El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

Providencia:Sentencia – 2ª instancia –4 de julio de 2018

Proceso: Ejecutivo Hipotecario

Radicación Nro. : 66001-31-03-002-2011-00193-01

Demandante: LUIS EDUARDO CADAVID SÁNCHEZ

Demandado: PROMOTORA INMOBILIARIA DE OCCIDENTE S.A

Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

**Temas: EJECUTIVO HIPOTECARIO / COMPETENCIA DEL JUEZ EN SEGUNDA INSTANCIA / PRESCRIPCION DE LA ACCIÓN CAMBIARIA / NOTIFICACIÓN TARDÍA DE DEMANDADA SUSTITUTA / INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA-Art. 2433 Código Civil / EXCEPCIÓN CUANDO SE TRATA DE PROPIEDAD HORIZONTAL / LITISCONSORCIO FACULTATIVO ENTRE DEUDOR PERSONAL Y DEUDOR REAL / INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A UNO DE ELLOS NO SE EXTIENDE AL OTRO LITISCONSORTE / CONFIRMA**

En efecto, se repite que, para el Juzgado, no hubo interrupción civil de la prescripción, porque para cuando Mónica Andrea Arteaga Mejía se notificó, ya habían trascurrido más de los tres años que la ley mercantil regula para lo que tiene que ver con la acción cambiaria directa y el efecto del artículo 90 del CPC (hoy 94 del CGP), se malogró en la medida en que ella fue notificada más de un año después de haberse puesto en conocimiento del demandante el mandamiento ejecutivo.

Acertados o no estos razonamientos, ningún embate se presenta en su contra; y es en ello, precisamente, en lo que la nueva ley procesal es más enfática que la anterior, en lo que atañe a la competencia del juez de segunda instancia. Si esa argumentación ninguna réplica enfrenta, debe mantenerse enhiesta, en la medida en que está al margen de aquellos casos en los que el juez está llamado a resolver de oficio.

(…)

Y el segundo, que ese razonamiento desconoce que, en el caso que ahora se analiza, el litisconsorcio que se forma entre el deudor personal y el real, es facultativo, por una específica y simple razón: lo que antes constituía una hipoteca abierta e indeterminada sobre un inmueble, ahora se ha dividido en tantos predios cuantos fueron fraccionados del de mayor extensión. A este respecto, se recuerda que en los términos del artículo 2433 del C. Civil, la hipoteca es indivisible y, por ello, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas, son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella; y que el artículo 2445 del mismo estatuto señala que el gravamen afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles, en tanto no pertenezcan a terceros, y se extiende a todos los aumentos y mejoras que recaigan sobre la cosa hipotecada.

(…)

Sin embargo, cuando de bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal se trata, la Ley 675 de 2001 establece en su artículo 17 que:

*“Los acreedores hipotecarios quedan autorizados para dividir las hipotecas constituidas en su favor sobre edificios o conjuntos sometidos al régimen de la presente ley, entre las diferentes unidades privadas a prorrata del valor de cada una de ellas.*

*(…)”*

Es decir, que es una excepción a aquella regla de la indivisibilidad e implica que los adquirentes de predios sometidos a este régimen de propiedad horizontal, cuando el inmueble de mayor extensión registra una hipoteca, asumen ese gravamen, salvo que sean liberados del mismo, pero solo en la proporción que a cada uno corresponda, con lo cual, aunque la demanda ejecutiva con garantía real deba dirigirse contra el actual propietario del bien, debido a ese fraccionamiento, el acreedor hipotecario queda habilitado para reclamar de uno o de varios la proporción que les incumbe, sin que entre ellos se forme un litisconsorcio necesario, tesis que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia halló ajustada al ordenamiento jurídico, en sentencia de tutela del 25 de enero de 2012, en el asunto radicado al número 1100102030002012-00030-00, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez.

(…)

En ese orden de ideas, si la única discusión que plantea el recurrente es que la interrupción que pudo operar respecto de la Promotora Inmobiliaria de Occidente S.A. se extiende a la sustituta llamada al proceso, porque ella aceptó asumir el gravamen cuando compró el inmueble, se cae por su propio peso, en la medida en que se trataría de un litisconsorcio facultativo y no de uno necesario, como equivocadamente se adujo en primera instancia. Y ya está dicho que por lo restringido del recurso de apelación, a la Sala le está prohibido ocuparse de otras cuestiones ajenas a la sustentación.

# TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Expediente: 66001-31-03-002-2011-00193-01

Proceso: EJECUTIVO HIPOTECARIO

Juzgado: Primero Civil del Circuito de Pereira

Demandante: LUIS EDUARDO CADAVID SÁNCHEZ

Apoderado: Omar Flórez Morales

Demandado: PROMOTORA INMOBILIARIA DE OCCIDENTE S.A

 Demandada Sustituta: MÓNICA ANDREA ARTEAGA MEJÍA

Apoderado: Nelson Villa Zapata (Abog. Promotora)

 Esperanza Mendoza Reina (Abog. Dda Sustituta)

Recurrente: DEMANDANTE

Sentencia: 10 DE MAYO DE 2017

Audiencia: 4 de julio de 2018

**HECHOS:**

1. Con la escritura pública Nº 3403 de noviembre 27 de 2009, otorgada en la Notaria Única del Circulo de Dosquebradas, la Sociedad Promotora Inmobiliaria de Occidente SA, por conducto de su representante legal, constituyó hipotecaria abierta en favor del señor Luis Eduardo Cadavid Sánchez, la que se registró en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria identificado con el Nº 294-50256 de la Oficina de Registro de Dosquebradas, con la que se respaldó una obligación contenida en el pagaré Nº P-77639401 cuyo vencimiento data del 27 de enero de 2010, diligenciado por la suma de $40.000.000.oo Mcte.
2. En el citado documento se estipularon, en otras, la siguiente cláusula:

*¨ QUINTO: OBJETO DE ESTA HIPOTECA: esta hipoteca tiene por objeto garantizarle al ACREEDOR todas las obligaciones contraídas por la PARTE HIPOTECANTE, que pueden estar representadas en cualquier título valor, tales como letras de cambio, cheques, pagares, etc…*

1. Se ofreció en garantía un lote de terreno, distinguido como lote A del sector de ¨Villa del Campestre¨, el que según paz y salvo del impuesto predial se reporta como lote A de la urbanización ¨Quintas del Campestre¨ del municipio de Dosquebradas, con certificado de tradición vigente Nº 294-50256.
2. La accionada, pago dos meses de intereses, adeudando los mismos a partir del 28 de enero de 2010 fecha en que según la cláusula cuarta del pagaré, se declaran vencidos los plazos por la mora en el pago de intereses.

**PRETENSIONES:**

PRIMERA: Que se libre mandamiento ejecutivo por la suma de $40.000.000.oo Mcte., como capital según consta en pagaré Nº pagaré Nº P-77639401 de noviembre 27 de 2009, que vence el 27 de enero de 2010 y según escritura pública Nº 3403 de noviembre 27 de 2009, otorgada en la Notaria Única del Circulo de Dosquebradas.

SEGUNDA: Por los intereses corrientes bancarios durante la MORA a la tasa máxima permitida por la ley, desde el día 28 de enero de 2010 y hasta cuando el pago total se efectúe.

TERCERA: Por las costas y agencias en derecho que ocasione el proceso.

CUARTA: Que se decrete el embargo y secuestro del bien inmueble hipotecado.

**TRÁMITE, NOTIFICACIÓN, RESPUESTA Y EXCEPCIONES:**

* La sociedad demandada, notificada por conducta concluyente por medio de su representante legal, guardó silencio, pero solicitó la suspensión del proceso por 4 meses en coadyuvancia con el demandante, como consecuencia de un abono que reportaron al proceso de manera conjunta.
* También informaron que el bien inmueble dado en garantía se segregó y de él nacieron 32 predios nuevos, todos gravados con la primigenia hipoteca, de los cuales, con ocasión del abono realizado, fueron liberados 30, por lo cual se solicitó continuar con la ejecución solo en relación con los identificados con los Nos. 294-64689 y 294-64691.
* El día 25 de julio de 2012 (f. 93), se ordena la comparecencia de la señora Mónica Andrea Arteaga Mejía, en calidad de demandada sustituta, porque al proceso se allegó un folio de matrícula inmobiliaria, en el que la citada dama, se reporta como propietaria de uno de los muebles gravados con hipoteca.
* El 25 de febrero del 2013 (f. 126), se logra su notificación y el 04 de marzo de 2013 (f. 147) por conducto de abogada contesta la demanda quien propone las siguientes excepciones:

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA: El preciado título tiene como fecha de vencimiento el 27 de enero de 2010, que en ejercicio de la acción cambiaría por falta de pago se inicia cobro por vías judiciales el 23 de junio de 2011, en los términos del artículo 789 del Código de Comercio, la acción cambiaría directa prescribe en tres años a partir del vencimiento, esto para el caso específico es el día 27 de enero de 2013, en efecto ha establecido el Código de Procedimiento Civil, que estos términos se ven interrumpidos por el hecho de la presentación de la demanda (23 de junio 2011), pero sujeto a la notificación de la misma dentro de un término de un año (23 de junio 2012), periodo ampliamente superado en el proceso que nos ocupa, efectivamente la señora Mónica Andrea Arteaga fue notificada el mandamiento de pago el 25 de febrero de 2013.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: La acción cambiaria caduca por no haber sido presentada el título en tiempo para su pago, Efectivamente la presentación para el pago ha sido notoriamente tardía y ha superado los términos improrrogables contenidos en la ley.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARÍA Y CONSECUENTE AFECTACIÓN DE LA GARANTÍA REAL AL TIEMPO DE LA COMPRAVENTA DEL INMUEBLE: en las obligaciones derivadas de las obligaciones comerciales y especialmente las relacionadas con TITULOS VALORES, al fenecer derecho y acción en el pagaré que se ha aportado como recaudo ejecutivo por los fenómenos de caducidad y prescripción, igual suerte ha de sufrir la obligación real, esto es la garantía Hipotecaria.

INEXISTENCIA DE EXTENSION DE LOS EFECTOS DE LA GARANTIA HIPOTECARIA A LOS PREDIOS POR APERTURA DE OTRAS MATRICULAS Y FALTA DE DESCRIPCION DEL MECANISMO APLICABLE PARA EL SANEAMIENTO INDIVIDUAL DE CADA PROPIEDAD PRIVADA: en los términos de la escritura de la hipoteca se establece en su cláusula cuarta: ¨Que le gravamen Hipotecario comprende no solamente el inmueble y construcciones actualmente existentes, sino además, se extiende a cualquier otro inmueble que a este se ajunte, anexe o cualquier otra construcción, anexidad o mejora que sobre el mismo inmueble se levante, se anexe o se junte¨ .Aspectos que no corresponden al fenómeno presentado en los inmuebles reportados.

INDUCCIÓN A ERROR A LA SUSTITUTA POR PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD DEMANDADA: Durante el mes de junio de 2011, el señor RAMIRO VELASQUEZ CORREA negociaba con la señora MONICA ANDREA ARTEAGA, la casa 6 del CONJUNTO RESIDENCIAL VILLAS DE SAN MIGUEL PROPIEDAD HORIZONAL, el 24 de junio de 2011 se suscribe escritura pública de compraventa en la Notaria Tercera de la ciudad de Pereira, el señor RAMIRO toma una suma representativa este mismo día pero el día antes se está presentando una demanda Hipotecaria que afecta el predio comprado por la señora Mónica, el 28 de julio de 2011, demandantes y demandado en este ejecutivo hipotecario, solicitan por su común consenso la suspensión del proceso durante 4 meses, es decir que mientras el señor Ramiro, negociaba y señalaba los predios objeto de levantamiento con los recursos que por la compra de la Sra. Mónica ingresaron, con el apoderado de la parte actora, omitió contarle a la misma que la propiedad que adquiría con matricula inmobiliaria 294- 64691 era excluido y contra el mismo proseguía la ejecución de garantía real. En ningún momento el representante de la Sociedad vendedora y obligada en sus relaciones con la Señora Mónica Andrea y la parte actora, le informó a mi poderdante sobre la realidad jurídica del predio que garantizaba libre de todo gravamen.

DESPROPORCION ENTRE EL PAGO Y LOS PREDIOS RESIDUALES: se tenían inicialmente y en los términos aquí reflejados 23 predios que representan un 100% de los cuales se cancelan intereses y el 25% del capital, de los 23 predios se solicita la liberación de la Hipoteca en 21, eso es el 91.30% y se dejan como garantía dos predios que representan el 8.7%, es decir, dos propiedades de esa mayor extensión enfrentaran la garantía sobre el 75% del valor del crédito adeudado, se lesionan entonces de manera orientada, direccionada y manipulada los derecho reales, constitucionales y civiles de la Sra. Mónica.

CONCOMITACIA ENTRE EL PAGO PARCIAL Y EL PAGO DEL PRECIO DEL PREDIO Y OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO DEL MISMO: La Sra. Mónica Andrea Arteaga Mejía canceló al señor Ramiro Velásquez el 24 de junio de 2011 la suma de $50.000.000 y este a su vez le cancela el 28 de julio de 2011 a la parte actora $10.000.000 y los intereses moratorios desde el 28 de enero de 2010 al 28 de julio de 2011 que en un cálculo aproximado seria $12.873.600, dando así una base aproximada de $22.873.600, demostrado el cumplimiento de la obligación sobre el predio adquirido por la Sra. Mónica, solicito se encuentre prospera esta excepción.

INCONSISTENCIA ENTRE EL TENOR LITERAL Y LAS INSTRUCCIONES DE NEGOCIACION: en el escrito de la demanda se establece que el plazo para el pago data es de un año, pero en el texto literal del pagaré establece un plazo de dos meses, adicional a esto se habla de incumplimiento en el pago de los intereses durante el plazo, y en el texto no se ha establecido tasa, en la Cláusula segunda, no existe anotación al respecto.

AUSENCIA DE ACELERACIÒN DEL PLAZO: si bien el titulo valor que se aporta como recaudo ejecutivo enuncia la cláusula aceleratoria, esto por técnica no se ha presentado en el proceso, en este orden de ideas se tiene un vencimiento planamente y en estos términos se solicitaron los intereses moratorios. Por lo tanto hay una contradicción entre el negocio causal y el título, y más aún entre las instrucciones y el tenor literal mismo.

EXTRALIMITACION DE MEDIDA Y GENERACION DE PERJUICIOS A LA PARTE SUSTITUTA: existen dos predios a disposición del despacho como garantes del cumplimiento de las obligaciones perseguidas por el demandante , si bien la garantía ha de obedecer el cubrimiento total del crédito, también resulta cierto que debe impedirse su exceso, en consecuencia y una vez superada la etapa probatoria en la que se demuestre que el bien del cual es titular el demandado PROMOTORA INMOBILIARIA DE OCCIDENTE S.A es suficiente para el cubrimiento del crédito.

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR LA PROMOTORA INMOBILIARIA DE OCCIDENTE S.A, ESPECIALMENTE DE SANEAMIENTO Y ENTREGA: puede evidenciarse en pleno derecho del demandado SOCIEDAD PROMOTORA INMOBILIARIA DE OCCIDENTE S.A, de sus obligaciones de saneamiento y sea esta la oportunidad de indicar al despacho que con una habilidad especial el Señor Ramiro Velásquez, ha dilatado por todos los medios la entrega material del bien inmueble a la señora Mónica Andrea y no ha informado sobre la existencia de esta ejecución

**TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES**

En cuanto a la PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA: al pie de la escritura en la que se colocó la siguiente constancia *``Manifiestan la vendedora y compradora que estos inmuebles se encuentran sometidos a propiedad horizontal, pero la edificación no cuenta con administración, ni se han establecido expensas a los propietarios y el comprador igualmente manifiesta que se solidariza con las deudas que existan en copropiedad, todo de conformidad con el Art 29 del Decreto 675 de 2001´´* con lo anterior se demuestra que la señora Arteaga al momento de adquirir el bien hipotecado, aceptó expresamente y conoció de antemano que había un crédito insoluto a favor de la parte actora y que ella aceptó.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: No era obligación del demandante en presentar el título, pues al momento de suscribir la escritura ella sabía que había un crédito y por ello dejó consignada al final de las escrituras, la constancia de SOLIDARIDAD.

INEXISTENCIA DE LA ACCIÓN CAMBIARIA: El contrato de hipoteca es accesorio y a ello se comprometió la aquí vinculada por el despacho

 INEXISTENCIA DE EXTENSION DE LOS EFECTOS DE LA GARANTIA HIPOTECARIA A LOS PREDIOS POR APERTURA DE OTRAS MATRICULAS Y FALTA DE DESCRIPCION DEL MECANISMO APLICABLE PARA EL SANEAMIENTO INDIVIDUAL DE CADA PROPIEDAD PRIVADA no es cierto toda vez que mediante la escritura pública Nº 3403 de noviembre 27 de 2009, otorgada en la Notaria Única del Circulo de Dosquebradas la SOCIEDAD PROMOTORA DE OCCIDENTE S.A se constituyó deudora de mi representado bajo la modalidad de ``Hipoteca en cuantía indeterminada´´

INDUCCIÒN A ERROR A LA SUSTITUTA POR PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD DEMANDADA: una de las condiciones para la liberación de la hipoteca parcial, era dejar garantía el predio identificado con matricula Nº 294-64691 que fue adquirido por la Sustituta. Prueba de ello es que el proceso se suspendió por 4 meses y en ese tiempo no se operó el pago, por lo que se solicitó al despacho proseguir con el trámite; que la parte accionada no haya presentado oposición no es de mi incumbencia, pues el derecho de defensa nunca se violó.

DESPROPORCION ENTRE EL PAGO Y LOS PREDIOS RESIDUALES: no tiene nada que ver o la relación con la constitución de la obligación a la que ella reconoció en la escritura en la que adquirió el predio que le vendió la Sociedad PROMOTORA INMOBILIARIA DE OCCIDENTE S.A pues para el 28 de julio de 2011 en que se hizo el abono a intereses y capital, no había que hacer alusión a que parte de los predios quedaba respaldada el resto de la obligación, se hizo la liberación de una gran parte, esperando que con la venta de los mismos se iba a pagar el resto de la obligación y ello nunca ocurrió.

CONCOMITACIA ENTRE EL PAGO PARCIAL Y EL PAGO DEL PRECIO DEL PREDIO Y OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO DEL MISMO: Las operaciones matemáticas allí descritas no son aplicables al caso en particular, porque la liberación de los predios no se hizo teniendo en cuenta valores sino los mismos inmuebles, pues para eso se dejaron los bienes con el gravamen a fin de respaldar las obligaciones pendientes.

 INCONSISTENCIA ENTRE EL TENOR LITERAL Y LAS INSTRUCCIONES DE NEGOCIACION: No es en el escrito de la demanda donde se establece el plazo para el pago, esto se encuentra consignado en la escritura de constitución de hipoteca, si se colocó como vencimiento de la obligación el 27 de enero de 2010, fue precisamente por el incumplimiento en el pago de intereses y a ello me remito al literal a) de la cláusula octava del contrato de hipoteca.

AUSENCIA DE ACELERACIÒN DEL PLAZO

EXTRALIMITACION DE MEDIDA Y GENERACION DE PERJUICIOS A LA PARTE SUSTITUTA: en virtud de la garantía real exigida por la parte demandante para respaldar las obligaciones derivadas del contrato de hipoteca, se hacía necesario y así se acordó que la liberación parcial de algunos predios se hacía conforme al pago de intereses y un abono parcial a capital NUNCA se acordó que solo el predio que figura a nombre de la entidad demandada quedaba gravado

**SENTENCIA**

Declaró probada la excepción de “prescripción de la acción cambiaria”, presentada por la demandada Mónica Andrea Arteaga

Para así decidir indicó que, en relación con esa demandada no operó la interrupción de la prescripción, porque a ella se le notificó el mandamiento de pago no solo cuando el pagaré ya estaba prescrito, sino también cuando ya se había superado el término establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, ordenó seguir adelante con la ejecución del crédito en contra la Promotora Inmobiliaria de Occidente SA, en consecuencia se decretó la venta en pública subasta del bien inmueble distinguido con la matricula inmobiliaria número 294-64689.

**APELACIÓN: TRANSCRIPCIÓN LITERAL:**

*Reitero los argumentos a pronunciarme, sobre dichos medios exceptivos, de que ellos no están llamados a prosperar, pues la señora MONICA ANDREA ARTEAGA M, suscribió escritura pública No. 1771 de junio 24 de 2011 en la Notaria Tercera de Pereira y por medio de la cual adquirió el inmueble hipotecado, o sea a los 17 meses del día fijado para el vencimiento del pagaré, al cual se le hizo un abono de capital de $10.000.000 y para el 3 de agosto de 2011 se había cancelado la totalidad de los intereses a esta fecha. O sea que, para la fecha en que le fue notificado el mandamiento de pago, se hallaba en curso el proceso mucho antes y existía cuando ella en la escritura pública reconoció de que había un crédito hipotecario en favor del señor CADAVID SÁNCHEZ y la compradora (ARTEAGA), manifestó que se solidariza con las deudas que existan con la copropiedad, todo de conformidad con el art. 29 del Decreto 675 de 2001.*

*Quiero expresar con lo anterior que la señora ARTEAGA al momento de adquirir el bien hipotecado, aceptó expresamente y conoció de antemano que había un crédito a favor de mi representado y que ella aceptó.*

*Con el anterior fundamento, la CADUCIDAD, invocada en la sentencia, considero que no estaría llamada a prosperar por lo anteriormente mencionado, pues ya se manifestó al respecto al contestar las excepciones presentadas.*

*Reitero, no era obligación del demandante en presentar el título, pues al momento de suscribir la escritura, ella sabía que había un crédito y por ello dejo consignada al final de las escrituras, la constancia de SOLIDARIDAD de la deuda que conocía y que ahora quiere aprovechar en su favor, puesto que al asignarle nuevo número de matrícula inmobiliaria al predio que adquirió tiene como anotación ´´HIPOTECA CON CUANTIA INDETERMINADA`` (anotación No 001 del certificado de tradición)*

*La manifestación de que hasta el 25 de febrero de 2013 la demandada conoce la pretendida obligación, no es den recibo porque al firmar la escritura de compraventa, conoció de antemano las obligaciones y por ello la solidaridad que contrajo en forma expresa*

**SUSTENTACIÓN**

1. La apelación giró en torno al fenómeno de la caducidad sobre el cual se pronunció el Juzgado.
2. Se define como la extinción del derecho de acción.
3. La manera de evitarla es ejerciendo el acto o la facultad; en este caso se arrimó la escritura 3403, por la cual la sociedad Promotora Inmobiliaria de Occidente se obligó al pago de una suma. Notificado el mandamiento de pago por conducta concluyente, y después de haber aceptado un pago parcial de la obligación, quedaron aprehendidos unos predios, de los cuales la demandada, quien fue vinculada al proceso, manifestó haber adquirido el bien, por parte de la entidad demandada, según escritura 1771 del 24 de junio de 2011. Allí se hizo constar que la demandada se solidariza con las deudas que existan con la copropiedad.
4. Se propuso la excepción de caducidad informando que había transcurrido más de un año cuando fue notificada, pero si tenemos en cuenta el recorrido procesal, se hizo un abono a capital de 10 millones y para el 3 de agosto de 2011 se había cancelado la totalidad de los intereses, eso se adujo en los alegatos, por lo tanto, reiterando que no era obligación del demandante presentar el título, pues al momento de suscribir la escritura, la señora Arteaga Mejía en la notaría, cuando adquirió los bienes, aceptó que conocía la deuda que tenía la inmobiliaria, fue así que se cayó en el error de haber liberado la mayor parte de los bienes para efectos de garantizar lo que quedaba de la deuda.

Entonces, reitero que la demandada conocía la pretendida obligación y en mi sentir no es de recibo, porque al firmar la escritura pública en la notaría 3ª conocía de antemano las obligaciones, y por ello la solidaridad que contrajo, por tanto, no sería para mí de recibo la aplicación de la caducidad de la que hago mención.

**CONSIDERACIONES**

1. Concurren los presupuestos procesales y no se columbra irregularidad alguna que dé al traste con lo actuado, lo que supone una decisión de fondo.
2. Se trata de un proceso ejecutivo con garantía real, que tiene origen en un pagaré otorgado el 27 de noviembre de 2009, a la orden de Luis Eduardo Cadavid Sánchez, por parte de la Promotora Inmobiliaria de Occidente S.A., representada legalmente por Ramiro Velásquez Mesa, por valor de $40.000.000.oo, con vencimiento el 27 de enero de 2010 (f. 3 c. 1); obligación garantizada con la hipoteca del inmueble matriculado al número 294-50256, según la escritura pública 3403 del 27 de noviembre de 2009 (f. 4 a 10, c. 1).

Sobre ese predio de mayor extensión, se abrieron 32 folios inmobiliarios que absorbieron el gravamen (f. 20 a 53, c. 1), de los cuales 30 fueron liberados debido al abono de $10.000.0000 y el concomitante acuerdo reportado el 2 de agosto de 2011 (f. 69). Como consecuencia de ello, la ejecución continuó solo en relación con los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias 294-64689 (casa 4) y 294-64691 (casa 6) (f. 78 y 84), último de los cuales fue adquirido en compraventa por la señora Mónica Andrea Arteaga Mejía el día 24 de julio de 2011, tal como obra en la escritura pública 1771 (f. 130).

Una vez inscrito el embargo y ante el reporte que en este último sentido hizo la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, se citó al proceso a la señora Arteaga Mejía, en calidad de sustituta, siguiendo lo reglado por el artículo 554 del Código de Procedimiento Civil. Hecho así, propuso varias excepciones, entre ellas, la de prescripción de la acción cambiaria, porque la obligación venció el 27 de enero de 2010, la demanda se inició el 23 de junio de 2011, pero la notificación de la misma solo ocurrió el 25 de febrero de 2013, esto es, que se perdió el efecto de la interrupción.

1. De la lectura de los documentos aportados como recaudo ejecutivo emerge, por un lado, que el pagaré satisface los requisitos generales del artículo 621, y los especiales del artículo 709, ambos del C. de Comercio. Y por el otro, que la copia de la escritura pública que contiene el gravamen, se amolda la lo reglado por el artículo 80 del Decreto 960 de 1970, en cuanto es la primera y presta mérito ejecutivo.

Es decir, que estaban dadas las condiciones de los artículos 488 y 554-2 del C.P.C., vigentes para cuando se presentó la demanda, que permitían librar la orden ejecutiva deprecada.

1. Por eso, era menester que se ocupara el juzgado de las excepciones propuestas; de ellas, halló probada la de prescripción respecto de Mónica Andrea Arteaga. Para lo que aquí debe elucidarse, se estima necesario reproducir textualmente lo que dijo la funcionaria, para confrontarlo con los argumentos que esgrime el recurrente.

Señaló la sentencia que:

Tenemos que la prescripción que extingue las obligaciones es la denominada extintiva o negativa y para que ésta logre sus efectos, lo ha dicho la Corte rectificando su posición sobre la prescripción de las obligaciones contentivas en títulos valores, no sólo es necesario el simple transcurso del tiempo, sino que también es preciso revisar el comportamiento del acreedor y el deudor, para determinar si efectivamente aquella logró su propósito o si por el contrario, en algún momento fue interrumpida o suspendida. Así se indicó en la sentencia S-001 de 2000….

Entonces, según el criterio de la Corte, tratándose de títulos valores debe decirse que en la prescripción no puede simplemente contarse un término para su configuración, pues se hace preciso revisar si aquella no ha sufrido interrupciones o suspensiones de acuerdo con lo establecido en los arts. 2539 y 2541 del C. C., advirtiendo además, que siempre será labor del juez, el obtener la verdad de los hechos para proferir la sentencia correspondiente.

Respecto a la interrupción y la suspensión, fácilmente se concluye en este caso que la suspensión no se ha presentado (art. 2530-2 del C.C.), pues tanto acreedor como deudora, personas mayores de edad, son legalmente capaces y no están sujetos a ninguna tutela o curaduría.

En lo que a la interrupción se refiere, sabemos que dicho fenómeno puede ser natural o civil según lo dispone el canon 2539 de la legislación Civil:

“La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya naturalmente, ya civilmente.

"Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

“Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524."

El efecto de la interrupción es hacer perder el tiempo anterior a ella para no contarlo en el que se requiere para prescribir. Si un deudor que está prescribiendo, reconoce expresa o tácitamente su obligación o se le demanda para que la satisfaga, se interrumpe el lapso que viene transcurriendo.

En este caso, no hay lugar a la interrupción civil porque la demandada Mónica Andrea Arteaga Mejía, se notificó cuando el pagare no sólo ya estaba prescrito, sino que también, se había superado el término de que trata el art. 90 de. C.P.C. (hoy derogado y vigente el artículo 94 del C.G.P), situación en la que en este caso no se evidencia evasión de la demandada, o si el juzgado se demoró en disponer sobre la notificación u otras circunstancias análogas, pues en esta clase de interrupción válidamente se cuenta que haya transcurrido el término legal. Para mayor ilustración se realiza el siguiente cuadro explicativo:

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha de vencimiento título valor | 27 de enero de 2010. |
| (Termino de 3 años prescripción) | 27 de enero de 2013. |
| Fecha de presentación de la demanda | 13 de junio de 2011. |
| Fecha en que notifico el mandamiento de pago personalmente. | 25 de febrero de 2013. |

Por otro lado, la interrupción natural se origina de hechos voluntarios del deudor, como cuando este reconoce su obligación expresa o tácitamente. El reconocimiento expreso puede justificarse con cualquier clase de pruebas, como por ejemplo, la confesión del deudor, un documento privado, una carta, etc., |lo cual tampoco ocurrió dentro del presente proceso, porque si bien es cierto en la escritura pública número 1771 mediante la cual la Promotora Inmobiliaria de Occidente S.A, transfiere en venta el inmueble a la aquí demandada, también lo es que en el interrogatorio de parte que esta rindió explicó que esa venta por valor de $50.000.000,oo. fue un pago parcial que el señor Ramiro Velásquez Mesa, le hizo por un préstamo por valor de $80.000.000,oo que le había hecho meses atrás, entregándole de mala fe y como parte de pago una propiedad que le había hipotecado al demandante Luis Eduardo Cadavid Sánchez, situación que no fue desvirtuada por el representante legal de la Inmobiliaria de Occidente, quien ni siquiera se defendió dentro del proceso teniendo la obligación de hacerlo porque era una carga probatoria a su cargo conforme al artículo 177 del C.P.C, lo cual no ocurrió.

Por último, no son de recibo los argumentos del apoderado del demandante sobre la aceptación expresa de la señora Mónica Arteaga Mejía, de la hipoteca que gravaba el inmueble de su propiedad, porque incluso el mismo demandante en su interrogatorio de parte bajo juramento dijo no conocer a la demandada y que todas las negociaciones las ha realizado directamente con el señor Velásquez Mesa en su condición de representante legal de la Promotora Inmobiliaria de Occidente.

Por otro lado, tampoco se observa que la accionada haya retardado su comparecencia al proceso y menos que en ningún momento hubiera reconocido la obligación hipotecaria ni tacita ni expresamente, como lo indica el artículo 2539 del Código Civil.

Ahora, repasemos lo que es el sustento de la apelación:

Empezó el recurrente por señalar que la alzada giró en torno al fenómeno de la caducidad sobre el cual se pronunció el Juzgado, que se define como la extinción del derecho de acción. Y agregó:

La manera de evitarla es ejerciendo el acto o la facultad; en este caso se arrimó la escritura 3403, por la cual la sociedad Promotora Inmobiliaria de Occidente se obligó al pago de una suma. Notificado el mandamiento de pago por conducta concluyente, y después de haber aceptado un pago parcial de la obligación, quedaron aprehendidos unos predios, de los cuales la demandada, quien fue vinculada al proceso, manifestó haber adquirido el bien, por parte de la entidad demandada, según escritura 1771 del 24 de junio de 2011. Allí se hizo constar que la demandada se solidariza con las deudas que existan con la copropiedad…

Se propuso la excepción de caducidad informando que había transcurrido más de un año cuando fue notificada, pero si tenemos en cuenta el recorrido procesal, se hizo un abono a capital de 10 millones y para el 3 de agosto de 2011 se había cancelado la totalidad de los intereses, eso se adujo en los alegatos, por lo tanto, reiterando que no era obligación del demandante presentar el título, pues al momento de suscribir la escritura, la señora Arteaga Mejía en la notaría, cuando adquirió los bienes, aceptó que conocía la deuda que tenía la inmobiliaria, fue así que se cayó en el error de haber liberado la mayor parte de los bienes para efectos de garantizar lo que quedaba de la deuda.

Entonces, reitero que la demandada conocía la pretendida obligación y en mi sentir no es de recibo, porque al firmar la escritura pública en la notaría 3ª conocía de antemano las obligaciones, y por ello la solidaridad que contrajo, por tanto, no sería para mí de recibo la aplicación de la caducidad de la que hago mención…

Dos cosas deben precisarse para seguir con este análisis.

Una primera, que hoy, más que antes, la competencia del superior en segunda instancia está ceñida a los argumentos que exponga el apelante, a menos que deba adoptar decisiones de oficio en los casos previstos en la ley, y este no es uno de ellos (art. 328 CGP). Es lo que se da en denominar la pretensión impugnaticia, que sugiere que el funcionario de segundo grado está llamado a resolver la alzada con sujeción concreta a los fundamentos que sirvieron para la sustentación del recurso.

Como criterio auxiliar, recientemente señaló la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, en la providencia STC9587-2017, del 5 de julio de ese año, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, que:

…cabe acotar, que el legislador introdujo una modificación significativa, aunque para un sector de la doctrina muy restrictiva e indeseada[[1]](#footnote-1), respecto del alcance del recurso de apelación, al consagrar el régimen denominado *“pretensión impugnaticia”*, el cual, como pasa de verse, consiste en que el recurrente deberá indicar, al momento de interponer el aludido medio de impugnación, cuáles son los motivos *“concretos”* por los cuales lo formula, los mismos que sirven de marco de referencia al superior para revisar la decisión del inferior, es decir, que con ellos se fijan los límites de su competencia, contornos que solo podrá sobrepasar cuando «*ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso*» (Inc. 3º, Art. 328 C.G.P.), hipótesis que no ha acaecido en el *sub judice*.

Y la segunda, que, como lo recordó recientemente otra Sala de este Tribunal, en providencia del 27 de junio pasado, en el radicado 2014-00242-01, con ponencia del Magistrado Grisales Herrera, el mismo órgano de cierre de la especialidad, señaló, en la sentencia SC10223-2014, que:

4.4.1. Recurrir y sustentar por vía de apelación no significa hacer formulaciones genéricas o panorámicas[[2]](#footnote-2), más bien supone:

1. Explicar clara y coherentemente las causas por las cuales debe corregirse una providencia. Es sustentar y manifestar las razones fácticas, probatorias y jurídicas de discrepancia con la decisión impugnada.

2. Demostrar los desaciertos de la decisión para examinarla, y por tanto, el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.).

3. Apelar no es ensayar argumentos disímiles o marginales que nada tengan que ver con lo decidido en la providencia impugnada.

4. Tampoco es repetir lo ya argumentado en una petición que ha sido resuelta de manera contraria, sin atacar los fundamentos de la decisión, ni es mucho menos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se decide.

5. Es hacer explícitos los argumentos de disentimiento y de confutación, denunciando las equivocaciones, porque son éstos, y no otros, los aspectos que delimitan la competencia y fijan el marco del examen y del pronunciamiento de la cuestión debatida.

Ambas situaciones tienen qué ver con lo que aquí ocurre, pues, por una parte, revisado con estrictez lo que aduce el recurrente, ninguna relación guarda con lo que resolvió el juzgado, respecto de la excepción. Y ello es así, porque la funcionaria se ocupó de la de prescripción, nunca de la de caducidad que también fue propuesta, pero ni siquiera alcanzó a ser analizada por los efectos de la primera. Insistentemente, tanto en los reparos, como en la sustentación, el asesor judicial pidió que se descartara la caducidad declarada que, evidentemente, no lo fue.

Por tanto, se repite, desde esta óptica, al rompe se advierte el fracaso de la alzada, justamente, porque al superior le está vedado abordar temas ajenos a los propuestos, si ellos no se advierten de oficioso pronunciamiento.

Por otra parte, si en gracia de discusión se entendiera que se trata de un lapsus, porque la única excepción que se declaró probada fue la de prescripción, y es sobre ella que se disiente, basta ir al parangón que se hace entre lo considerado por el despacho judicial y lo que replica el impugnante, para ver cómo su intervención se restringió a un aspecto, pero dejó por fuera el fundamento central del cual dedujo la funcionaria que el derecho cartular contra la sustituta citada, prescribió.

En efecto, se repite que, para el Juzgado, no hubo interrupción civil de la prescripción, porque para cuando Mónica Andrea Arteaga Mejía se notificó, ya habían trascurrido más de los tres años que la ley mercantil regula para lo que tiene que ver con la acción cambiaria directa y el efecto del artículo 90 del CPC (hoy 94 del CGP), se malogró en la medida en que ella fue notificada más de un año después de haberse puesto en conocimiento del demandante el mandamiento ejecutivo.

Acertados o no estos razonamientos, ningún embate se presenta en su contra; y es en ello, precisamente, en lo que la nueva ley procesal es más enfática que la anterior, en lo que atañe a la competencia del juez de segunda instancia. Si esa argumentación ninguna réplica enfrenta, debe mantenerse enhiesta, en la medida en que está al margen de aquellos casos en los que el juez está llamado a resolver de oficio.

Ahora, ¿por qué se afirma que ningún ataque aflora en su contra? Sencillamente, porque, como también quedó anotado, la alzada se apuntala, exclusivamente, en que hubo interrupción de la prescripción, en atención a que en la escritura pública 1771 de junio 24 de 2011, se hizo constar que la demandada se solidarizaba con las deudas que existan con la copropiedad, lo cual se rebate desde dos ángulos.

El primero, que de acuerdo con el contenido de la escritura pública 1771 de junio 24 de 2011, el inmueble matriculado al número 294-64691 (según la aclaración que refiere el certificado de tradición de folio 91, en la anotación 5), fue vendido con posterioridad a la constitución del reglamento de propiedad horizontal (anotación 2 del mismo certificado); y quedó consignado en la cláusula tercera, que el precio pactado, de cincuenta millones de pesos, fue pagado en su totalidad por la compradora; y en la cuarta, que el inmueble se hallaba libre de cualquier tipo de gravamen. Y en la parte final del instrumento se dijo que vendedora y compradora se solidarizaban con las deudas que existan en la copropiedad, todo de conformidad con el artículo 29 del *“Decreto”* 675 de 2001 (f. 1130 a 136, c. 1).

En realidad se trata de la Ley 675 de ese año, y su artículo 29 alude a la participación en el pago de expensas comunes, de manera que ninguna relación guarda con el pago de créditos hipotecarios, que es lo que supone el recurrente.

Y el segundo, que ese razonamiento desconoce que, en el caso que ahora se analiza, el litisconsorcio que se forma entre el deudor personal y el real, es facultativo, por una específica y simple razón: lo que antes constituía una hipoteca abierta e indeterminada sobre un inmueble, ahora se ha dividido en tantos predios cuantos fueron fraccionados del de mayor extensión. A este respecto, se recuerda que en los términos del artículo 2433 del C. Civil, la hipoteca es indivisible y, por ello, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas, son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella; y que el artículo 2445 del mismo estatuto señala que el gravamen afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles, en tanto no pertenezcan a terceros, y se extiende a todos los aumentos y mejoras que recaigan sobre la cosa hipotecada.

Sin embargo, cuando de bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal se trata, la Ley 675 de 2001 establece en su artículo 17 que:

Los acreedores hipotecarios quedan autorizados para dividir las hipotecas constituidas en su favor sobre edificios o conjuntos sometidos al régimen de la presente ley, entre las diferentes unidades privadas a prorrata del valor de cada una de ellas.

Una vez inscrita la división de la hipoteca en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, los propietarios de la respectiva unidad privada serán responsables, exclusivamente, de las obligaciones inherentes a los respectivos gravámenes.

**PARÁGRAFO.**Cuando existiere un gravamen hipotecario sobre el inmueble de mayor extensión que se sometió al régimen de propiedad horizontal, el propietario inicial, en el momento de enajenar unidades privadas con pago de contado, dentro del mismo acto jurídico de transferencia de dominio deberá presentar para su protocolización, certificación de la aceptación del acreedor, del levantamiento proporcional del gravamen de mayor extensión que afecte a la unidad privada objeto del acto. El notario no podrá autorizar el otorgamiento de esta escritura ante la falta del documento aquí mencionado.

Es decir, que es una excepción a aquella regla de la indivisibilidad e implica que los adquirentes de predios sometidos a este régimen de propiedad horizontal, cuando el inmueble de mayor extensión registra una hipoteca, asumen ese gravamen, salvo que sean liberados del mismo, pero solo en la proporción que a cada uno corresponda, con lo cual, aunque la demanda ejecutiva con garantía real deba dirigirse contra el actual propietario del bien, debido a ese fraccionamiento, el acreedor hipotecario queda habilitado para reclamar de uno o de varios la proporción que les incumbe, sin que entre ellos se forme un litisconsorcio necesario, tesis que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia halló ajustada al ordenamiento jurídico, en sentencia de tutela del 25 de enero de 2012, en el asunto radicado al número 1100102030002012-00030-00, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez.

Establecido como está que en este caso ocurrió de esa manera, pues el predio de mayor extensión, matriculado con el número 294-50256 fue sometido al régimen de propiedad horizontal, y el gravamen trasladado a cada inmueble privado de allí desgajado (f. 20 a 53, c. 1), los adquirentes, como en el caso de la señora Mónica Andrea Arteaga, se constituyeron en deudores reales, pero entre ellos se conformó un litisconsorcio facultativo que, por serlo, implica que cada demandado se entiende como un litigante independiente en el proceso, sin que las circunstancias de cada uno redunden en provecho ni en perjuicio de los otros, como lo tenía señalado el artículo 50 del C.P.C., y lo reitera ahora el 60 del C.G.P.

En ese orden de ideas, si la única discusión que plantea el recurrente es que la interrupción que pudo operar respecto de la Promotora Inmobiliaria de Occidente S.A. se extiende a la sustituta llamada al proceso, porque ella aceptó asumir el gravamen cuando compró el inmueble, se cae por su propio peso, en la medida en que se trataría de un litisconsorcio facultativo y no de uno necesario, como equivocadamente se adujo en primera instancia. Y ya está dicho que por lo restringido del recurso de apelación, a la Sala le está prohibido ocuparse de otras cuestiones ajenas a la sustentación.

En consecuencia, debe prohijarse el fallo protestado, con la consecuente condena en costas al ejecutante en favor de Mónica Andrea Arteaga. Se liquidarán en primera instancia, siguiendo las reglas del artículo 366 del CGP, previa fijación en esta sede de las agencias en derecho.

**DECISIÓN**

En armonía con lo discurrido, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 10 de mayo de 2017 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, en este proceso ejecutivo hipotecario iniciado por Luis Eduardo Cadavid Sánchez contra la Promotora Inmobiliaria de Occidente SA, al que fue vinculada la señora Mónica Andrea Arteaga Mejía en calidad de demandada sustituta.

Costas en esta sede a cargo del recurrente y a favor de la señora Arteaga Mejía. Se liquidarán en primera instancia, siguiendo las reglas del artículo 366 del CGP.

Notificación surtida en estrados.

Los Magistrados,

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

1. Ver en este sentido, López Blanco, Hernán Fabio, Código General del Proceso - Parte General, Dupre Editores. Bogotá D.C. 2016, Págs. 822 y 823. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Sentencias C-365 de 1994; C-165 de 1999, expediente D-2188. [↑](#footnote-ref-2)