

COSA JUZGADA /Carácter- No admite adelantar otro proceso ni expedir nuevo pronunciamiento./**COSA JUZGADA**/ Requisitos- Se requiere la existencia de identidad de objeto, de causa petendi y de partes para que se configure/ **COSA JUZGADA**- No es absoluta.

Así entendida, la cosa juzgada confiere a las providencias que determine el ordenamiento jurídico el carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento.(...)

“ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)” (Subraya fuera de texto.) Art. 303 CGP

TÍTULO EJECUTIVO - El funcionario judicial, aun de oficio, debe efectuar un control de legalidad sobre el título que se aporta como base de recaudo ejecutivo.

Relacionado al tópico, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción puntualizó:

“..., toda acción de naturaleza ejecutiva iniciada ante la jurisdicción debe prevalerse de un “documento” que, erigiéndose en plena prueba contra el deudor, acredite la existencia de una obligación a su cargo, clara, expresa y exigible, según lo impone el artículo 488 de la ley de ritos civiles. Tal es el sustrato jurídico-material que ha de existir en asuntos de la especie apuntada, a fin de que, desde un comienzo y paladinamente como corresponde, se halle mérito de ejecución en aquel y sea viable predicar el cumplimiento constreñido que en cada caso se reclama del sujeto pasivo de la relación negocial; es por lo anterior que dichos litigios son denominados como de “contradictorio diferido”, a consecuencia que el ejecutado recibe el proceso con una condena a costas, contrario sensu a lo que acaece en otros trámites, verbigracia, como los declarativos, razón que inexorablemente comporta el que no pueda emerger duda ninguna en torno a sí el documento aportado se erige o no como la debida acreditación que es menester para propiciar el pretense cobro obligatorio.

Por supuesto, corresponde al funcionario judicial, aun de oficio, efectuar un celoso escrutinio del título que se aporta en aras de que se le reconozca valor para ser ejecutado, esto es, debe mediar un control de legalidad sobre el mismo, según los parámetros de la norma de marras señalada, como quiera que el aludido “título ejecutivo” detenta un carácter sine qua non, por lo que, allegado con la demanda, deriva inmediatamente la legitimación de los extremos en pugna y, por tanto, la existencia y alcances del derecho que se pretende ejecutar...”

“Ahora bien, anteriormente se precisó que en ningún proceso ejecutivo hipotecario puede librarse mandamiento de pago, hasta tanto el juez verifique que se ha culminado la reestructuración del crédito conforme a las exigencias de la Ley 546

de 1999 y la Sentencia SU-813 de 2007. Ello se explica si se tiene en cuenta que en estos eventos la obligación aún no es exigible.”¹.

De lo que se colige que para poder librar mandamiento de pago deben confluir las exigencias establecidas en el Art. 488 del C. de P. C., como son que la obligación sea expresa, clara, exigible, que provenga del deudor o de su causante y que constituya plena prueba contra él; deteniéndose la Instancia en la exigibilidad, frente a ella la Corte Constitucional señaló como derrotero que no se cumplía con este presupuesto en aquellos eventos en los cuales el demandado incurriera en mora nuevamente después de la terminación de los procesos iniciados con anterioridad al 31 de diciembre de 1999, los cuales se dieron por terminados con la reliquidación del crédito si no se allegaba constancia de haberse efectuado la reestructuración.

DESISTIMIENTO - El auto que lo admite equivale integralmente a una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, incluyendo los efectos de cosa juzgada.

El Art. 342 del C. de P. C. dispone:

“El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso...”

De cara al acápite del canon en cita resaltado, la doctrina² ha precisado que el auto que admite el desistimiento equivale integralmente a que se hubiera dictado sentencia absolutoria, es decir desestimatoria de las pretensiones de la demanda incluyendo los efectos de cosa juzgada (...).

EXCEPCIONES- Pueden ser declaradas de manera oficiosa por parte del Juez de conocimiento.

“De otra parte, con relación a la actividad oficiosa del juez en materia de excepciones dentro del proceso, y en particular, como ocurrió en el caso de estudio, en que el Tribunal acusado declaró probada, de oficio, la excepción de inexistencia del título, la Sala considera que esta conducta se encuentra respaldada por las normas procesales.”³ (...)

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrada Ponente: Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO, nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013). REF. Exp. T. No. 11001-02-03-000-2013-00941-00

² HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, Procedimiento Civil, Tomo I, Décima Edición, DUPRÉ Editores, Pág.1021

³ Sentencia C-1335 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA MARTA

SALA CIVIL - FAMILIA

MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO
Magistrada Sustanciadora

Rad.47.001.31.03.004.2011.00099.01

En Santa Marta a los diecisiete (17) días del mes de agosto de 2016, siendo las cuatro y cinco (4:05) de la tarde, día y hora señalados para llevar a cabo la diligencia de audiencia de alegaciones y fallo, con el fin de resolver la apelación de la sentencia dictada el veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ejecutivo Hipotecario promovido por COMPAÑÍA DE GERENCIAMIENTO DE ACTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, hoy REBECA JIMÉNEZ DELGADO contra DILIA DEL CARMEN BUSTAMANTE DE CAMACHO, se constituyeron en audiencia pública los Magistrados MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO en calidad de Ponente y los doctores MARTHA ISABEL MERCADO RODRÍGUEZ y ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE como integrantes de Sala.

Se deja constancia que no se hicieron presentes las partes ni sus apoderados, toda vez que en primera instancia se realizaron los reparos concretos se procede a dictar la respectiva sentencia.

ANTECEDENTES

La mencionada compañía, a través de apoderada, presentó demanda ejecutiva hipotecaria a efecto que se librara en su favor mandamiento de pago, por las sumas contenidas en el pagaré No. 720-00606-3, más los intereses de plazo y

mora detallados, así como los moratorios tasados al máximo legal, a su vez, demandó la venta en subasta pública del bien inmueble hipotecado, para que con el producto de ello, se cancelen las sumas indicadas.

Como hechos se narraron los que a continuación se sintetizan:

Afirmó que por escritura pública número 2930 del 6 de agosto de 1996, la señora DILIA DEL CARMEN BUSTAMANTE DE CAMACHO constituyó hipoteca sin límite de cuantía, a favor de "CONCASA" sobre el inmueble ubicado en la Urbanización Villa Rosalía, identificado con el número 1 A, para garantizar el crédito otorgado por la CORPORACIÓN CAFETERA DE AHORRO Y VIVIENDA "CONCASA" por valor de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$ 25.000.000) equivalentes a DOS MIL SETECIENTOS SESENTA UNIDADES CON MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES DIEZMILÉSIMAS DE UNIDADES DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE UPAC, registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 080-52459, suma que recibió en calidad de mutuo constante representado en el pagaré No. 720-00606-3.

Indicó que dicho valor expresado en UPAC reducidos a moneda colombiana según equivalencia de la misma, el día de cada pago en 15 años, a partir del 9 de agosto de 1996 en 180 cuotas.

Expuso que la deudora realizó abonos parciales, pero se encuentra en mora desde el 9 de julio de 2003 y el título fue endosado a la entidad aquí demandante.

Sostuvo que como resultado del proceso de reliquidación de conformidad con lo dispuesto en la ley de vivienda, se determinó un "valor de alivio de \$ 7.321.265".

ACTUACIONES DEL JUZGADO

Repartida la acción, le correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, el cual, por auto del treinta y uno (31) de mayo de 2011 libró mandamiento de pago por el capital equivalente a \$75.400.100.34, más los intereses de plazo \$43.200.782.45 y \$38.388.026.34 intereses de mora, más los causados con posterioridad a la presentación de la demanda.

Igualmente se decretó el embargo del bien hipotecado identificado con matrícula inmobiliaria No. 080-52459, se ordenó la notificación de la decisión, informar de la misma a la Administración de Impuestos Nacionales y se reconoció personería jurídica a la apoderada de la parte activa. (F. 48-50).

Emplazada la demandada se designó curador Ad Litem, dictándose sentencia el 9 de marzo de 2012 en la que se decretó la venta en pública subasta del inmueble hipotecado, se ordenó la práctica de la liquidación de crédito, el avalúo y remate de los bienes y condenó en costas a la ejecutada. (F. 87-89)

Se continuó con las etapas del proceso, presentando la Compañía de Gerenciamiento de Activos S.A.S. en liquidación memorial mediante el cual efectúa cesión del crédito al GRUPO EMPRESARIAL ALIADOS S. A. S., la que fue aceptada el 12 de agosto de 2014. (F.148-149).

Previamente en cuaderno separado se propuso incidente de nulidad al indicarse en la carta de autorización para llenar el pagaré que la dirección para recibir notificación la señora Dilia Bustamante era la carrera 19 No. 24-43, la que fue despachada favorablemente a la

demandada el 12 de agosto de 2014; decisión contra la cual se formuló reposición y en subsidio apelación, manteniendo el despacho lo resuelto y accedió a la apelación en el efecto diferido el 13 de febrero de 2015, admitiendo el desistimiento de la alzada el 8 de mayo de 2015.

Notificada la ejecutada por conducta concluyente, esta por intermedio de abogado propuso excepción que denominó "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA", soportando en que el pagaré base de recaudo se hizo exigible en su totalidad el 27 de junio de 2005, fecha en la cual se extinguieron todos los plazos en virtud de la cláusula aceleratoria empleada con la presentación de la demanda por CISA, por lo que las acciones prescribieron el 27 de junio de 2008, es decir después de transcurrir tres (3) años; subsidiariamente invoca que las cuotas causadas hasta la fecha de notificación por conducta concluyente se encontrarían prescritas y solo serían exigibles 9 cuotas.

En este estado del proceso se allegó cesión del crédito del GRUPO EMPRESARIAL ALIADOS S. A.S. a REBECA JIMÉNEZ DELGADO, la que fue aceptada el 2 de octubre de 2015; posteriormente se convocó par el 28 de marzo de 2016 para realizar la audiencia prevista en el Art. 432 del C. de P. C. y se decretaron las pruebas que se practicarían en ella.

Llegado el día y la hora fijada, se aceptó la excusa presentada por el extremo pasivo, motivo por el cual no se agotó la etapa de conciliación, se continuó con las demás, en el que se recepcionó el interrogatorio de parte de la ejecutante, se corrió traslado para alegar de conclusión del que ambos extremos hicieron uso.

LA SENTENCIA APELADA

La A quo se abstuvo de seguir adelante la ejecución por no ser exigible la obligación reclamada y estar prescrita la misma, levantó la medida cautelar, al igual que las medidas de embargo de remanente de la Jurisdicción coactiva, condenó en costas a la ejecutante y se fijaron agencias en derecho.

Fincó su decisión en que en aplicación del precedente jurisprudencial, entre ellos la sentencia SU-813 de 2014, la cual contempla que en los asuntos relacionados con los títulos pactados en UPAC la obligación no será exigible hasta tanto no se verifique la respectiva reestructuración; aspecto que igualmente en auto del 18 de marzo de 2014 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, señaló que de no arrimarse al legajo la respectiva reestructuración no resultaba viable librar mandamiento de pago.

Aunado a que del estudio del título valor se observa que para el año 2005 conforme el folio de matrícula inmobiliaria consta medida cautelar decretada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad a favor de Central de Inversiones y en el título el respectivo desglose en el 2010, lo que evidencia que para el 2005, se hizo exigible la obligación.

Así las cosas, tal como lo acotara la Corte Suprema de Justicia se incurrió en vía de hecho al desconocer la voluntad de las partes, en torno a la posibilidad de declarar extinguido el plazo estipulado, lo que causa la respectiva exigibilidad de la obligación vencida con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, además que desde allí

comienza a contarse la prescripción como lo dice el Art.2535 del C. C.

La Corte en Sentencia del 29 de enero de 2014 dijo que por ser potestativa la cláusula aceleratoria, es decir que desde el año 2005 al 2011 había transcurrido inexorablemente el tiempo de prescripción previsto en el Código de Comercio, porque el término argumentado por la demandada ha fenecido, es decir prescribió la obligación, por lo que no se puede acceder a la venta en pública subasta, no ocurre lo mismo con la cancelación de la hipoteca al no ser un asunto que se ventile en este proceso sino el cobro de la obligación que se encuentra prescrito.

LA APELACIÓN

Inconforme con lo anterior el extremo activo presentó recurso de apelación, en el que esgrimió al ser la hipoteca un derecho de prenda constituida sobre inmuebles, que no deja por eso permanecer en poder del deudor es una garantía real que permite al acreedor embargarlo al vencimiento y hacerlo vender a pesar de estar en poder de un tercero y pagarse con preferencia a los demás acreedores; la cláusula aceleratoria es un pacto permitido en los contratos de mutuo para garantizar el cumplimiento del deudor, de tal suerte que habiéndose estipulado expresamente el incumplimiento de los mismos faculta al deudor declarar extinguido el plazo y exigir el pago de la totalidad de la obligación, la demandada realizó pagos parciales hasta el 9 de julio de 2003 y a la fecha de presentación de la demanda adeudaba \$75.400.100.34 por capital.

La ley 546 de 1999 en su Art. 19 estipula que solo se hace exigible la obligación con la

presentación de la demanda judicial, el deudor incumplió con su obligación, por lo tanto se hace exigible en su totalidad con el presente proceso

Por otra parte la prescripción alegada no es susceptible para este tipo de acción ya que se está hablando de un proceso ejecutivo hipotecario y no como lo pretende hacer ver la demandada que en el 2005 la nulidad fue subsanada en debida, forma por lo que se pide se revoque la sentencia dictada.

Terminada la intervención del apoderado de la ejecutante se concedió la apelación en el efecto suspensivo.

ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Llegado el expediente a esta Corporación, se admitió la alzada por auto fechado veinte (20) de abril de la presente anualidad el cual una vez en firme se fijó fecha para el 17 de agosto de 2016 a las 4:00 P. M. para la audiencia de sustentación y fallo.

Como no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se pasa a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir si en el caso en estudio es aplicable el precedente invocado por la A quo, para lo cual se han de analizar los supuestos fácticos mostrados en la sentencia, verificado ello y en caso de no subsumirse el caso a la Jurisprudencia en cita, se ingresará en el estudio de los reproches efectuados.

Relacionado al tópico, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción puntualizó:

"..., toda acción de naturaleza ejecutiva iniciada ante la jurisdicción debe prevalecerse de un "documento" que, erigiéndose en plena prueba contra el deudor, acredite la existencia de una obligación a su cargo, clara, expresa y exigible, según lo impone el artículo 488 de la ley de ritos civiles. Tal es el sustrato jurídico-material que ha de existir en asuntos de la especie apuntada, a fin de que, desde un comienzo y paladinamente como corresponde, se halle mérito de ejecución en aquel y sea viable predicar el cumplimiento constreñido que en cada caso se reclama del sujeto pasivo de la relación negocial; es por lo anterior que dichos litigios son denominados como de "contradictorio diferido", a consecuencia que el ejecutado recibe el proceso con una condena a costas, contrario sensu a lo que acaece en otros trámites, verbigracia, como los declarativos, razón que inexorablemente comporta el que no pueda emerger duda ninguna en torno a sí el documento aportado se erige o no como la debida acreditación que es menester para propiciar el pretense cobro obligatorio.

Por supuesto, corresponde al funcionario judicial, aun de oficio, efectuar un celoso escrutinio del título que se aporta en aras de que se le reconozca valor para ser ejecutado, esto es, debe mediar un control de legalidad sobre el mismo, según los parámetros de la norma de marras señalada, como quiera que el aludido "título ejecutivo" detenta un carácter *sine qua non*, por lo que, allegado con la demanda, deriva inmediatamente la legitimación de los extremos en pugna y, por tanto, la existencia y alcances del derecho que se pretende ejecutar; por lo propio, de su tenor literal, y sustentado en su valía y autonomía probatoria, debe emerger toda la plenitud que de él se espera, referida tarea que debe abordar el juzgador de conocimiento, habida cuenta que ello es función competencial eminentemente suya, actuación tal que fue justamente la desplegada por los falladores

naturales en aras de despejar dicha connotación, lo que aquí se enrostra.

(...)

" 'Por consiguiente, a ese proceso son aplicables los efectos generales de la Sentencia SU 813 de 2007 en cuanto dice que '[n]o será exigible la obligación financiera hasta tanto no termine el proceso de reestructuración', pues dichos efectos se surten a partir de la fecha de su expedición y son aplicables a los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, extendiéndose por disposición de la misma a todos los procesos que estaban en curso en ese momento, iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, que se refieran a créditos de vivienda y en los cuales no se haya registrado el auto de aprobación del remate o de la adjudicación del inmueble, requisitos y condiciones que se cumplen en este caso respecto del proceso ejecutivo mencionado.

(...)

"'Ahora bien, anteriormente se precisó que en ningún proceso ejecutivo hipotecario puede librarse mandamiento de pago, hasta tanto el juez verifique que se ha culminado la reestructuración del crédito conforme a las exigencias de la Ley 546 de 1999 y la Sentencia SU-813 de 2007. Ello se explica si se tiene en cuenta que en estos eventos la obligación aún no es exigible.'"⁴.

De lo que se colige que para poder librar mandamiento de pago deben confluir las exigencias establecidas en el Art. 488 del C. de P. C., como son que la obligación sea expresa, clara, exigible, que provenga del deudor o de su causante y que

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrada Ponente: Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO, nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013). REF. Exp. T. No. 11001-02-03-000-2013-00941-00

constituya plena prueba contra él; deteniéndose la Instancia en la exigibilidad, frente a ella la Corte Constitucional señaló como derrotero que no se cumplía con este presupuesto en aquellos eventos en los cuales el demandado incurriera en mora nuevamente después de la terminación de los procesos iniciados con anterioridad al 31 de diciembre de 1999, los cuales se dieron por terminados con la reliquidación del crédito si no se allegaba constancia de haberse efectuado la reestructuración.”

Así las cosas, contrario a lo sentado por la A quo en la sentencia objeto de alzada, se tiene que el precedente por ella invocado no es aplicable al presente caso, toda vez que el anterior proceso tal como consta en el expediente fue instaurado el 21 de junio de 2005 y como lo refleja el fallo cuyos apartes se transcribieron “a todos los procesos que estaban en curso en ese momento, iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, que se refieran a créditos de vivienda”, para que se realice la respectiva **reliquidación** del crédito y ahí sí exigir la **reestructuración** del mismo.

Si se revisan las copias del proceso que se surtió ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la Ciudad, se tiene que el anterior ejecutivo se terminó en virtud del desistimiento que realizara la ejecutante con la finalidad de surtirse un trámite administrativo de posible venta de cartera; por lo que no se subsume el proceso actual dentro de los eventos contemplados en la sentencia de unificación, ni en la del Tribunal Superior, motivo por el cual se ha de revocar la decisión de abstenerse de seguir adelante la ejecución por falta de exigibilidad del título, lo que implica que se ingrese en el estudio de la excepción propuesta por la demandada; sin embargo, como

previamente se anotó se han de analizar las implicaciones del desistimiento del que se ha hecho alusión.

El Art. 342 del C. de P. C. dispone:

"El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el de recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

En los demás casos el desistimiento sólo impedirá que se ejerciten las mismas pretensiones por igual vía procesal, salvo que el demandante declare renunciar a ellas.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él, en este caso deberá tenerse en cuenta lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario en el artículo 51.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

*El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvenición, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.”
(Negritas fuera de texto)*

De cara al acápite del canon en cita resaltado, la doctrina⁵ ha precisado que el auto que admite el desistimiento equivale integralmente a que se hubiera dictado sentencia absolutoria, es decir desestimatoria de las pretensiones de la demanda incluyendo los efectos de cosa juzgada.

Frente al tema, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria señaló:

“Por el contrario, el desistimiento es un palmario ejemplo de un acto procesal, en cuanto que la parte que hace uso de él está renunciando a un pronunciamiento judicial de fondo sobre determinada cuestión sometida a la jurisdicción -sobre una pretensión, excepción, como también sobre un recurso, ora respecto de una prueba pedida con el fin de darle soporte al supuesto fáctico de sus peticiones-. Contrario a lo que acontece en la transacción, en este mecanismo procedimental no existe disposición de derecho sustancial alguno, como bien lo anotó el maestro Jaime Guasp, tan solo se renuncia a un futuro pronunciamiento judicial que, indudablemente, podrá o no afectar un derecho sustancial. En opinión de este autor, “la renuncia -transacción o cesión del derecho, se añade- tiene por

⁵ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, Procedimiento Civil, Tomo I, Décima Edición, DUPRÉ Editores, Pág.1021

*objeto, en este caso, la pretensión procesal y no el derecho alegado como fundamento: el demandante abandona o desiste del proceso, pero no abandona ni desiste del ejercicio de los derechos que puedan corresponderle"*⁶. De igual forma que la transacción, producirá los efectos de cosa juzgada referida exclusivamente al objeto y partes que intervinieron en el proceso."⁷

A su vez, la Corte Constitucional sentó:

*"En sentido amplio, se entiende el desistimiento como una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual, el interesado expresa su intención de separarse de la acción intentada, o de la oposición que ha formulado, del incidente que ha promovido o del recurso que ha interpuesto"*⁸. Son características del desistimiento el que se haga en forma unilateral, a través de un memorial o escrito, sea incondicional y que conlleve la renuncia a lo pretendido."⁹

Descendiendo al asunto en concreto, de las copias del proceso ejecutivo hipotecario seguido por CENTRAL DE INVERSIONES S. A. contra DILIA BUSTAMANTE DE CAMACHO, se pretendió el cobro del pagaré 720-006063 otorgado a favor de BANCAFE, los intereses corrientes y moratorios, de igual forma, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado mediante escritura pública No.2930 del 6 de agosto de 1996 de la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, el cual había sido notificado a la ejecutada, quien propuso

⁶ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 529.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, siete (7) de febrero de dos mil (2000), Referencia: Expediente N° 7778

⁸ Pardo Antonio J., Tratado de Derecho Procesal Civil, T.II.

⁹ Sentencia T-146A-03, Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

la excepción de prescripción de la acción cambiaria.

Al anotarse en el desistimiento que realizara la ejecutante que este se hace con la finalidad de surtir un trámite administrativo de posible venta de cartera, se hace imperioso verificar la incidencia de dicha condición en el acto formulado, para lo cual:

"De la citada disposición se tiene que el desistimiento como forma anormal de terminación del proceso tiene las siguientes notas características:

a) Es unilateral, pues basta que lo presente la parte demandante, salvo taxativas excepciones legales;

b) Es incondicional;

c) Implica la renuncia a todas las pretensiones de la demanda y por ende se extingue el pretendido derecho, independientemente de que exista o no.

d) El auto que lo admite tiene los mismos efectos que hubiera generado una sentencia absolutoria. (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero Ponente: Doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, quince (15) de septiembre de dos mil once (2011), Radicación núm.: 11001 0324 000 2006 00066 00)

En otra oportunidad, en vigencia del CGP indicó:

"En este sentido el artículo 314 del Código General del Proceso, que se ocupa del desistimiento de las pretensiones, señalando que i) en cuanto a la oportunidad del ejercicio de tal figura podrá tener lugar "mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso."; ii) respecto de

sus efectos, señala que tal acto produce la "renuncia de las pretensiones de la demanda", advirtiendo que el auto que reconozca en sentido favorable una petición de tal naturaleza producirá los mismos efectos de la sentencia que se hubiere proferido, lo que implica, entonces, que adquiere fuerza de cosa juzgada sin que, posteriormente, sea posible adelantar un nuevo litigio sobre la base de los mismos hechos y pretensiones, iii) a su vez, comprende que si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él y, por último, iv) el acto de desistimiento es unilateral, de manera que para que este se configure basta la manifestación de la voluntad de la parte accionante, así como también la norma exige que éste sea incondicional, salvo acuerdo en contrario de las partes. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00724-01(49923)A)

De cara a la característica de ser incondicional los doctrinantes en cabeza del doctor Hernán Fabio López Blanco, señalan que "El hecho de ser incondicional pone en evidencia que como forma anormal de terminación del proceso no puede dejar vivas parte de las pretensiones, pues, si así acontece, y es una posibilidad que explícitamente contempla la ley, estaremos frente a un caso de reducción del ámbito del juicio pero no de terminación anormal del proceso, de ahí que siempre que se desiste con la modalidad comentada y así nada se diga expresamente, se sobreentiende que se está renunciando a la totalidad de las pretensiones y al derecho en que ellas se

sustenta" (Tomo 1, parte general, Décima Edición, 2009, Pág. 1021)

Por consiguiente, la condición o razón que llevó a la apoderada de la entidad ejecutante a solicitar el desistimiento de la acción instaurada ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, no modifica las consecuencias que se derivan de la forma de terminación anormal del proceso ni las consecuencias que de ello se derivan.

Por lo que se ha de determinar si se está en presencia de la excepción de cosa juzgada, temática que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional así:

"En sentencia C-774 de 2001^[31], la Corte Constitucional la definió de la siguiente manera:

"La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a

la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico."

Así entendida, la cosa juzgada confiere a las providencias que determine el ordenamiento jurídico el carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento.

El artículo 332 del Código de Procedimiento Civil señala los requisitos que deben reunirse para que una decisión ejecutoriada tenga fuerza de cosa juzgada:

"ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)"
(subraya fuera de texto). (Art. 303 CGP)

Estas "identidades procesales", fueron explicadas por la Corte en la sentencia C-774 de 2001 en los siguientes términos:

-**"Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

-**Identidad de causa petendi** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo transito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

-**Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica."

4.4.3.6. Sin embargo, la cosa juzgada no es absoluta. El ordenamiento jurídico contempla unas situaciones excepcionales que atenúan esta figura, tales como el recurso extraordinario de revisión o la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Igualmente, el artículo 333 del Código de Procedimiento Civil señala los eventos en los cuales las sentencias dictadas bajo las condiciones allí señaladas no constituyen cosa juzgada:

"ARTÍCULO 333. SENTENCIAS QUE NO CONSTITUYEN COSA JUZGADA. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:

1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria.
2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.
3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida

iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.

4. <Numeral CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio." (Art. 304 CGP)" (Sentencia T-441 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB)

A efectos de corroborar los elementos estructurales de la cosa juzgada se tiene:

-Identidad de partes: En el ejecutivo seguido ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad el ejecutante era CENTRAL DE INVERSIONES, en el presente trámite CENTRAL DE INVERSIONES S. A. cedió a LA COMPAÑÍA DE GERENCIAMIENTOS DE ACTIVOS Ltda., consignándose que "LA CESIÓN QUE SE HACE POR MEDIO DEL PRESENTE INSTRUMENTO TIENE COMO CAUSA ENDOSO DEL PAGARÉ Y/O CESIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO EN EL CUAL SE INSTRUMENTO EL CREDITO (Sic) PARA CUYO RESPALDO FUE CONSTITUIDA LA GARANTÍA HIPOTECARIA A QUE SE REFIERE EL PARRAFO (Sic) ANTERIOR", quien demandó y en curso del proceso realizó cesión del crédito a REBECA JIMÉNEZ DELGADO.

El inciso segundo del Art. 332 del Código de Procedimiento Civil contempla:

"Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores *mortis causa* de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos."

Canon que guarda consonancia con el inciso segundo del Art. 303 del Código General del Proceso:

"Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con

posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos."

Por lo que se ha de analizar los efectos del endoso, al ser este el modo de circulación del título valor, tal como se observa en la hoja 17 y 18 y la cesión de la hipoteca.

En esta labor, se tiene que:

"El endoso es un acto unilateral, accesorio e incondicional, por medio del cual el tenedor de un título valor coloca otra persona en su lugar con efectos plenos o limitados." (Hildebrando Leal Pérez, Código de Comercio, Leyer, Pág.543)

Decantado lo anterior, corresponde ocuparse de la cesión.

"La cesión de un crédito es un acto jurídico por el cual un acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tiene contra su deudor a un tercero, que acepta y que toma el nombre de cesionario." (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrada Ponente Dra. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, primero (1º) de diciembre de dos mil once (2011). Ref.: exp. 11001-3103-035-2004-00428-01)

En suma, en la cesión el cesionario no es más que un sucesor de los derechos que tenía el cedente; aceptando la demandada desde el mismo momento en que suscribió la escritura de compraventa e hipoteca dicho evento, así mismo, se contempló en el título valor, como se plasma a continuación:

En la cláusula novena del pagaré se estipuló "Acepto (amos) desde ahora con todas las consecuencias señaladas en la ley y sin necesidad de notificación alguna, cualquier

cesión, subrogación, endoso, pignoración o traspaso que CONCASA haga del presente título y de las obligaciones en el contenidas,..."

Iguualmente en la escritura No.2930 del 6 de agosto de 1996 de la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta contentiva de la compraventa e hipoteca se acordó en su cláusula "SEXTA: CESIÓN DEL CRÉDITO Y GARANTÍAS.-EL (LOS) HIPOTECANTE (S) aceptan desde ahora con todas las consecuencias señaladas en la ley y sin necesidad de notificación alguna, cualquier traspaso, endoso, titularización, cesión o movilización, etc, que CONCASA haga del crédito a su favor y/o de las garantías que lo amparan"

Así las cosas, al devenir el derecho que se reclama por el endoso del pagaré y cesión de la hipoteca que realizara CENTRAL DE INVERSIONES S. A. a la demandante inicial y esta a su vez a doña REBECA JIMÉNEZ DELGADO, se configura la identidad jurídica de partes.

-Identidad de causa petendi: Ambos procesos se siguió el ejecutivo hipotecario.

-"Identidad de objeto: En ambos procesos el objetivo es la satisfacción de la obligación contenida en **el pagaré No.720-00606-3**, persiguiendo en el primero proceso el pago de 392.202.2029 UVR, INTERESES corrientes desde el 9 de marzo de 2001 hasta el 17 de marzo de 2005 y moratorios a partir de la presentación de la demanda y en el presente 392.697.1977 UVR, intereses de plazo a 9 de febrero de 2011, relató que se hicieron pagos parciales hasta el 9 de julio de 2003 y moratorios desde la fecha de presentación de la demanda.

Lo que permite afirmar que no le era dable promover nueva demanda con base en el mismo pagaré, por cuanto el hecho que se hubiere acotado que la obligación no había sido satisfecha no cambia en nada la situación que aquí se plantea, ya que en el sub judice, lo

reclamado es el derecho incorporado en el título valor al que se ha hecho alusión y sobre el cual se admitió el desistimiento de la demanda como se constata en las copias remitidas por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad, asunto que no visualizó la A quo.

En este orden de ideas, se tiene que el desistimiento debe ser incondicional y la venta de la cartera no era óbice para continuar con el trámite del proceso tal como ha ocurrido en el decurso procesal donde medió la cesión del crédito en dos oportunidades.

Así las cosas, para este Colegiado se encuentra configurada la excepción de cosa juzgada, lo que exonera a la Corporación del estudio de la prescripción de la acción cambiaria y los reproches enrostrados por el ejecutante al momento de interponer la alzada, la cual será declarada oficiosamente al no mediar proposición por parte de la demandada; facultad que encuentra respaldo en el precedente, como se muestra a continuación:

"De otra parte, con relación a la actividad oficiosa del juez en materia de excepciones dentro del proceso, y en particular, como ocurrió en el caso de estudio, en que el Tribunal acusado declaró probada, de oficio, la excepción de inexistencia del título, la Sala considera que esta conducta se encuentra respaldada por las normas procesales."¹⁰

(...)

Si bien, como se dijo, las excepciones se instituyen como un instrumento de defensa del demandado, las normas procesales no impiden

¹⁰ Sentencia C-1335 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

que el juez, como director del proceso, se pronuncie sobre hechos (probados) que constituyan excepciones de manera oficiosa.

En efecto, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que hace relación a la congruencia que debe imperar en las sentencias, dispone sobre este punto lo siguiente:

ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo [626](#) de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo [627](#)> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 135 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, **y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.**

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio. (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 306 que regula la solución de las excepciones, señala:

ARTÍCULO 306. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. <Artículo derogado por el literal c) del artículo [626](#) de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo [627](#). **Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia,** salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción, resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.” (Negrilla fuera de texto).

En este contexto, queda claro que la ley permite que el juez se pronuncie de oficio, sobre aquellos hechos que se encuentren probados en el proceso y constituyan una excepción, con las salvedades que las normas consagran relacionadas con aquellas de “prescripción, compensación y nulidad relativa” que deben alegarse necesariamente

por el demandado en la contestación de la demanda.”¹¹

Consecuente con las disertaciones realizadas se ha de modificar la sentencia que se revisa, en el sentido de declarar probada la excepción de cosa juzgada y confirmar el levantamiento de la medida cautelar, quedando a disposición de la Secretaría de Hacienda el inmueble embargado y secuestrado para lo cual se ha de remitir copia de la diligencia de secuestro (F.107) y la condena en costas.

Al no salir avante los planteamientos de la alzada se condena en costas al demandante de conformidad con los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura. Fijar como agencias en derecho la suma de \$684.750

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior Distrito Judicial de Santa Marta Sala Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: - Declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada, de esta forma se MODIFICA la sentencia emitida el veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ejecutivo Hipotecario promovido por COMPAÑÍA DE GERENCIAMIENTO DE ACTIVOS SAS EN LIQUIDACIÓN, hoy REBECA JIMÉNEZ DELGADO contra DILIA DEL CARMEN BUSTAMANTE DE CAMACHO y confirmar el levantamiento de la medida cautelar, quedando a disposición de la Secretaría de Hacienda el inmueble embargado y secuestrado para lo cual se ha de enviar copia de la diligencia de

¹¹ Sentencia T-747 de 2013, Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

secuestro y la respectiva condena en costas de la instancia.

SEGUNDO: Condenar en costas al demandante. Fijar como agencias en derecho la suma de \$684.750

TERCERO: La presente providencia queda notificada en estrado, se termina la presente audiencia siendo las 4:45 P. M., remítase el proceso a su lugar de origen, para lo de su cargo

Para lo cual se suscribió la respectiva acta que contiene solo la parte resolutive que fue suscrita por los intervinientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO
Magistrada Sustanciadora

MARTHA ISABEL MERCADO RODRÍGUEZ
Magistrada

ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE
Magistrado