medellín inicia con la voluntad del propio hipotecante, que dice: *“...obrando en su(s) condición(es) indicada(s) **CONSTITUYE(N) HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA DE PRIMER GRADO** en favor de **MARTHA CECILIA RESTREPO SIERRA Y FRANCISCO LEÓN RESTREPO SALDARRIAGA...**”*, aquí se otea una intención clara de constituir una *“garantía hipotecaria”*, que, posteriormente, se materializó en la cláusula cuarta del instrumento escritural de la siguiente manera:

CUARTO: Que esta hipoteca abierta garantiza el cumplimiento de todas las obligaciones que haya el deudor adquirido o adquiera en favor de EL(LOS) ACREEDOR(ES), en los términos y condiciones previstos en los respectivos documentos que recojan las obligaciones principales y accesorias en razón de contratos de mutuo o por cualquier otra causa en que la parte deudora quede obligada por cualquier concepto, ya sea porque obren exclusivamente en su propio nombre, con otra u otras firmas, conjunta o separadamente, en razón de prestamos de otro orden o cualquier otro género de obligaciones que consten o estén incorporados a títulos valores o en cualesquiera otros documentos de carácter comercial o civil, otorgados, girados, avalados, aceptados o firmados por el deudor en forma tal que éste quede obligado ya sea individual, conjunta o separadamente con otra u otras personas naturales o jurídicas para con el acreedor, por razón del capital, quedando convenido que la hipoteca garantizará también los intereses durante el plazo de las obligaciones y los de mora que llegaren a causarse, las costas judiciales, honorarios de abogado y cualesquiera otros gastos que tenga que hacer para la cobranza. -----

7.4. Al leer entre líneas esta cláusula pactada en escritura de hipoteca, se observa que esta es bastante clara y explica, sin lugar a dudas, el alcance de la garantía hipotecaria, por lo que se estima suficiente, sin necesidad de emprender un esfuerzo hermenéutico mayor, para entender la verdadera intención de los contratantes: otorgar una *“Hipoteca Abierta Sin Límite De Cuantía”*, que garantizara el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que la hipotecante hubiere contraído o contraiga por: *“...contratos de mutuo o por cualquier otra causa...”* (...) *en razón de préstamos de otro orden o cualquier otro género de obligaciones que consten o estén incorporados en títulos valores...”* más adelante se indicó: *“...quedando convenido que la hipoteca garantizará también los intereses durante el plazo de las obligaciones y los de mora que llegaren a causarse...”* (cfr. fl. 70 cd. ppal.)

7.5. Recuérdesse que ambos *“pagarés sin número”* suscritos en **marzo 04 de 2015**, que fundamentan la presente demanda ejecutiva, en principio, se **pactó un plazo**, así, en el primero, documentado por valor de \$350.000.000 **le correspondía ser pagado el 04 de marzo de 2016** mientras que, el segundo pagaré, por valor de \$10.500.000 era pagadero el día **04 de septiembre de 2015**, solo que, como se indicó, el primer incumplimiento de pago de intereses anticipados, previstos para el **04 de abril de 2015**, marcó la exigibilidad anticipada de la obligación para ambos pagarés, para cuyo efecto el clausulado de estos señaló: *“...Nota. El presente pagaré queda respaldado con la hipoteca abierta constituida por medio de la escritura pública número 903 del 04 de marzo de 2015, de la notaria (sic) dieciséis de Medellín...”* de modo que, el plazo para hacer efectivo el gravamen hipotecario que tanto echa de menos el recurrente, simplemente, se encuentra determinado por la exigibilidad de la obligación caucionada a la que accede.

7.6. Acentúese aquí que, para hacer defensible su alegato sobre la nulidad absoluta del acto escritural hipotecario, el recurrente alega que faltó contemplar, bajo el rasero de la analogía, el artículo 1571 del Código De Comercio, norma que regula las formalidades de la hipoteca naval. Para aclarar este punto, se considera brevemente que las nulidades en el sistema jurídico colombiano al considerarse una sanción, son taxativas y precisas las causas que la configuran, lo que traduce que solo pueden alegarse como tales y decretarse por el juez aquéllas que **faltan a las formalidades que el legislador ha tipificado expresamente**, así, para el caso del contrato accesorio de hipoteca el artículo 2434 señala: *“la hipoteca **deberá otorgarse por escritura pública**. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede...”*, mientras que, el artículo 2435 *ib.*, prevé que: *“la*

hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos, sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción...". Es un despropósito jurídico entonces, idear, bajo el rasero de la armonización de artículos, causales de nulidad, por una razón atañedora a uno de los fundamentos que es el alma y nervio de nuestro ordenamiento: **el debido proceso.**

7.7. Un hecho cierto es que para la fecha de presentación de la demanda y, aun, para cuando se materializaron las medidas cautelares sobre el bien hipotecado, la garantía hipotecaria inscrita bajo la anotación No. 18 del folio de matrícula inmobiliaria **024-11358** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Fe de Antioquia, no ha sido cancelada en forma expresa, ni ha obrado una causal de extinción de la misma, conforme al artículo 2457 del Código Civil, de donde se infiere su existencia, validez, vigencia y exigibilidad del cumplimiento del objeto para el cual fue constituida: garantizar todas las obligaciones causadas o adquiridas, antes o durante su vigencia.

8. El otro asunto que cuestiona el recurrente es la cuantía de la obligación que garantiza la hipoteca, afirmando que se estableció en ella un tope límite de \$50'000.000,00. Retornando a las citadas reglas de interpretación del contrato, la sala considera que no existe contradicción entre el contenido de la CLÁUSULA CUARTA del contrato de hipoteca y una estipulación final, ubicada fuera del clausulado del negocio jurídico que menciona: “...**para efectos fiscales, la presente hipoteca abierta sin límite de cuantía, se le asigna un valor de cincuenta millones de pesos M.L. (\$50.000.000)**...”, acompañada de una certificación de parte del acreedor hipotecario dirigida a Notaría, Rentas y Oficina de Registro, que señala:

Yo, **FRANCISCO LEON RESTREPO SALDARRIAGA**, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado como anoto al pie de mi firma, obrando en mi propio nombre, por medio de presente documento hago constar que he proyecta hacerle un préstamo a la señora JULIANA MARCELA PACHECO MAYA, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.094.913.921, garantizado con hipoteca abierta sin limite de cuantía, y que para efectos fiscales a dicha hipoteca se le asigno un valor de CINCUETNA MILLONES DE PESOS M. L. (\$50.000.000).

Atentamente:



FRANCISCO LEON RESTREPO SALDARRIAGA
C. C. NRO. 508-711

8.1. No es cierto que se trate de un cupo hipotecario limitante de la garantía, pues son las mismas partes quienes indican el alcance que se debe dar a la certificación que se anexa y se protocoliza, explicando que, el valor asignado se entendía como la “*cuantía para efectos fiscales*”, de donde, además, surgen enormes interrogantes sobre las razones por las cuales ¿por qué no contravirtió la deudora su verdadera intención de limitar la hipoteca? en lugar de ello, ¿aceptó firmar el mismo día que constituyó la hipoteca los 2 pagarés que juntos suman \$360.500.000 y que, desde su literalidad, remitían a ella?. Se responde entonces que esa nota simplemente contiene unos efectos restringidos, aceptado por las mismas partes contractuales: sortear el tributo para el estado. La nota, podría tipificarse dentro de la denominada simulación de cláusula, tema que no fue debatido y que, por ende, obliga a estarnos a la realidad de lo que se hizo público por voluntad de las partes.

9. Costas de segunda instancia, a cargo de la parte ejecutada recurrente, tras la resolución desfavorable de su recurso.

Sin necesidad de más consideraciones, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito Ejecución de Sentencias de Medellín, el día 22 de febrero de 2022, dentro de la presente causa ejecutiva, ello, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas por el trámite de segunda instancia a la parte ejecutada recurrente, en favor de la parte ejecutante. Para el efecto, en su momento procesal, se fijarán las respectivas agencias en derecho por el magistrado sustanciador.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE


JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado


PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada


(con salvamento de voto)
JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado

Salvamento de Voto Nro. 014

Proceso	Ejecutivo
Demandante:	Martha Cecilia Restrepo Sierra y otro
Demandada:	Juliana Marcela Pacheco Maya
Radicado:	05001 31 03 017 2015 01026 02
MP	DR Julián Valencia Castaño

Como mi acostumbrado respeto por las posturas mayoritarias, y sin desconocer la loable intención de corregir el yerro que el ponente pone en evidencia, considero que no era posible acudir en esta ocasión a la tesis del antiprocesalismo que prohija la Sala de Casación Civil.

Efectivamente, a la base de la sentencia de la Corte Suprema se edifica la tesis de que un juez puede corregir sus yerros y por ende puede separarse de los autos que considere ilegales profiriendo la resolución que se ajuste a derecho, tesis que también podría tener acogida en esta sede frente a algunos autos interlocutorios de clara ilegalidad en el transcurso de un proceso. Sin embargo, no reparó la sentencia revisada, en que el auto que se cuestionaba tenía rango de sentencia, ponía fin a un proceso y por ende no era susceptible de declararse ilegal. Hay autos interlocutorios que tienen fuerza de sentencia cuando terminan el proceso, como el que admite el desistimiento o la transacción, o el que decreta la perención o le pone fin al proceso ejecutivo por pago, o el que declara la nulidad de todo lo actuado; proferirlos es como dictar sentencia, y por ello su ilegalidad posterior es impensable a la luz de las normas procesales civiles, de cara al orden y a la marcha segura de un proceso. Negrillas y subrayas intencionales

Además de lo anterior, se recuerda que un auto ejecutoriado no puede ser revocado por el juez, ya que la ley procesal no establece la revocación ni de oficio ni a petición de parte después de que se produzca la ejecutoria. Tampoco puede declararse la nulidad de un acto después de ejecutoriado, ya que la parte lo consintió si no interpuso recurso o éste se resolvió, quedando ejecutoriado el proveído, y a menos que se dé una causal de nulidad que no haya sido saneada”.

Lo anterior para resaltar que, en mi criterio no era posible eliminar lo decidido por el Tribunal mediante auto de fecha 17 de febrero de 2020, declaratoria de nulidad de todo lo actuado (cfr. fl. 170 cd. de apelación de auto), incluyendo la notificación del mandamiento de pago, por la causal establecida en el numeral 8 del art. 133 del C. General del Proceso, por cuanto esa providencia alcanzó efectos de cosa juzgada, y por ello la decisión de la cual me aparto ha debido tener correspondencia con los efectos de esa declaración de nulidad.

En los términos anteriores, dejo consignado mi disenso con la decisión mayoritaria.

Con respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JCS' with a stylized flourish at the end.

Juan Carlos Sosa Londoño
Magistrado

Fecha ut supra