

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA**

MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, treinta (30) de noviembre del año dos mil veinte (2020).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala, resolver el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante, frente a la Sentencia dictada en primera instancia por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, en audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2019, dentro del proceso ejecutivo promovido por UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. - EMTEL E.S.P.

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

Solicitó la ejecutante, UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., librar mandamiento de pago en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. - EMTEL E.S.P., por el saldo de la obligación contenida en el pagaré¹ base de recaudo, cuyo valor asciende a \$985.628.528, por concepto de capital, más los intereses moratorios causados desde el 06 de noviembre de 2015, hasta el 24 de mayo de 2016, por valor de \$141.277.188, y los generados desde el 25 de mayo de 2016, hasta la fecha efectiva del pago, en razón a las tasas fijadas por la Superintendencia Financiera.

¹ Folio 32. Cuaderno 1.

LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

Para la Sala tienen la calidad de hechos y es relevante reseñar los siguientes:

1. El 27 de mayo de 2013 la ejecutada suscribió un pagaré en favor de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. por valor de \$2.659.825.749, exigible en instalamentos de 48 cuotas mensuales por valor de \$55.413.036 cada una, pagaderas dentro de los primeros 5 días hábiles de cada mes, iniciando en el mes de junio de 2013 y pactando en su cláusula cuarta, la aceleración del vencimiento del plazo (cláusula aceleratoria) cuando el deudor *"entre en mora o incumpla cualquiera de las obligaciones"*.

2. Desde el 05 de noviembre de 2015, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. - EMTEL E.S.P. se encuentra en mora por incumplimiento de sus obligaciones, adeudando el valor de \$985.628.528 y dando derecho al acreedor, desde esa fecha, al ejercicio de la cláusula aceleratoria pactada.

LA POSICIÓN DE LA EJECUTADA

Frente al mandamiento de pago librado en su contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. - EMTEL E.S.P., por medio de apoderado judicial, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que ha realizado abonos por valor de \$1.866.948.734 a la obligación pactada en el pagaré, quedando como saldo insoluto el correspondiente a \$792.877.001 y no, el valor señalado en el líbello introductorio, todo lo anterior, de acuerdo al *"anexo 2"*² del dictamen pericial rendido en el marco del proceso de controversias contractuales adelantado ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca entre las mismas partes.

Además de lo anterior, alega que la acción se encuentra prescrita toda vez que la demanda no fue presentada dentro de los 3 años siguientes al 10 de junio de 2013, fecha en la que se configuró el incumplimiento por

² Folio 167. Cuaderno 1.

parte de EMTEL E.S.P., y consecuentemente se activó la cláusula aceleratoria. Adicional a ello, el cobro del pagaré no puede hacerse por vía ejecutiva por cuanto es objeto de discusión dentro de los incumplimientos del Contrato Marco No. 080415097 a través del precitado medio de control, operando una novación, por lo que, de reconocerse en este proceso se daría lugar a un doble cobro.

Finalmente explica que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., no puede proceder a ejecutar por cuotas no vencidas ya que no constituyó en mora al deudor siendo una obligación legal hacerlo para darle a conocer su voluntad de efectivizar la cláusula aceleratoria.

Como excepciones de fondo formuló: "*pago parcial*", "*prescripción*", "*negocio jurídico que dio origen a la creación del título valor*", "*falta de requerimiento para constituir en mora*" y "*genérica*".

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *A Quo*, en audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2019, dictó sentencia declarando probada la excepción de mérito de "*pago parcial*" formulada por la ejecutada en contra del mandamiento de pago; en consecuencia, ordenó seguir adelante con la ejecución por valor de \$792.877.001, dispuso el avalúo y remate de los bienes y la liquidación del crédito, advirtiéndolo a las partes entre otras cosas, que los intereses moratorios del saldo insoluto de la obligación se causarían desde el día siguiente a la notificación personal³ de la demanda.

En la motivación del fallo explicó con suficiencia, las razones por las que no declaraba probadas las restantes excepciones de mérito, y, frente a lo que aquí interesa reseñar por ser materia de discusión, señaló que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. optó por el ejercicio de la cláusula aceleratoria contenida en el pagaré suscrito el 27 de mayo de 2013, observando lo dispuesto en el artículo 423, inciso 3° del artículo 431 del C.G.P, en

³ Folio 92. Cuaderno 1.

concordancia con el inciso 2° del artículo 94 ibidem, y, 1608 del Código Civil. Concluye entonces, que esa facultad contractual se materializó con la presentación de la demanda y su notificación a la parte deudora, siendo este el momento en que la parte ejecutada se enteró a ciencia cierta que su acreedor decidió hacer uso de la misma y momento a partir del cual se generan los mentados intereses de mora.

LA APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la decisión, la ejecutante UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando modificar el numeral 5° de la sentencia de primera instancia, referente a la fecha de causación de los intereses moratorios del saldo insoluto de la obligación para efectos de la liquidación del crédito, y en su lugar señalar que aquellos son exigibles desde el 06 de noviembre de 2015, calenda en la que se hizo efectiva la cláusula, de manera automática.

Al desarrollar -por escrito - los reparos concretos que formuló al interponer el recurso, planteó que el despacho desconoció la realidad del negocio jurídico, porque la constitución en mora no necesitaba de requerimiento alguno, sino que operaba automáticamente, debiéndose reconocer ello en la sentencia y en la liquidación del crédito. Esto en el entendido que en el presente caso, el requerimiento en mora debe seguir la regla consagrada en el numeral 1° del artículo 1608 del Código Civil, dado que en el pagaré no se estableció ninguna exigencia de constituir en mora al deudor, vía reconvención judicial y por ello, ésta se entiende automática en el preciso instante en que el acreedor hizo uso de la cláusula aceleratoria y declaró vencido el plazo, el día 05 de noviembre de 2015, cuando EMTEL E.S.P. incumplió con sus obligaciones y, por tanto, se encuentra en mora desde el día siguiente, es decir, desde el 06 de noviembre de 2015.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. -SANIDAD PROCESAL: No se observa vicio o irregularidad que invalide lo actuado y que deba oficiosamente declararse.

B. -PRESUPUESTOS PROCESALES. Se advierte que las exigencias necesarias para que se estructure la relación jurídico-procesal se cumplen cabalmente y ello permite adoptar decisión de fondo. El Juzgado de primera instancia era el competente para emitir la decisión de primera instancia, en razón a la cuantía y domicilio de la ejecutada; la capacidad para comparecer se observa cumplida por cuanto las partes, personas jurídicas, actúan a través de sus representantes legales, quienes han otorgado poder a profesionales para el adecuado ejercicio del derecho de postulación; se acata también el requisito de la demanda en forma por cuanto el escrito que la contiene cumple con las exigencias básicas señaladas en los artículos 82 a 84 del C.G.P y las especiales previstas en el artículo 422 y siguientes *ídem*, dado que se anexa el soporte del pedimento ejecutivo.

C. -LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Le asiste legitimación por activa a la persona jurídica ejecutante y por pasiva a la empresa ejecutada, en razón a las obligaciones que adquirió con la suscripción del título base de recaudo y cuyo cobro compulsivo se persigue.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Bajo las anteriores precisiones, acorde con lo resuelto por el *a quo*, y especialmente, conforme a los motivos expuestos por la apelante, corresponde a la Sala resolver el siguiente interrogante:

¿Debe modificarse el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar ordenar que la liquidación de los intereses moratorios del saldo insoluto de la obligación ejecutada, se realice en la forma indicada por la parte recurrente, esto es, desde el 06 de noviembre de 2015?

TESIS DE LA SALA. Al anterior cuestionamiento se responde en forma negativa. Contrario a lo señalado por la parte ejecutante aquí apelante, en el ejercicio de la cláusula aceleratoria facultativa, si se requiere constituir en mora al deudor, constitución que se entiende realizada en la fecha en que se notificó a la parte ejecutada del respectivo auto de mandamiento de pago. A la anterior conclusión se llega con apoyo en las siguientes consideraciones:

PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO AL EJERCICIO DE LA CLÁUSULA ACELERATORIA Y LA CONSTITUCIÓN EN MORA AL DEUDOR.

EL TÍTULO EJECUTIVO: En términos generales es el documento público o privado en el cual se encuentra reconocido un derecho de manera clara, expresa y exigible, que en caso de ser insatisfecho habilita al acreedor para hacerlo efectivo mediante un proceso ejecutivo; por su parte el Código General del Proceso, en el artículo 422 exige, para efectos del cobro coercitivo, la presencia de una obligación expresa, es decir que se encuentre determinada por escrito, clara, esto es que no genere dudas y exigible, bien sea pura y simple o, si se trata de obligaciones condicionales o a plazo, que la condición este cumplida o que el plazo se haya vencido; se requiere además, que provenga del deudor o de su causante y que el documento constituya plena prueba contra el deudor.

LOS TÍTULOS VALORES: Definidos, clasificados y regulados en el Código del Comercio⁴, son documentos que prestan mérito ejecutivo, son actos jurídicos que contienen declaraciones de voluntad hechas de manera irrevocable y de forma unilateral, negociables por medio de procedimientos especiales según la clase de título valor que se trate.

El artículo 619 del C. del Co., nos dice que son documentos necesarios para legitimar el derecho literal

⁴ Libro Tercero, Título II del Código de Comercio.

y autónomo que en ellos se incorpora; la *incorporación*, característica esencial, es la relación permanente e indisoluble entre el derecho y el título desde su nacimiento hasta su extinción, por lo que para exigir el derecho se hace necesario exhibir el título, la *literalidad* permite reclamar sólo lo que está escrito en el título y la *legitimación*, desde el aspecto activo, indica que el tenedor genuino puede exigir la prestación correspondiente, y por el pasivo, que el deudor al realizar el pago se libera de la obligación. Conforme a la *autonomía*, quien adquiera de buena fe el título valor, adquiere un derecho originario no derivado, la obligación de cada suscriptor es independiente y distinta de los demás suscriptores.

Además de los requisitos especiales de cada título valor, estos deben tener la mención del derecho incorporado, la firma de quien lo crea, lugar de cumplimiento del derecho y lugar y fecha de creación.

OBLIGACIONES A PLAZO CONTENIDAS EN TITULOS VALORES/EJERCICIO DE LA CLÁUSULA ACELERATORIA.

Las obligaciones a plazo son aquellas v.g. cuya eficacia depende de un día cierto, de manera que el señalamiento de una fecha concreta determina el comienzo o la cesación de sus efectos. Esta fecha se denomina *término* y se caracteriza por la certeza de su acaecimiento. En otras palabras, al tenor del artículo 1551 del C.C., el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación.

Cuando este tipo de obligaciones son pactadas en títulos valores, ello resulta trascendente a la hora de evaluar el día desde el cual empieza a correr la prescripción de la respectiva acción cambiaria a favor del acreedor y en contra del deudor que no honró el pago en la fecha o fechas estipuladas.

De estar acordadas en instalamentos, se deberá verificar en cada caso las fechas de vencimiento de cada una las cuotas, independientemente las unas de las

otras. Esto en atención a que son obligaciones que vencen parcialmente en distintos días, cuyo pago se hace de la misma manera como está reglamentado su vencimiento y en el cual el fenómeno extintivo para el ejercicio del derecho del acreedor, ofrece entonces, varias fechas de iniciación y terminación.

Al margen de lo anterior⁵, en términos generales, se ha aceptado que puede pactarse una cláusula que acelere o anticipe su exigibilidad, tal y como lo faculta el artículo 69 de la Ley 45 de 1990, en los siguientes términos:

*"Artículo 69. Mora en sistemas de pago con cuotas periódicas. Cuando en las obligaciones mercantiles se estipule el pago mediante cuotas periódicas, **la simple mora del deudor en la cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario.** En todo caso, cuando en desarrollo de lo previsto en este artículo el acreedor exija la devolución del total de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando comprendan sólo intereses". (Negrita y subrayas fuera de texto).*

CLÁUSULA ACELERATORIA/CARÁCTER ACCIDENTAL: AUTOMÁTICA O FACULTATIVA⁶.

En este contexto, la cláusula aceleratoria se muestra como una estipulación contractual, en virtud de la cual

⁵ Al respecto, algunos autores consideran que la cláusula aceleratoria no corresponde a "ninguna de las modalidades de vencimiento previstas en el Código de Comercio para los títulos-valores, su inclusión impide que se produzcan los efectos y se den las prerrogativas propias de dichos títulos" Cita realizada por el autor del libro "Los Títulos Valores en el Código de Comercio", 3 a ed., Bogotá, Edit. Temis, 1980. Jorge Suescún Melo", quien considera que, contrario a ello, "la cláusula aceleratoria es el complemento lógico e indispensable o el instrumento necesario de los títulos que contengan vencimientos múltiples o escalonados, pues la exigibilidad anticipada, tanto del derecho principal incorporado como de sus accesorias, es el único mecanismo que preserva en debida forma los intereses del tenedor frente al incumplimiento del deudor".

⁶ Distinción realizada también en la doctrina. Al respecto, Quintero Libardo en su texto de investigación "Algunos aspectos fundamentales en la Teoría General de los Títulos Valores en Colombia". Revista CES Derecho Vol. 10 No. 02, julio - diciembre de 2019, 654 -674.

"se otorga al acreedor el derecho de declarar vencida anticipadamente la totalidad de una obligación periódica. En este caso se extingue el plazo convenido, debido a la mora del deudor, y se hacen exigibles de inmediato los instalamentos pendientes"⁷. Por tanto, su funcionamiento depende de la condición consistente en el incumplimiento del deudor, así como en la decisión del acreedor de declarar vencido el plazo de la obligación.

Bajo este entendido, se ha explicado doctrinariamente⁸, que esta cláusula de carácter accidental, puede ser: **automática** o **facultativa**. La primera opera de manera mecánica con el solo hecho del incumplimiento del deudor, teniéndose por extinguido el plazo pactado para exigir de inmediato la devolución de la totalidad de lo debido. La segunda, faculta, permite o autoriza al acreedor, para que, en las circunstancias anteriormente descritas, opte por hacer o no hacer efectiva la totalidad de la acreencia insoluta.

Desde luego, a la forma de pactar uno u otro tipo de aceleración en títulos valores o en documentos diferentes que contengan obligaciones con pagos periódicos, le son aplicables las reglas generales de los contratos, a saber, entre otras, que deben ser celebrados y ejecutados de buena fe y obligarse a lo acordado expresamente en ellos (artículo 1603 C.C.), porque legalmente celebrados se convierten en ley para las partes (artículo 1602 C.C.) puesto que devienen del concurso real de dos o más voluntades, expresadas en la *autonomía de la voluntad* que, salvo que esté precedida de un vicio que la invalide, tiene perfecta aceptación en nuestros estatutos civiles y comerciales. Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado:

⁷ C.C. Sentencia C-332 del 29 de marzo de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Quintero Libardo en su texto de investigación "Algunos aspectos fundamentales en la Teoría General de los Títulos Valores en Colombia". Revista CES Derecho Vol. 10 No. 02, julio - diciembre de 2019, 654 -674.

*"Esta cláusula de aceleración, en criterio de la Corte, no contradice normas constitucionales, porque las partes contratantes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad pueden estipularlas libremente en sus negocios jurídicos, con el objeto de darle sentido o contenido material a los contratos, siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás, ni el orden jurídico que le sirven de base o fundamento, pues con ello se afectaría la validez del acto o del negocio jurídico"*⁹. (Subrayas fuera de texto).

EFFECTIVIDAD DE LA CLÁUSULA ACELERATORIA FACULTATIVA

Conforme lo expuesto, la cláusula aceleratoria se hace efectiva dependiendo del tipo de aceleración pactada, en consecuencia, si de cláusula facultativa se trata, esta **sólo** se hace efectiva cuando el acreedor exteriorice su voluntad de hacerlo.

Dicha manifestación se materializa con la presentación de la demanda o de algún otro modo, existiendo desde ese momento la oportunidad para computar el término prescriptivo para el cobro de la totalidad de la obligación o de su saldo insoluto, tal y como lo ha reseñado jurisprudencialmente, la H. Corte Suprema de Justicia:

*"(...) Por ser potestativo el uso de la cláusula aceleratoria el término prescriptivo empieza a correr cuando el acreedor la hace efectiva por medio de la demanda ejecutiva o de algún otro modo, lo que ocurrió en este caso con la presentación de la misma, hecho sucedido el 16 de noviembre de 2000, de donde se colige que a la fecha de notificación del mandamiento de pago a la demandada (15 de junio de 2001), no había transcurrido el término de tres años requerido para declarar la prescripción del mencionado título valor (art. 789 del C. de Co.)"*¹⁰. (Negrita y subrayas fuera de texto).

⁹ C.C. Sentencia C-664 del 08 de junio de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰ C.S.J. Expediente No. 110010203000200300010. Sentencia del 27 de enero de 2003. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

INTERESES MORATORIOS Y CONSTITUCIÓN EN MORA

Dejando de lado las discusiones existentes vía doctrinaria y jurisprudencial sobre la diferencia entre "exigibilidad y mora"¹¹, o "incumplimiento o retraso", la Sala destaca en términos simples, que la mora puede referirse a la tardanza en el cumplimiento de una obligación. Se incurre en mora, cuando una obligación no se cumple, debido al retraso, sea este imputable al deudor (*mora debitoria*) o al acreedor (*mora creditoria*). La mora supone entonces que, la obligación no es satisfecha en la oportunidad debida.

En tratándose de la mora atribuida al deudor, el artículo 1608 del C.C. señala:

"Artículo 1608. Mora en el deudor: El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

*3o.) **En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.**"* (Negrillas fuera de texto)

Dicha preceptiva regula a su vez, la forma y oportunidad para constituir en mora, puesto que, dispone como regla general, que se necesita requerimiento judicial para que el deudor sea considerado en mora, y solamente a partir de cuándo se efectúe la reconvención por el juez - o de algún otro modo -, se causan los perjuicios moratorios que, en el caso de incumplimiento en el pago de sumas de dinero, se reparan mediante el pago de los intereses de mora.

¹¹ Al respecto, por ejemplo, CSJ. Sentencia del 10 de julio de 1995, Exp. 4540, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

Así las cosas, cuando se emplea la cláusula aceleratoria facultativa al depender su ejercicio, no sólo del incumplimiento del deudor sino también de la voluntad del acreedor de hacerla efectiva, es necesario el requerimiento para la constitución en mora del deudor, porque dicha facultad unilateral concedida para extinguir anticipadamente el plazo por el incumplimiento del deudor, como potestad que es, no opera automáticamente, su ejercicio es un acto dispositivo del acreedor, que puede o no usar, y requiere la manifestación expresa en tal sentido.

De esta forma, cuando la mentada potestad se materializa si no es de otro modo, a través de la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor se torna judicial, por lo que los efectos de la mora se surtirán desde la notificación personal del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, acorde a lo señalado en el inciso 2° del artículo 94 C.G.P. en consonancia con el artículo 423 ibidem, que establece:

"Artículo 423. Requerimiento para constituir en mora y notificación de la cesión del crédito: La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación". (Negrita y subrayas fuera de texto).

CASO CONCRETO:

-En el *sub júdice*, se observa que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. - EMTEL E.S.P., el 27 de mayo de 2013, suscribieron un pagaré que contiene una obligación pactada en instalamentos de 48 cuotas mensuales pagaderas dentro de los 5 primeros días hábiles de cada mes iniciando desde junio de 2013; la que obra de forma clara, expresa y exigible en favor de la primera y a cargo de la segunda, y, en virtud del

cual, en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, pactaron dentro de su clausulado, la estipulación de hacer efectiva la aceleración del plazo de la obligación, en los siguientes términos:

"Cuarta. -CLÁUSULA ACELERATORIA: el tenedor legítimo del presente pagará podrá declarar vencidos la totalidad de los plazos de esta obligación o de las cuotas que constituyan el saldo de lo debido y exigir su pago inmediato ya sea judicial o extrajudicialmente, cuando el deudor entre en mora o incumpla una o cualquiera de las obligaciones derivadas del presente documento." (Negrita y subrayas fuera de texto).

-De lo anterior se colige, que entre las partes se pactó el ejercicio de la **cláusula aceleratoria facultativa**, toda vez que, en dicha representación de voluntad, otorgaron la **facultad o potestad al acreedor**, de hacer o no hacer efectiva dicha aceleración del plazo una vez ocurriera el incumplimiento por parte del deudor. Ello porque, además, no se estipuló tener por extinguido de manera automática el plazo pactado y exigir de inmediato su devolución. Contrario a ello, se expresó que el acreedor "podrá" hacer uso de ella, otorgándole a la cláusula un carácter meramente optativo, ocasional, voluntario y discrecional, en aras que, si así lo determinaba, hiciera uso de la misma para el respectivo cobro compulsivo frente a aquél que no consumó cualquiera de las obligaciones pactadas.

- Incluso, agrega la Sala, puede abundarse en razones, acudiendo a las fuentes legales contenidas en los estatutos civil y comercial a las que se hizo referencia en líneas anteriores, preceptos bajo los cuales - artículo 1602 del C.C. - *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*, y, - Artículo 626 del C.Co.- *"El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia."*, por ende, otorgarle a la cláusula aceleratoria el efecto automático que enrostra la parte apelante, es

desconocer aquél facultativo que los intervinientes en la operación de crédito le dieron, en uso de la autonomía de su voluntad, última que campea en materia civil y comercial, siempre que no contraríe disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.

-Clarificado lo anterior, debe subrayarse entonces, que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. decidió hacer uso de la mencionada facultad otorgada en el pagaré, la que en este caso, se entiende materializada con la presentación de la demanda ejecutiva - y no antes -, presentación hecha ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca el día **25 de mayo de 2016**¹², líbelo en el que paralelamente, y, en atención a lo preceptuado al inciso 3° del artículo 431 del C.G.P.¹³, la ejecutante precisó que EMTEL E.S.P. incumplió con sus obligaciones desde el día 05 de noviembre de 2015¹⁴,.

-A partir de dicha presentación, el acreedor hizo uso de su derecho a cobrar el saldo insoluto de la obligación, y, coetáneamente se activó el computo del término prescriptivo¹⁵ de que trata el artículo 789 del Código de Comercio¹⁶, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2535 del Código Civil¹⁷.

- En ese hilo conductor, es importante destacar, que la citada presentación de la demanda, en todo caso, no

¹² Folio 37. Cuaderno 1.

¹³ "Cuando se haya estipulado cláusula aceleratoria, el acreedor deberá precisar en su demanda desde qué fecha hace uso de ella".

¹⁴ Folio 1. Cuaderno 1.

¹⁵ "Por ser potestativo el uso de la cláusula aceleratoria el término prescriptivo empieza a correr cuando el acreedor la hace efectiva por medio de la demanda ejecutiva o de algún otro modo" (Cfme. sentencia de 27 de enero de 2003, exp. 00010)" Cita realizada en Sentencia del 03 de julio de 2007, exp. 1100102030002007-00912-00 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁶ ARTÍCULO 789. <PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA>. La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

¹⁷ARTICULO 2535. <PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA>. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible. (Negrillas fuera de texto).

abarca per sé la constitución en mora del deudor, siendo necesario su requerimiento, que, al ser judicial, se suple con la notificación del mandamiento de pago, último que en el presente asunto se efectuó el **04 de julio de 2019**¹⁸ y razón por la que el Juez de primera instancia, señaló que la causación de los intereses moratorios frente al capital acelerado, tuvo ocurrencia a partir del día siguiente a esa notificación, es decir, "**desde el 05 de julio de 2019**".

-Así, y como la apelación se circunscribe únicamente a la discusión respecto a la fecha en que deben generarse los intereses de mora frente al capital acelerado (máxime porque frente a este no se causan los de plazo, el que ya no existe al estar precisamente extinguido), debe advertirse bajo el análisis ya realizado y a la luz del problema jurídico y la tesis planteada por el despacho, varios aspectos que también se tornan relevantes a saber:

-En el caso concreto, se debe hacer especial referencia al trámite surtido al interior de proceso, pues en él acaeció una circunstancia especial que significó que, entre la presentación de la demanda, el auto de mandamiento de pago y la notificación de la parte ejecutada, transcurriera un largo periodo de tiempo (**aproximadamente 3 años**), lo cual se explica porque:

-Presentada la demanda el 25 de mayo de 2016 ante el Tribunal Contencioso Administrativo, la misma fue remitida por falta de competencia a los Juzgados Civiles, mediante auto calendado el 11 de octubre de 2016¹⁹ el cual fue impugnado mediante recurso horizontal, por UNE EPM TELECOMUNICACIONES según escrito del 18 de octubre²⁰ de la misma anualidad.

¹⁸ Folio 92. Cuaderno 1.

¹⁹ Folio 39. Cuaderno 1.

²⁰ Folio 44. Cuaderno 1.

-Dicho recurso solo vino a resolverse mediante providencia que data del 20 de mayo de 2019²¹ y dio lugar a que el 10 de junio de esa anualidad²², el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán avocara conocimiento del asunto y librara mandamiento de pago en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. - EMTTEL E.S.P., surtiéndose la notificación a la parte demandada el 04 de julio de 2019.

-No obstante, lo anterior, y aunque la Sala no pasa inadvertido lo sucedido en cuanto al tiempo que, sin culpa del acreedor, transcurrió para que se librara el respectivo mandamiento de pago y, por ende, se generara la carga a él atribuible de notificar a la parte ejecutada, lo cierto es que, dicho tiempo no puede descontarse en su favor, para generar intereses moratorios a partir de un hito distinto al determinado por el A Quo.

-Tal como se expuso, en este caso, la ejecutante optó por extinguir el plazo convenido a fin de hacer exigibles - prematuramente - los instalamentos pendientes de pago por parte del obligado cambiario, quien no honró sus obligaciones; luego, el incumplimiento del deudor, era un hecho futuro e incierto al momento de la celebración del respectivo contrato (instante para el cual el acreedor no sabía si el deudor observaría o no sus compromisos en las oportunidades previstas), tornando esa circunstancia en una condición - negativa y resolutoria - cuyo acaecimiento finiquitó el derecho del deudor de recibir los aludidos plazos (Artículo 1536 del C.C.) pero, supeditó a la voluntad del deudor el declararlo vencido anticipadamente.

-La circunstancia anterior no es de poca monta, pues al no advertirse normas sobre títulos valores que contengan reglas especiales sobre la constitución en mora al deudor, debe acudirse a lo preceptuado en el

²¹ Folio 54. Cuaderno 1.

²² Folio 88. Cuaderno 1.

referido artículo 1608 del Código Civil, el cual regula la forma y oportunidad de la constitución en mora. Dicho artículo dispone, según se reseñó, una regla general relativa a que se necesita requerimiento judicial para que el deudor sea considerado en mora, lo que trae como consecuencia, que solo a partir la reconvención efectuada por el juez se causen los perjuicios moratorios que, en el caso de incumplimiento en el pago de sumas de dinero, se reparan mediante el pago de los intereses de mora, máxime porque aquí no se presenta ninguna de las excepciones que consagra ese artículo a fin de evitar esa constitución.

- Parece también equilibrado, útil, proporcional, necesario y de elemental justicia en ejecución al principio de buena fe contractual, que quien esté obligado al pago de esos perjuicios moratorios tenga el conocimiento frente al vencimiento del plazo por cuenta del acreedor, a fin que la carga gravosa que le representan los intereses, pueda eventualmente hacerse menos onerosa si decide pagar rápidamente lo cobrado. Por sabido se tiene que la mora - como retraso, retardo - o incumplimiento provisional de la obligación, es una especie de infracción al derecho de crédito que requiere que no se haya efectuado el cumplimiento, pero, debe tratarse de una obligación que pueda ser cumplida así sea tardíamente, persistiendo el acreedor en ese cumplimiento, si ello no es así, no estaríamos hablando de una obligación incumplida y por ende ya no habría mora en su cumplimiento, razón misma por la que el acto de constitución, viene a materializar el derecho del deudor a conocer la ocurrencia de la extinción, o, al deseo del acreedor de no tolerar el retraso en el cumplimiento y el momento en que esa tolerancia queda diluida.

-Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

... "La mora ... supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la

cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, sólo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento éste a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios..."²³.

-Tampoco estamos aquí en un caso donde el deudor no hubiese sido interpelado por causas imputables a él, por ende, aceptar que la sola presentación de la demanda absorbe el deber del acreedor de constituir en mora al deudor, haría anodina la estipulación del artículo 423 e impondría una interpretación inconsulta de la mora como título jurídico para hacer efectivo el cobro de perjuicios a los que tiene derecho el acreedor, pero previo enteramiento al deudor.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA,**

RESUELVE:

PRIMERO: **Confirmar** el numeral 5° de la Sentencia dictada en primera instancia por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, en audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2019, dentro del Proceso Ejecutivo, promovido por UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN - EMTEL E.S.P., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte ejecutante aquí apelante. Fijar como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV.

TERCERO: En firme vuelva este asunto al juzgado de origen.

Los Magistrados,

²³ CSJ, Sentencia del 10 de julio de 1995, Exp. 4540, M.P. Pedro Lafont Pianetta.



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA



DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN