TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C. agosto diez de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación : 25899-31-03-001-2015-00155-01
Aprobado : Sala 21 de agosto 5 de 2021

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los demandados Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S. y Rafael Fernando Polo Quintana, contra la sentencia proferida por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá el 16 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

1. La demanda ejecutiva presentada el 20 de abril de 2015 por Administradores de Soluciones Financieras en contra de Ana Irma Martínez de Lozano, Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S. y Rafael Fernando Polo Quintana, pretendió el cobro coactivo de $150'000.000.oo, capital prestado en el contrato de mutuo suscrito el 08 de agosto de 2012[1], más intereses remuneratorios del 26% anual allí pactados.

Señalándose que en el mencionado día la actora prestó a Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S., a título de mutuo la mencionada suma pagadera en 10 mensualidades, haciéndose exigible la primera cuota el 27 de octubre de 2012, que al no ser cubierta por los deudores hizo exigible la totalidad del crédito, según lo convenido.

El documento fue suscrito por Ana Irma Martínez de Lozano como representante legal de la compañía Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S. y Rafael Fernando Polo Quintana como deudor solidario.

A la vez Ana Irma Martínez de Lozano como persona natural en la misma fecha suscribió un pagaré, con carta de instrucciones para su diligenciamiento, por la suma de $150.000.000.oo, a efectos de respaldar la obligación dineraria contraída en el contrato de mutuo; asimismo, Rafael Fernando Polo Quintana en la misma fecha como persona natural suscribió un pagaré con carta de instrucciones, para respaldar la obligación dineraria del contrato de mutuo, con un interés remuneratorio de 1.6% e interés moratorio de 2.4%, títulos que ninguno ha pagado.

2. Trámite.

Subsanada la demanda, con la precisión de estar realizando el cobro de lo "representado en el contrato de mutuo de fecha 08 de agosto de 2012", se libró mandamiento de pago por la suma

[1] Fl. 6 y 7 -03- expediente digital.

de $150.000.000.oo, más intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la superintendencia desde el 28 de octubre de 2012 hasta que se verifique el pago remuneratorio liquidados a la tasa máxima legal permitida desde el 28 de octubre de 2012 y hasta que se verifique el pago[2].

Ana Irma Aristizábal, en nombre propio y como representante legal de la compañía Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S., se notificó personalmente de la orden de apremio el 19 de mayo de 2017[3] y contestó oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que, "pagó anticipadamente la cuota correspondiente al 27 de octubre de 2012, por la suma de $19.900.000"*;* y que "si el capital adeudado tal y como aparece del contrato de mutuo y del pagaré, es la suma de $150.000.000.oo y si a dicha cantidad se le resta la suma de $19.900.000, quedaría un saldo a capital insoluto acelerado de ciento treinta millones cien mil pesos ($130.000.000) mcte y no la cantidad solicitada por la parte actora".

Que debía además descontarse la suma de $65.700.000.oo, que pagó a la demandante mediante varias consignaciones realizadas entre los años 2012 y 2013, que la actora desconoce los pagos efectuados y que los intereses corresponden a los certificados por la Superfinanciera, "atendiendo inicialmente que corresponde es al saldo insoluto y no a la totalidad del dinero que reclama".

Excepcionó "prescripción extintiva de la acción cambiaria"*,* señalando que "el pagaré con el que se inició la ejecución con fecha de creación 08-08-2012, tuvo su vencimiento del plazo anticipadamente en virtud de la cláusula aceleratoria, el día veintisiete de octubre de dos mil doce", por tanto, "los tres años de prescripción de la acción cambiaria directa del pagaré de que se trata se cumplirían el día veintiocho de octubre de dos mil quince (28/10/15), si la demanda no se hubiere presentado".

El mandamiento de pago debía notificársele dentro del año siguiente a partir del día diecisiete de julio de 2015, tenía la actora hasta el día 17 de julio de 2016 para notificar a sus demandados y fue ella notificada el 19 de mayo de 2017, por lo que "la acción cambiaria directa del pagaré base de la acción se encuentra cobijada por el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de la acción, por cuanto desde la fecha de vencimiento del plazo, a la fecha de presentación de la demanda y notificación personal de la demandada, respecto de la notificación por estado del mandamiento de pago, transcurrieron más de tres años, sin que se hubiere interrumpido la prescripción en la forma prevista por el artículo 94 del CGP, razón por la cual al tenor de lo previsto por el artículo 789 del Co de Co, la acción cambiaria directa, se encuentra prescrita".

Pérdida de intereses de plazo cobrados en exceso, aumentados en un monto igual. Pues en el contrato de mutuo se pactó un interés corriente o de plazo del 26% efectivo anual, esto es, 2.166 % mensual, y para esa fecha el interés corriente bancario máximo permitido cobrar estaba en 20.86% anual, esto es, 1.73% mensual, con lo cual el cobro de interés excedió en un 0.436%, que en su momento deberá aplicarse a los valores acreditados como pago parcial y saldo insoluto.

Pago Parcial. Pues como persona natural y/o como representante legal de la sociedad Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia, pagó a la actora la suma de $85.000.000.oo, en consignaciones que hizo desde el año 2012 a 2013, en la cuenta corriente No. 20145687469 de

[2] Fl. 51 -09- expediente digital.
[3] Fl. 143 expediente digital.

Bancolombia a nombre de DUBERSEG LTDA tal y como aparece de los comprobantes de consignaciones que allega.

Temeridad y mala fe. Pues no obstante estar acreditado el pago parcial y los intereses de plazo cobrados en exceso, se solicitó mandamiento de pago por la totalidad del capital de los pagarés y el contrato de mutuo.

Al descorrer el traslado, manifestó el actor que la base de la ejecución es el contrato de mutuo, que tiene un plazo prescriptivo de 5 años y por ello el documento no está prescrito. Que el cobro de los intereses es ajustado a derecho y que los aducidos pagos parciales, se soportan en consignaciones bancarias que no garantizan que se hayan realizado para la deuda contraída mediante contrato de mutuo, en tanto, entre las mismas partes existían otras obligaciones.[4]

Mientras que frente a las excepciones de mérito denominadas prescripción de la acción ejecutiva y cambiaria, propuestas por Rafael Fernando Polo Quintana, notificado personalmente de la orden de apremio el 23 de mayo de 2019[5], se corrió traslado en la audiencia inicial, oportunidad en la que se adecuó el trámite para tener las presentadas a través del recurso de reposición por oportunas, descorriendo el traslado la ejecutante manifestó que no había lugar a la prescripción, porque el cobro se soportaba en el contrato de mutuo y su término prescriptivo era de 5 años, conforme al artículo 2536 del C.C. y la demanda se interpuso en término y se notificó a la representante legal de Distribuidora de Aves El Rosal, antes de su configuración.

Decretadas y practicadas las pruebas, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 373 del código general del proceso, se corrió traslado para alegar y se sentenció la instancia.

3. La sentencia apelada.

El a-quo declaró fundada la excepción de pago parcial por la suma de $85.600.000.oo, e infundadas las demás excepciones, ordenó seguir adelante la ejecución atendiendo la excepción probada, la liquidación del crédito y condenó en costas a la parte demandada.

Reiteró que la base de la ejecución era el contrato de mutuo suscrito el 8 de agosto de 2012 siendo deudores Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S. y Rafael Fernando Polo Quintana, pero no por Ana Irma Martínez de Lozano, quien declaró carecía de legitimación en causa pasiva, pues como persona natural no había suscrito el título.

Preciso que, si bien la ejecutante de manera confusa aportaba unos pagarés restándole claridad a la demanda, de acuerdo con el mandamiento de pago "se asumió como que solo se trataba de la que deriva del contrato de mutuo, como en efecto correspondería, que no es un título complejo, por lo que es respecto de dicho título que cabe analizar su prescripción".

Estudiando la prescripción encontró que el término aplicable era de 5 años del artículo 2536 del C.C., y que no se configuraba el fenómeno, pues venció la última cuota del contrato de mutuo el 27 de julio de 2013 se formuló la demanda el 20 de abril de 2015, la acción prescribiría el 27 de julio de 2018.

[4] Fl. 263 C. 1 -67- expediente digital.
[5] Fl. 221 -58- expediente digital.

Pues si bien el mandamiento de pago se notificó a la actora por fuera del año dispuesto en el artículo 94 del C.G.P. y no alcanzó la presentación de la demanda a interrumpir el término prescriptivo, como la admisión se notificó a uno de los demandados solidarios el 19 de mayo de 2017, folio 143, antes de que operara el fenómeno prescriptivo, al tratarse de una obligación solidaria, operara la interrupción del fenómeno prescriptivo para todos los deudores solidarios, de acuerdo al artículo 62 del código general del proceso.

Respecto a la pérdida de intereses de plazo tampoco la encontró configurada, pues el interés remuneratorio fue convenido a la tasa efectiva anual del 26%, y en agosto del año 2012 estaba fijada por la resolución 080047 del 31 de junio del mismo año, en una tasa efectiva anual 30.02%.

Pero acreditada consideró la excepción de pago parcial, de la que daban cuenta los recibos de consignaciones obrantes de folios 147 a 154 que incluían 2 consignaciones a favor de dubert sec Ltda., asesores de seguros, folios 151 a 154 y el otro sí al contrato de mutuo, por valor de 85 millones 600 mil pesos, suma que deberá imputarse primero a intereses causados al momento de la liquidación del crédito y declaró infundada la denominada mala fe.

4. El recurso de apelación.

Sólo los demandados apelan de la decisión emitida.

4.1. Rafael Fernando Polo Quintana, al formular el reparo aduce que el a-quo no consideró los términos y fechas de la prescripción que debía, "que los términos de prescripción son pues tácitos, son expresos y efectivamente el despacho no hizo un análisis adecuado de dichos términos"

Y en su sustentación solicitó revocar la sentencia, porque el título ejecutivo se encuentra prescrito dado que "el contrato de mutuo tiene como fecha de exigibilidad 27 de octubre de 2012, la notificación personal del demandado se produce hasta el 23 de mayo de 2019, es decir, cuando ya han transcurrido más de 6 años ininterrumpidos y contados a partir de la fecha de exigibilidad de la obligación".

Y si bien en dicho lapso se interpuso la demanda, el mandamiento de pago no fue notificado al demandado dentro del año siguiente a que fuera comunicada dicha providencia al demandante por parte del despacho al demandante en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 90 del C.P.C., es decir que pasaron más de seis años entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la notificación del mandamiento de pago al demandado Rafael Fernando Polo Quintana". Por lo que, la acción ejecutiva se encuentra prescrita.

Que se declaró infundada la excepción de prescripción de la acción cambiaria derivada de los títulos valores arrimados al proceso, "por considerarse que la obligación estaba era contenida en el contrato de mutuo y no en los pagarés, pero al observar el mandamiento ejecutivo, es claro observar que para librar dicho auto si fueron tenidos en cuenta como títulos valores que acompañaban el contrato de mutuo, se entendería que también se ejercitó la acción cambiaria derivada de los títulos valores, pero es claro que dicha acción cambiaria directa también se encuentra prescrita, dado que ya transcurrieron los tres años previstos para ello en el artículo 789 del Co de Co".

4.2. Mientras que Distribuidora de Aves el Rosal de Colombia S.A.S., solicita la revocatoria de la decisión, porque la prescripción de la acción ejecutiva no se interrumpió en los términos del artículo 94 del C.G.P., "por cuanto, el término de los cinco (5) años de la acción, corrieron ininterrumpidamente, bien desde el día 27 de octubre de dos mil doce -fecha de aceleración del plazo-, o desde, el día 27 de julio de 2013, fecha de vencimiento del plazo del contrato de mutuo".

Correlativamente, el término de los cinco años de prescripción corrió tranquilamente y sin interrupción de ninguna clase, respectivamente, hasta el día 27 de octubre de 2018, como quiera que el demandado Rafael Fernando Polo Quintana, se notificó personalmente del mandamiento de pago librado en su contra el 23 de mayo de 2019".

Y que "en nada incide para la operación del término de la prescripción alegada, la ocurrencia de los requisitos que exige el artículo 94 del C.G.P. por cuanto la demanda no se notificó al citado demandado Polo Quintana dentro del año siguiente, al día 16 de julio de 2015, fecha de notificación por estado al demandante del mandamiento de pago, de fecha 14 de julio de 2015".

Que para el 23 de mayo de 2019 fecha de notificación al demandado Polo Quintana ya había transcurrido ampliamente el término de 5 años de prescripción de la acción ejecutiva, sin que se hubiese interrumpido natural o civilmente.

Resaltando, que de conformidad con las previsiones del artículo 2540 del C.C. la interrupción de la prescripción al igual que la prescripción, aprovecha a uno o varios acreedores o deudores en su orden, siempre y cuando se trate de obligaciones solidarias o indivisibles como en el presente caso, en consonancia con el artículo 2513 del C.C. al tratarse de una obligación solidaria entre los demandados: Irma Martínez de Lozano y Rafael Fernando Polo Quintana, quienes se obligaron de igual manera y en el mismo grado, "la declaración de prescripción que se haga en favor de uno, beneficia al otro coobligado solidario, dado que no tiene sentido práctico, ni jurídico declarar prescrita la obligación en favor de un obligado y continuar respecto del otro".

CONSIDERACIONES

1. El análisis se inicia con observancia de las restricciones que la ley procesal le impone al ad-quem, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P., que señala que el recurso de apelación "*tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión",* y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, que éste "*deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio".*

2. Ahora bien, claro quedó desde el antecedente que del trámite se expusiera, que aunque con la demanda se aportaron dos pagarés suscritos por las personas naturales demandadas en favor de la ejecutante, con la inadmisión de la demanda se dejó establecido que la ejecución recaía únicamente sobre el contrato de mutuo, que los títulos valores eran sólo una garantía adicional que de ese contrato se había entregado por aquellos y no eran entonces objeto de la ejecución, aspecto que se reiteró en la etapa de fijación del litigio.

Por ello, nada más habrá de responderse al tardío reparo que en el punto eleva, sólo ante esta instancia, el demandado Rafael Fernando Polo Quintana pidiendo se declare probada la prescripción del pagaré por el signado, pues descartado estaba su estudio desde la forma como concreto de entrada el objeto de la ejecución, que se reiteró al fijarse el litigio al concluirse por el a-quo que éste "se encamina a la vía ejecutiva que se deriva del contrato de mutuo, más no, de sus pagares que de manera ambigua se aportaron con la demanda, descartando, por ende la acción cambiaria, no solo porque así se desprende de lo manifestado por el apoderado de la parte ejecutante al descorrer el traslado de las excepciones, sino porque además de los anexos de la demanda y de la causa petendi se desprende que se trata solo de una obligación emanada de un contrato de mutuo por la suma de $150.000.000" decisión con la que el extremo demandado se mostró de acuerdo[6].

Siendo, así las cosas, la alzada se contrae a definir si se configuró o no la prescripción del contrato de mutuo suscrito el día 8 de agosto de 2012, entre los Soluciones Financieras y los demandados Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia SAS y Rafael Fernando Polo Quintana, conforme lo plantean los recurrentes.

3. La solución de la alzada.

Para responder al reparo la Sala se detendrá en la regulación de la prescripción como fenómeno extintivo de la acción, precisando lo concerniente a la interrupción civil del cómputo de su término de configuración, para seguidamente caer en el caso particular y con ello resolver.

3.1. La prescripción, dice el artículo 2512 del C.C., es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercitado dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, siempre y cuando concurran los demás requisitos legales.

La prescripción es institución capaz de crear dos efectos jurídicos concomitantes y diferentes, siguiendo un común denominador, el transcurso del tiempo establecido por la ley con o sin, el ejercicio de actividad sobre cosa, derecho o acción, que comporta su extinción o adquisición.

Esa doble modalidad y común denominador la regulan los artículos 2512 y 2534 del C.C. pues, de su lectura se extrae que por medio de la prescripción no solo se puede adquirir una cosa ajena por haberse poseído durante un tiempo determinado y sin oposición de su propietario, sino, igualmente, extinguir una acción o un derecho cuando su titular no lo ejercita dentro de un tiempo determinado.

Pero también dispone el artículo 2539 del C.C., que la prescripción puede ser objeto de interrupción civil o natural. La primera, se produce por demanda judicial en contra del deudor en ejercicio de cualquiera de las acciones que la ley le otorga al acreedor para el caso de incumplimiento de aquél y se materializa con la notificación del demandado en los términos indicados por la ley procesal civil. (Artículo 94 del C.G.P.).

3.2. En el caso la demandante Soluciones Financieras, acompañó con el libelo un documento que demuestra la existencia de un título ejecutivo a su favor y a cargo de los convocados y

[6] Audiencia inicial minuto 33:16 a 34:36

obligados solidarios Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S., y Rafael Fernando Polo Quintana; contrato de mutuo de fecha 8 de agosto de 2012, señalado en los antecedentes, que se encuentra ajustado en cuanto a su formación, a las condiciones previstas en el artículo 422 del C.G.P, de cuyo contenido se desprende una obligación clara, expresa y actualmente exigible, proveniente de los ejecutados, que además se presume autentico, idóneo para acceder al proceso de ejecución.

La obligación cuyo pago se convino realizar en cuotas mensuales cuya última cuota vencía el 27 de julio de 2013 se hizo exigible a partir de ese día, pues, aunque tenía pactada la opcional cláusula aceleratoria a partir del primer incumplimiento, esta no se hizo efectiva y sólo se demandó el día 20 de abril de 2015.

Pues por tratarse de un título ejecutivo contenido en un contrato de mutuo a interés, el plazo perentorio en que debe ejercerse la acción so pena de que prescriba, lo fija el artículo 2536 del C.C., en cinco años.

3.3. Si la obligación se hizo exigible el día 27 de julio de 2013, la demanda presentada el día 20 de abril de 2015 lo fue cuando ya estaba corriendo el término de prescripción de la obligación, pues vencía el 27 de julio de 2018 en que se cumplirían los 5 años señalados en la ley.

Ahora si el mandamiento de pago se profirió el 14 de julio de 2015 y se notificó por estado al extremo ejecutante día 16 de julio de 2015, para que la presentación de la demanda tuviese el efecto interruptor del cómputo de la prescripción de la acción ejecutiva se requería, conforme lo regula el artículo 94 del C.G.P., que la demanda se notificara a los demandados dentro del año siguiente al de la notificación del mandamiento de pago al demandante.

Y como la persona jurídica demandada Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S., se notificó a través de su representante legal el día el 19 de mayo de 2017 y el demandado Rafael Fernando Polo Quintana el 23 de mayo de 2019, esto es, después del año de notificado el demandante, el libelo demandatorio no tuvo el efecto interruptor de la prescripción de la acción ejecutiva.

Pero ocurre que cuando ello acontece, el determinar si la prescripción de la acción no interrumpida con la demanda se consolida o se interrumpe, dependerá del momento en que se haya notificado a los demandados del auto admisorio de la demanda, pues ya no será el día de presentación del escrito demandatorio, sino el día de notificación al demandado el que marque el hito que permita determinar si prescribió o no la acción, así lo dispone el propio artículo 94 del C.G.P. que reza "*pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado*".

En el caso, para el día 19 de mayo de 2017 en que se notificó a la demandada Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S., del mandamiento de pago, la acción ejecutiva no estaba aún prescrita pues el término de cinco años, contado a partir del día en que se hizo exigible la obligación cobrada, se cumplía el día 27 de julio de 2018.

De donde se concluye que la invocada excepción de prescripción de la acción no alcanzó a configurarse, pues se interrumpió su cómputo porque se notificó a través de su representante

legal a la demandada, el día el 19 de mayo de 2017, antes del 27 de julio de 2018 en que aquel termino vencía.

Y aunque al otro demandado Rafael Fernando Polo Quintana se notificó vencido el término de los cinco años, el 23 de mayo de 2019, lo cierto es que, para él, en su condición de obligado solidario en el pago de aquella acreencia, la interrupción de la prescripción que operó respecto de la otra obligada solidaria, por mandato del artículo 2540 del C.C., se le comunica o hace extensiva.

Pues reza el artículo 2540 modificado por el artículo 9 de la ley 791 de 2002 que *"la interrupción que obra a favor de uno o varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en los términos del artículo 1573, o que la obligación sea indivisible."*

Ninguna incidencia tiene entonces en la no configuración del fenómeno prescriptivo que los demandados excepcionaron, la tardía notificación del mandamiento de pago a Fernando Polo Quintana, pues al haberse interrumpido la prescripción con la notificación de la otra obligada solidaria, antes del vencimiento del término de cinco años desde que se hizo exigible la obligación, por mandato del artículo 2540 del C.C., la interrupción de la prescripción se hizo a él extensiva.

No resulta entonces de recibo el reparo de los ejecutados que aludiendo a su condición de obligados solidarios pretenden que se derive del artículo 2540 del C.C., que esta prescrita la obligación para ambos, porque fue tardía la notificación del auto admisorio a Fernando Polo Quintana, al realizarse pasados más de cinco años desde que se hizo exigible, esto es, el 23 de mayo del año 2019, pues tal lectura desconoce los verdaderos efectos de la norma citada que impone la comunicabilidad de la interrupción de la prescripción, por la notificación en tiempo de la otra persona jurídica Distribuidora de Aves El Rosal de Colombia S.A.S., desde el 19 de mayo de 2017.

Por lo que la decisión apelada que así lo concluyó será confirmada, pues confluyen en este evento las condiciones necesarias para tener interrumpido el término de prescripción extintiva del crédito cobrado respecto de todos los deudores.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en Sala de decisión Civil – Familia, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR por las motivaciones expuestas, la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá.

Condenar en costas a los demandados, para lo que se fija como agencias en derecho la suma de de $1.900.000.oo, liquídense por el a-quo.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS **JAIME LONDOÑO SALAZAR**

GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ