

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES

SALA CIVIL FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE: RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA

RADICACIÓN No. 17001-31-03-006-2018-00230-01

Rad. Int. 8-029

Número Acta:099

Manizales, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA N° 005

Se procede dentro del presente proceso **EJECUTIVO con título HIPOTECARIO** promovido por el señor **HERNANDO GONZALEZ HOYOS**, a través de apoderado judicial, en contra la señora "CECILIA HERNANDEZ MOLINA" en calidad de heredera universal del señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA y de los herederos indeterminados, a proferir sentencia que desate el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada en contra del fallo dictado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales, Caldas, el día 28 de noviembre de 2019.

I. TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

I.1. Mediante libelo introductor de demanda presentado el 6 de noviembre de 2018, el señor HERNANDO GONZÁLEZ HOYOS, por conducto de procurador judicial, solicitó que se librara mandamiento de pago en favor del señor HERNANDO GONZALEZ HOYOS, contra la señora CECILIA HERNANDEZ MOLINA, en su condición de HEREDERA UNIVERSAL del señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA.

I.2. Como cimiento de sus pretensiones indicó que mediante Escritura Publica Nro. 9049 del 22 de octubre de 2015, otorgada en la Notaria Segunda del Circuito de Manizales, el señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA, (en vida) constituyó HIPOTECA ABIERTA SIN LIMITE DE CUANTIA, con plazo de 10 años, contados a partir de la fecha de suscripción de la respectiva escritura, a favor del señor Hernando

González Hoyos, sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 100-98844 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Manizales y con la ficha catastral número 1050000025700100000000, para garantizar las obligaciones contraídas y respaldadas en los títulos valores que se relacionan a continuación:

El pagaré Nro. 0001 por valor de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000) moneda legal, el día 29 de octubre de 2015, en Manizales, con un plazo de veinticuatro (24) meses.

El pagaré Nro. 0002 por valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000) moneda legal, el día 03 de febrero de 2016 en Manizales, con un plazo de veinticuatro (24) meses.

El pagaré Nro. 0003 por valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000) moneda legal, el día 11 de julio de 2016 en Manizales, con un plazo de veinticuatro (24) meses.

El pagaré Nro. 0004 por valor de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000) moneda legal, el día 26 de diciembre de 2016 en Manizales con un plazo de treinta y seis (36) meses.

El pagaré Nro. 0005 por valor de SETENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS PESOS (\$73.500.000) moneda legal, el día 2 de mayo de 2017 en Manizales, con un plazo de treinta y seis (36) meses.

El pagaré Nro. 0007 por valor de DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$239.700.000) moneda legal, el día 5 de diciembre de 2017 en Manizales, con un plazo de treinta y seis (36) meses.

El pagaré Nro. 0008 por valor de SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL PESOS (\$66.605.000) moneda legal, el día 24 de abril de 2018 en Manizales, con un plazo de treinta y seis (36) meses.

El pagaré Nro. 0009 por valor de SESENTA MILLONES TREINTA MIL PESOS (\$70.030.000) moneda legal, el día 12 de junio de 2018 en Manizales, con un plazo de treinta y seis (36) meses.

El pagaré Nro. 0010 por valor de SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$74.670.000) moneda legal, el día 9 de agosto de 2018 en Manizales, con un plazo de treinta y seis (36) meses.

De conformidad con la Clausula Primera de cada uno de los títulos valores, el señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA, (en vida) se obligó a pagar a su mandante los intereses de plazo sin determinar los mismos, pero que para efectos del presente proceso hipotecario se liquidaran a la tasa establecida por la Superintendencia Financiera de Colombia o tasa máxima permitida por la Ley, sin perjuicio de ejecución con costas a su cargo.

El señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA, falleció el 13 de agosto de 2018 en la ciudad de Manizales, tal como consta en el Registro Civil de defunción y mediante escritura pública No. 768 del 8 de febrero de 2016, otorgada en la Notaria Segunda del Circuito de Manizales, instituyó como HEREDERA UNIVERSAL de todos y cada uno de sus bienes a la señora CECILIA HERNANDEZ MOLINA.

El deudor HERNANDEZ, dejó de cancelar los intereses pactados desde el primero (1) de septiembre de 2018 para los pagarés, pues su muerte se produjo el 13 de agosto de 2018, por tanto, la obligación se encuentra en mora pues no ha cancelado a su poderdante ni el capital ni los intereses pactados de plazo y de mora que se liquidaran a la tasa establecida por la Superintendencia Financiera, hasta la satisfacción completa de la acreencia hipotecaria.

Solicitó igualmente se decrete el embargo y secuestro del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 100-98844 dado en garantía en este proceso ejecutivo.

I.3. Previa inadmisión, trámite de subsanación y saneamiento por parte del juzgado a quo se procedió a la notificación de la existencia de los créditos a los herederos determinados e indeterminados del deudor fallecido; mediante auto del 22 de noviembre de 2018, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales, Caldas, libró mandamiento de pago en la forma solicitada. (fls. 61 a 62, C.1).

I.4. La parte ejecutada fue notificada del mandamiento de pago el 11 de enero de 2019, solicitando se le concediera amparo de pobreza, que le fuera concedido el 28 de los mismos mes y año.

I.5. El 14 de febrero de 2019 se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: i) no haberse citado a otras personas que la ley dispone citar, ii) la obligación perseguida es civil y no comercial, iii) regulación y pérdida de los intereses de plazo, iv) falta de identidad del acreedor, v) enriquecimiento sin causa, y vi) reducción de la hipoteca, vii) inexistencia de algunos títulos valores por falta de necesidad del deudor¹

I.6. El apoderado de la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones formuladas, indicando que la parte ejecutada no hace pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones de la demanda y que además las excepciones presentadas por el apoderado judicial de la parte ejecutada no guardan relación con las

¹ Fls. 81 a 92 C.1.

señaladas en el art. 784 del Código de Comercio, razón por la cual deben ser desestimadas².

I.7. Mediante providencia del 28 de mayo de 2019, el Juzgado Sexto Civil del Circuito, ordenó integrar al contradictorio por pasiva a los herederos indeterminados del señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA y dispuso su emplazamiento, de conformidad con el artículo 108 del C.G.P.³

I.8. El curador ad-litem, de los indeterminados fue notificado personalmente el 22 de julio de 2019, y propuso en forma oportuna las mismas excepciones que en la contestación de la demanda las cuales consisten en: i) no haberse citado a otras personas que la ley dispone citar, ii) la obligación perseguida es civil y no comercial, iii) regulación y pérdida de los intereses de plazo, iv) falta de identidad del acreedor, v) enriquecimiento sin causa, y vi) reducción de la hipoteca, vii) inexistencia de algunos títulos valores por falta de necesidad del deudor⁴

I.9. El apoderado de la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones propuestas por el curador ad-litem de las personas indeterminadas, indicando que el procurador ad-litem no hace pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones de la demanda y que además las excepciones presentadas no guardan relación con las señaladas en el art. 784 del Código de Comercio, razón por la cual deben ser desestimadas, refiere que la excepción denominada no haberse citado a todas las personas que la ley dispone citar, fue exactamente lo que hizo el Juzgado bajo una medida de saneamiento por medio del cual el apoderado está actuando en calidad de curador de las personas indeterminadas⁵.

I.10. Mediante proveído del 18 de septiembre de 2019, el a quo decreta las pruebas solicitadas por las partes, con excepción a la solicitud de oficiar a la DIAN, por considerarla improcedente, y fijó fecha y hora para realizar la audiencia inicial de que trata los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso.

I.11. Contra el rechazo de la prueba se interpuso recurso de reposición y en subsidiariamente el de apelación.

I.12. El 22 de octubre de 2019, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales, resolvió reponer el auto de septiembre 18 de 2019, decretando los testimonios solicitados por la

² Fls 94 a 103 c.1

³ FL 109 C.1

⁴ Fls. 122 a 133 C.1.

⁵ Fls 135 a 143 c.1

parte ejecutada, pero se mantuvo la negativa de oficiar a la Dian, para lo cual concedió el recurso de alzada en el efecto devolutivo ante este Tribunal; el cual fue resuelto en decisión de la Sala Unitaria del día 10 de diciembre de 2020.

I.13. Mediante proveído del 14 de noviembre de 2019, el a quo fijó fecha y hora para realizar la audiencia inicial de que trata los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso para el 28 de noviembre de 2019 en donde, previa verificación de los asistentes, se declaró fracasada la etapa conciliatoria, se resolvieron las excepciones previas formuladas, se practicó interrogatorio a las partes, se hizo fijación del litigio, se realizó el control de legalidad y se decretaron y practicaron pruebas y se oyeron los alegatos de conclusión.

I.14. SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El 28 de noviembre de 2018, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales, Caldas profirió sentencia oral de primera instancia en la cual se decidió lo siguiente:

"Primero. DESESTIMAR las excepciones propuestas en la contestación a la demanda.

Segundo: ORDENAR la continuación de la ejecución.

Tercero: NO CONDENAR en costas".

Lo anterior al considerar que efectivamente según la declaración de los familiares del difunto Bernardo Hernández Molina, este en un comienzo era una persona próspera pero en los últimos años no tenía esa solvencia económica y por esta razón adquirió unos préstamos para mejorar la vivienda que es objeto de gravamen hipotecario, particularmente Joaquín Elías dijo ser testigo de la entrega de una cantidad importante de dinero 600.000.000, por lo cual a ese juzgado le quedo claro que si bien el señor Bernardo pasaba por unas dificultades económicas tal circunstancia no contradice, no repugna, no es incompatible con el hecho de la suscripción de esos pagarés, ya que los títulos valores se presumen auténticos y si la parte accionada, en este caso la heredera del deudor, considera que el causante efectivamente no suscribió esos títulos o las obligaciones son inexistentes debió tachar de falsos esos pagarés, situación que no ocurrió; igualmente declaró impróspera la excepción que hace alusión a la naturaleza de la obligación, por ser de carácter civil, la excepción mencionada será declarada impróspera porque el código de comercio establece tres criterios para definir que actos caen bajo su regulación y esos son el criterio objetivo según la naturaleza del acto, el criterio subjetivo según las personas que intervengan y un criterio mixto, el

criterio objetivo encontrando que son mercantiles para todos los efectos legales el giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores, así como la compra, reventa o permuta de los mismos, esto significa que desde el punto de vista objetivo la suscripción de títulos valores es un acto mercantil independientemente de la persona que lo haga y en tal virtud los efectos o consecuencias que se produzcan de tal hecho son gobernados por la ley mercantil y en lo que ella resulte insuficiente por el código civil.

Refirió que los pagarés contienen una obligación, clara, expresa y exigible, y que uno de los tipos de obligaciones son las solidarias reguladas en el artículo 1568 del Código Civil y del 825 del código de comercio, en las cuales se plantea que dos o más personas pueden ser acreedores o deudores de una obligación, por activa en este caso, cualquiera de los acreedores Hernando González Hoyos y John Jairo González Jaramillo puede cobrar la totalidad de la obligación

Manifiesta que de acuerdo con la cláusula 5 de la escritura 9049, dicha hipoteca tiene por objeto garantizar al señor Hernández González Hoyos todas las obligaciones presentes o futuras hasta su total cancelación, que por cualquier concepto tuviere el exponente y/o codeudores o cualquier otra persona a la que desee respaldar por si solo personas naturales o jurídicas a favor de la orden del señor Hernán González Hoyos, ya sean en pagarés, letras de cambio o cualquier título ya sean avales o garantías o aceptaciones bancarias, descuentos de bonos de prendas de cambio créditos adquiridos por el causante.

I.15. IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la señora Cecilia Hernández Molina, interpuso recurso de apelación, básicamente argumentando que se encuentra pendiente por resolver ante esta superioridad, el recurso de alzada, frente al auto que negó el decreto y práctica de una prueba documental en la que esa parte solicitó oficiar a la DIAN, refiere que pese a lo anterior el Juez a quo no declaró probadas ninguna de las excepciones propuestas, ni valoró adecuadamente los argumentos expuestos por la defensa.

II. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La alzada fue admitida mediante proveído del 18 de diciembre del año 2019 (fl. 4, C.3); y en proveído del treinta (30) de junio del 2020, se corrió traslado para alegar en esta instancia, siguiendo los lineamientos del decreto legislativo 806 de junio 4 de 2020.

Llegado el momento de adoptar la pertinente decisión en la segunda instancia a ello se procede, previas las siguientes:

III. CONSIDERACIONES

Al realizar el obligatorio control de legalidad la Sala observa que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales y que no se perciben irregularidades que pudiesen afectar de nulidad lo que hasta la presente fecha se ha realizado; pudiéndose, en consecuencia, decidir el fondo de la controversia, con los límites impuestos en el artículo 328 del CGP.

La parte ejecutada expresa su inconformidad con la decisión adoptada por el Juez de Primer nivel, fundamentalmente porque se encuentra pendiente por resolver ante esta superioridad, el recurso de alzada, frente al auto que negó el decreto y práctica de una prueba documental en la que esa parte solicitó oficiar a la DIAN, refiere que pese a lo anterior el Juez a quo no declaró probadas ninguna de las excepciones propuestas, ni valoró adecuadamente los argumentos expuestos por la defensa.

En relación con los medios exceptivos propuestos, estos fueron denominados: i) no haberse citado a otras personas que la ley dispone citar, ii) la obligación perseguida es civil y no comercial, iii) regulación y pérdida de los intereses de plazo, iv) falta de identidad del acreedor, v) enriquecimiento sin causa, y vi) reducción de la hipoteca, vii) inexistencia de algunos títulos valores por falta de necesidad del deudor; su desacuerdo lo fundamenta en que no fueron valorados adecuadamente los argumentos en que se apoyaban las defensas.

En cuanto al primer motivo de inconformidad: "*aún se encuentra pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la práctica de una de las pruebas solicitadas por la pasiva (oficiar a la DIAN)*", en aras de la brevedad, bástenos, para concluir que no le asiste razón al recurrente, como bien se explicó en el auto emitido por esta superioridad el 10 de diciembre de 2020, donde se confirmó la providencia que negó dicha prueba.

Respecto de la excepción de falta de integración del contradictorio por no haber sido citados los herederos indeterminados del deudor originario, debemos indicar que el Juez A quo, ejerciendo el control de legalidad, ordenó emplazar a esos herederos y se les designó curador para la litis, tal como se puede apreciar en providencia del 28 de mayo de 2019.

Antes de adentrarnos en la decisión del asunto y como portal, con el fin de dar claridad a algunos conceptos equivocados emitidos por las partes en este proceso, debemos

indicar, en primer lugar, que en tratándose de demandas ejecutivas, técnicamente no es obligatoria su contestación como si ocurre en otro tipo de demandas en donde expresamente debe indicarse cuáles hechos son admitidos, cuáles no y cuáles no le consta (numeral 2° del artículo 96 del Código General del Proceso), en las de ejecución, se itera, solo basta con que se presenten excepciones previas y/o de fondo; y si se trata de atacar los requisitos formales del título lo deben hacer mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo, siguiendo los lineamientos del inciso 2° del canon 430 de nuestro ordenamiento procesal.

A propósito de los medios de defensa es necesario precisar que, contrario a las excepciones previas que tienen una denominación propia y se encuentran enlistadas taxativamente en el artículo 100 del Código General del Proceso, las excepciones de fondo no son taxativas, no tienen nombre propio, no importa cómo se les denominen sino los fundamentos que le sirven de apoyo; razón por la cual, así como es deber del Juez interpretar la demanda, también es su obligación interpretar las excepciones que se formulen.

Ahora bien, es oportuno recordar que los documentos que sirven de recaudo ejecutivo son de distinta naturaleza y origen; a guisa de ejemplo, podrían servir de vengero de la obligación un contrato de arrendamiento, una promesa de contrato, una sentencia de condena ejecutoriada o alguna clase de título valor; lo importante es que reúnan las exigencias contempladas en el artículo 422 del Código General del Proceso.

Pero de la clase de título ejecutivo utilizado sí dependen las excepciones de mérito que se puedan formular; así, por vía de ejemplo, si el documento presentado es una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento o la de pérdida de la cosa debida, siguiendo las luces del artículo 442 del Código General del Proceso.

En tanto que, si el documento que se aporta como recaudo ejecutivo es un título valor, en ejercicio de la acción cambiaria, sólo podrán oponerse las excepciones consagradas en artículo 784 del ordenamiento mercantil.

Finalmente, si el documento vengero de la obligación es diferente de los arriba enunciados, los medios de defensa pueden ser más amplios y bautizarse como a bien tenga el ejecutado.

Sobre este tema, nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia, que a pesar de que fue expedida en vigencia del Código de Procedimiento Civil, aún conserva su vigencia, se expresó de la siguiente manera:

"(...) Con relación al contenido de tales mecanismos de defensa, de la citada disposición (se refiere al artículo 509 del Código de Procedimiento Civil- hoy 442 del Código General del Proceso), se infiere que constituye regla general, lo atinente a que el ejecutado puede invocar todas aquellas que busquen enervar la obligación cuyo cumplimiento se está reclamando, tornándose ilimitadas al no hallarse señaladas expresamente por el legislador; mientras que en asuntos donde el título ejecutivo consista en una sentencia o en un laudo arbitral o en otra providencia que conlleve ejecución, se contemplan algunas restricciones, al igual que cuando se está ejercitando la acción cambiaria, esto es, la prevista para exigir el derecho incorporado en un título valor, pues únicamente son viables los relacionados en el canon 784 del Código de Comercio (...)"⁶.

El procurador judicial de la parte actora se declara sorprendido por que, en su sentir, si los documentos que se presentan como recaudo ejecutivo son títulos valores (pagarés) los ejecutados solo podía formular alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 784 del Código de Comercio y no lo hicieron.

No obstante lo anterior, como se dijo en párrafos precedentes es deber del Juez interpretar la demanda y las excepciones que se proponen, teniendo en cuenta, para estas últimas, los fundamentos en que se apoya cada medio de defensa. Siguiendo esa directriz, al leer con detenimiento cada una de las excepciones formuladas, bien pronto entiende esta Sala, sin temor a equivocaciones, que dichos medios de defensa deben ser encasillados en el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio; esto es, "*Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa.*"

De acuerdo con el acervo probatorio recaudado en este asunto, los títulos valores adosados como recaudo ejecutivo, nueve (9) pagarés, se originaron para documentar unos contratos de mutuo celebrados entre LUIS BERNARDO HERNÁNDEZ, como deudor, y los señores HERNANDO GONZÁLEZ HOYOS y/o JHON JAIRO GONZÁLEZ JARAMILLO.

En el anterior orden esta Colegiatura, por cuestiones metodológicas y en busca de la brevedad, abordará en primer lugar el medio defensivo que ha denominado: "FALTA DE IDENTIDAD EN EL ACREEDOR" entre sus fundamentos se puede leer:

⁶ CSJ. Sala Civil Familia, sentencia mayo m17 de 2013. Expediente 2011-00415. MP. RUTH MARINA DIAZ RUEDA.

- *"(...) Sin embargo y con extrañeza, los títulos valores NO fueron suscritos a favor exclusivamente del citado acreedor, pues aparece dentro del escenario el señor JHON JAIRO GONZÁLEZ JARAMILLO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.513.404.*
- *Pues bien, no obstante aparecer dentro de todos los títulos valores las palabras y/o para conectar la relación que tienen las obligaciones con el citado señor GONZÁLEZ JARAMILLO, no es posible que se persiga por esta vía hipotecaria los títulos quirografarios adosados, pues constan en algunos de los 18 recibos que allego al plenario y que tenía el causante como prueba del pago excesivo de los intereses de plazo, que los mismos eran pagados a nombre del pluricitado señor JHON JAIRO GONZÁLEZ JARAMILLO, sin que la garantía real sea suscrita por este o aparezca el señor HERNANDO GONZÁLEZ HOYOS representando sus intereses de acreedor hipotecario. Tampoco consta en el plenario, cesión de crédito hipotecario que pruebe siquiera la conexión de ambos acreedores de los títulos valores y que de llegarse a presentar, serían falaces para determinar el rumbo del presente proceso ejecutivo.*

(...)".

De la lectura cuidadosa de la excepción propuesta a pesar de que su redacción no es precisamente un paradigma de claridad y nitidez, si se puede inferir que la inconformidad de los ejecutados estriba en que la obligación no puede ser exigida en su totalidad únicamente por el señor HERNANDO GONZÁLEZ HOYOS, porque son dos los acreedores de las obligaciones, lo que significa que para poderse exigir íntegramente las mismas, debían actuar conjuntamente ambos acreedores; en su defecto, quien no actuaba debió de ceder o endosar los títulos valores, en favor de quien ahora interviene como único ejecutante.

La deducción que hace esta Colegiatura se ve corroborada por los alegatos de conclusión audibles a partir del minuto 27:50 segundos del CD1, en donde se expresa:

- *"(...) la hipoteca se constituyó con el fin de garantizarle las obligaciones que se habían contraído en contra (sic) del ejecutante hoy demandante Hernando González Hoyos, sin embargo señor juez las obligaciones el mutuo, el monto de la obligación están contenidas en unos títulos valores que no están exclusivamente a favor del ejecutante. Que es lo que alega esta parte existe en el dossier y está debidamente probado que hay unos recibos de pagos de intereses cuyo dinero fue recaudado por el señor John Jairo González Jaramillo quien figura en los títulos valores como parte del titular de las obligaciones a cargo del causante Luis Bernardo Hernández Molina, porque es importante ese tema para efectos de la claridad del título, porque aquí también quedo probado que el señor Hernando González Hoyos de la plata que se está persiguiendo en este proceso ejecutivo con la cual está garantizada legalmente el pago de esa obligación con el bien inmueble apresado es de 400.000.000 no 1.584.505.000 como es la ejecución que se está persiguiendo, es decir señor juez no hay claridad en los títulos, no hay claridad en el monto del capital perseguido por el ejecutante a mí no me interesa quien está firmando el título valor lo que interesa es que exista una coincidencia entre el ejecutante que consta en los títulos valores y quien está recibiendo la garantía real del bien inmueble para el pago de esas obligaciones, esa identidad señor juez es importantísima porque yo no puedo venir con un título valor a nombre de un tercero a cobrar o a pretender que el inmueble objeto de la garantía me pague una obligación a un tercero que no está obligado dentro de un contrato de hipoteca porque a pesar de ser la hipoteca un derecho real y que da facultad de persecución frente a terceros está respaldando una obligación del deudor, entonces no importa quién hubiese sido el titular del deudor pero si importa la identidad del acreedor, aquí no hay un acto de cesión, aquí no hay un endoso (...)"*.

Siendo las cosas del modo como se acaba de indicar se tiene que para poder decidir el fondo de este concreto asunto, es menester acudir al estudio de las obligaciones y más concretamente a la clasificación que el legislador hace entre solidarias y conjuntas, las que están conceptuadas en el canon 1568 del Código Civil, cuyo texto es del siguiente tenor:

- *"En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda y cada uno de los acreedores, en el segundo caso, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
- *Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.*
- *Las solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.* [el resaltado es ajeno al texto original] _

El primer inciso de la norma transcrita consagra y define las obligaciones conjuntas y los demás incisos se refieren a las obligaciones solidarias. Respecto de estas últimas, la jurisprudencia y doctrina en forma pacífica tiene establecido que puede haber solidaridad por activa, cuando son dos o más los acreedores, y solidaridad por pasiva, cuando la pluralidad es de deudores.

También merece recordarse que las fuentes de la obligación solidaria son la convención, por acuerdo entre las partes, la ley y el testamento y que como rotundamente lo ordena la norma atrás mencionada, "LA SOLIDARIDAD DEBE SER EXPRESAMENTE DECLARADA EN TODOS LOS CASOS EN QUE NO LO ESTABLECE LA LEY".

Dicho de manera diferente la solidaridad, por regla general, no se presume toda vez que debe ser expresamente pactada o establecida en la ley; claro está que la excepción a la regla general la encontramos en el artículo 825 de la codificación comercial.

Aterrizando lo que hemos venido exponiendo dentro de los contornos de este asunto y revisando los títulos valores que se aportaron como base de la ejecución, 9 en total, se colige sin hesitación alguna que el demandante o ejecutante no es el único acreedor de las obligaciones allí contenidas, toda vez que en ellos aparece, también como beneficiario el señor Jhon Jairo González Jaramillo; así mismo se infiere que no fue pactada solidaridad entre los acreedores, o solidaridad activa; en consecuencia, las obligaciones documentadas en los títulos aportados son, desde el punto de vista de los acreedores, conjuntas; ergo, el señor HERNANDO GONZÁLEZ HOYOS no puede reclamar para sí la totalidad de las deudas representadas en ese título, solo le es permitido exigir su cuota parte en el crédito, tal como nos lo ilustra el inciso primero del artículo 1568 del Código Civil..

Se bien el artículo 825 del Código de Comercio consagra una presunción de solidaridad, esta solo se refiere a la solidaridad por pasiva, no por activa que es la figura que se presenta en este conflicto.

Ahora bien en todos los pagarés que sirven de recaudo se incorporó la expresión “y/o” – conjunciones copulativa y disyuntiva- para separar el nombre y datos de cada acreedor, lo que podría dar lugar a pensar que esta es una forma de pactar la solidaridad; sin embargo, a juicio de este Colegiado esa expresión está lejos de considerarse como una manera de pactarse la solidaridad; en tanto y por cuanto cuando el legislador en el inciso final del artículo 1568 del Código Civil dijo:

*“(...) La solidaridad debe ser **expresamente declarada** en todos los casos en que no lo establece la ley.”* (las negrillas puestas por la Sala), quiso significar que la solidaridad debe ser pactada de forma evidente, manifiesta y clara, de tal manera que no pueda dar lugar a interpretaciones de ningún tipo; y si se hace necesario investigar, indagar o dilucidar qué se quiso decir con la expresión **y/o**, sobre si prevalece la conjunción copulativa o se predomina la disyuntiva, caeríamos en un ejercicio hermenéutico que el legislador quiso evitar.

Como adehala argumentativa puede decirse que la obligación solidaria es la excepción y la obligación conjunta es la regla general, de tal manera que en caso de duda deberá optarse por esta última. –

Los anteriores criterios son acogidos por el tratadista Hernán Darío Velásquez Gómez cuando expone:

*“(...) Si por los términos usados en el acto jurídico existe duda, hay que entender que la obligación es conjunta, ya que es más beneficiosa para el deudor, según lo consagra un principio general del derecho civil plasmado en el artículo 1624 (...) La solidaridad tiene que ser expresa y no puede surgir por la sola naturaleza de la obligación contraída. La naturaleza de la obligación podrá dar lugar a la indivisibilidad, mas no a la solidaridad. Como tampoco puede surgir por la intención probable de las partes o por ser común a varias personas. (...)”*⁷

Por otro lado, el caudal probatorio recaudado no nos permite establecer a ciencia cierta cuál es la cuota parte de la que es acreedor el señor HERNANDO GONZÁLEZ HOYOS y que cuota corresponde al otro beneficiario JHON JAIRO GONZALEZ JARAMILLO, pues el único medio probatorio que podría dar luces en este aspecto es el interrogatorio de parte absuelto por el ejecutante, audible en el CD1 a partir del minuto 15: 31 segundos, y a pesar de que el vocero judicial de la parte ejecutada trata infructuosamente de concretar tal porcentaje, no fue posible establecerlo, toda vez que

⁷ VELÁSQUEZ Gómez Hernán Darío. Estudio Sobre Las Obligaciones. Editorial Temis. Primera edición 2010, páginas 386-387

el actor no supo dar razón del mismo y el Juez de Primer Nivel y el apoderado de la activa, en forma por demás incomprensible impidieron se indagara a profundidad y se aclarara este asunto.

Las preguntas formuladas por el procurador judicial de la pasiva si eran pertinentes y conducentes, pues buscaba entre otras cosas determinar la cuota que correspondía a un ejecutante y cuánto correspondía a otro; sin embargo, se insiste, en una conducta poco justificable se le impidió, acreditar tal circunstancia.

En situaciones como la que se acaba de explicar, en donde no es posible determinar la cuota de cada acreedor, la división se hará por partes iguales, de esta opinión es el autor Velásquez Gómez previamente citado cuando dice:

- *"(...) Si nada se pacta o no se deduce del acto, la división se hará por partes iguales, por aplicación analógica del artículo 2325, inciso 2do, en materia de comunidad-que manda distribuir por partes iguales entre los comuneros las deudas contraídas a favor de la comunidad si no se han expresado las cuotas de cada uno y no se ha estipulado la solidaridad (...)"⁸*

En pie de página dicho tratadista agrega que *"(...) El artículo 2392 también puede considerarse como un apoyo, en la medida en que dispone que cuando hay varios fiadores se entiende dividida la deuda entre ellos por partes iguales. Sucede lo mismo con el 1103 que manda que la indemnización por daños que cause una obra perteneciente a muchos se reparta entre todos por igual."*

Puestas las cosas del modo indicado, si lo que se pretende es exigir la totalidad de la obligación, lo correcto es que la acción ejecutiva deba ser instaurada por ambos acreedores en forma conjunta; de no hacerlo y no estar claramente acreditada la cuota de cada uno de los acreedores, solo podrá perseguir el 50% de la acreencia.

Habida cuenta que la excepción a que nos hemos venido refiriendo solo prospera de manera parcial, la Sala considera que se hace necesario un pronunciamiento expreso sobre los demás medios de defensa argüidos, los que por cuestiones metodológicas y por economía abordaremos en bloque, toda vez que los fundamentos en que se apoyan son comunes a ellos.

Así por ejemplo, la excepción que la pasiva denomina "LA OBLIGACIÓN PERSEGUIDA ES CIVIL Y NO COMERCIAL" y el medio de defensa que bautiza "REGULACIÓN Y PÉRDIDA DE LOS INTERESES DE PLAZO" y "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA", las que, en apretado resumen, hacen consistir en que ninguna de las partes es comerciante

⁸ Velásquez Gómez Hernán Darío, opus cit., páginas 370-371.

y por tal motivo solo se podrán cobrar los intereses legales civiles, dándose aplicación al artículo 2232 del Código Civil; esto es, a la tasa del 6% anual; por tal motivo, continúa sosteniendo el procurador judicial de la pasiva, se deben regular los intereses de plazo y sancionarse al demandante con la pérdida del exceso de dichos réditos; que al cobrarse un interés de plazo a una tasa superior a la legalmente permitida se está generando un enriquecimiento sin causa en favor de la parte actora.

Como portal sobre estos temas digamos que los comerciantes y **los asuntos mercantiles** (destaca la Sala) se rigen por las disposiciones de la ley mercantil, por expreso mandato del artículo 1° del Decreto 410 de 1971- Código de Comercio-; quiere decir lo anterior que la legislación comercial no solo es aplicable cuando intervengan personas que tengan la calidad de comerciante- apreciación subjetiva; también rige cuando los actos y contratos tengan el carácter mercantil- apreciación objetiva.

De acuerdo con los numerales 3° y 6° del artículo 20 del estatuto mercantil, son considerados mercantiles para todos los efectos legales, entre otros, “el recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés”; y el giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores (...)” (El subrayado es de la Sala)

Como las sumas que fueron objeto de los contratos de mutuo – que fueron varios y no fue solo uno – lo que indica era habitual por el demandante dar dinero en mutuo a interés, se instrumentalizaron en diferentes pagarés- que son títulos valores- hace que las obligaciones cobradas tengan el carácter de comercial y los réditos que estas generen deben ser los intereses legales mercantiles y su liquidación se hará en la forma establecida en el artículo 884 de nuestro estatuto mercantil, modificado por el artículo 111 de la ley 510 de 1999.

En relación con la reducción y pérdida de los intereses de plazo porque se cobraron por encima de los intereses legales, considera oportuno esta Colegiatura aclarar que la reducción de la tasa de interés y la pérdida de los intereses son sanciones distintas, muy a pesar de que el artículo 425 del C. G. del Proceso pareciera indicar que son las mismas. Para iniciar, la sanción de reducción de intereses de que trata el artículo 2231 del Código Civil, solo es aplicable en asuntos de carácter civil – no a los asuntos mercantiles; así mismo, las sanciones que consagran el artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la ley 510 de 1999 y el artículo 72 de la ley 45 de 1990, se imponen en asuntos mercantiles no en aquellas de naturaleza civil.

Como no se logró acreditar que se estuviesen cobrando intereses por encima de los máximos permitidos, las excepciones que hemos venido analizando no pueden prosperar.

Sobre la excepción de " INEXISTENCIA DE ALGUNOS TÍTULOS VALORES POR FALTA DE NECESIDAD DEL DEUDOR". Se fundamenta en el hecho de que el deudor Luis Bernardo Hernández Molina carecía de ingresos suficientes para contraer obligaciones por valores tan elevados, toda vez que el único capital era precisamente un edificio de tres pisos sobre el que recae el gravamen hipotecario.

En relación con este aspecto, la Sala, una vez revisadas de manera individual y conjunta las declaraciones rendidas por los señores RODRIGO HERNÁNDEZ HENAO⁹; ELÍ CANO HERNÁNDEZ¹⁰; CESAR AUGUSTO CANO¹¹ Y JOAQUÍN SERNA HERNÁNDEZ¹²; que entre otras cosas tienen en común ser sobrinos de Luis Bernardo Hernández y Cecilia Hernández Molina, y coinciden en sostener que su tío, Luis Bernardo, era una persona muy reservada en sus asuntos, que todos ellos le colaboraban con sus obligaciones consuetudinarias, tales como el "diario", pago de facturas y servicios domiciliarios, porque no tenía ingresos suficientes, que su único capital estaba representado en una edificación de tres pisos ubicada en el parque de "Caldas " de la ciudad de Manizales, que el tercer piso permaneció desocupado mucho tiempo y que el primer piso era un local comercial que estuvo arrendado a un establecimiento denominado "todo a cinco mil", por espacio de un año a razón de \$ 8.000.000,00 mensuales que le fueron cancelados anticipadamente todo el período. El último los declarantes, Joaquín Serna Hernández admite que acompañó a Luis Bernardo a recibir los primeros \$ 600.000.000.00, los que inicialmente estaban destinados a reparar el 3er piso para proceder a vender la edificación y a pagar algunas otras obligaciones que tenía.

No es que el señor Hernández no tuviera los ingresos suficientes para adquirir pasivos tan considerables; pues del análisis de las versiones rendidas por la familia cercana del deudor original se puede deducir, con algún grado de certeza, que el señor- Luis Bernardo Hernández era una persona bastante descuidada en la administración de sus ingresos; pues no de otra forma se explica que a pesar de que sus obligaciones se limitaban al sostenimiento de él y de su hermana y de haber recibido- en alguna oportunidad un capital cercano a los \$ 100.000.000,00, dependiera casi que exclusivamente de la ayuda que les suministrara sus sobrinos; no se explica tampoco que todo un tercer piso de una edificación bien ubicada estuviera todo el tiempo prácticamente desocupada, sin producir algún tipo de ingreso. Se tiene certeza de que al menos el primer préstamo fue efectivo y real, pues el señor Joaquín Serna Hernández lo acompañó a recibir dicha suma. No existe ni siquiera un indicio dentro del acervo probatorio que las otras cantidades de dinero no hayan sido efectivamente entregadas, razón por la cual esta excepción también está llamada al fracaso.

⁹ CD1 a partir del minuto 28:17"

¹⁰ CD1 a partir del minuto 45:09"

¹¹ CD1 A PARTIR DE LA HORA 00'41"

¹² CD1 a partir de la hora 12'25"

Para terminar, en lo que concierne a la excepción nominada "REDUCCIÓN DE LA HIPOTECA", que se apoya en el hecho de que *"la hipoteca constituida mediante escritura pública 9049 del 22 de octubre de 2015 suscrita en la Notaría 2da de Manizales estableció que el monto del crédito aprobado a favor de mi mandante era la suma de \$ 5.000.000.00 y sin embargo se pretende perseguir créditos que superan el duplo del importe conocido, por tanto se debe reducir a \$ 10.000.000.00"*.

Al estudiarse la escritura mencionada, que contiene el gravamen hipotecario, se puede colegir, sin hesitación alguna, que este gravamen es abierto y de cuantía indeterminada; ergo, garantiza todas las obligaciones que el propietario hubiese adquirido para con el señor Hernando González Hoyos.

El vocero judicial confunde la anotación del monto del crédito inicialmente aprobado, \$ 5.000.000.00 que solo tiene efectos fiscales, con el monto de las obligaciones que realmente están amparadas con el gravamen.

Adicionalmente no existen otros bienes sobre los que se hubieren otorgado la hipoteca, el gravamen recae sobre un único fondo, lo que imposibilita que, eventualmente, se pudiese reducir la hipoteca a un bien determinado.

Las anteriores razones sirven de estribo para concluir que este medio de defensa tampoco tiene vocación de prosperidad.

En consecuencia, para esta colegiatura como no es posible acceder a continuar adelante con la ejecución en la forma solicitada, con fundamento de las razones expuestas a lo largo de este proveído; habrá de confirmarse parcialmente la decisión impugnada y en su lugar deberá declararse probada la excepción que la ejecutada denominó "FALTA DE IDENTIDAD EN EL ACREEDOR"; consecuentemente se ordenará seguir adelante con la ejecución pero solo por el 50% del capital consignado en cada uno de los pagarés; y no se condenará en costas de esta instancia por cuanto la ejecutada goza del amparo de pobreza.

IV- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales el 28 de noviembre de 2019, dentro del proceso **EJECUTIVO con título HIPOTECARIO** promovido por el señor **HERNANDO GONZALEZ HOYOS**, a través de apoderado judicial, en contra la señora "CECILIA HERNANDEZ MOLINA" en

calidad de heredera universal del señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA y de los herederos indeterminados.

En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN denominada por los ejecutados "FALTA DE IDENTIDAD EN EL ACREEDOR", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR seguir adelante con la ejecución adelantada por el señor **HERNANDO GONZALEZ HOYOS**, a través de apoderado judicial, en contra la señora "CECILIA HERNANDEZ MOLINA" en calidad de heredera universal del señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA y de los herederos indeterminados, solo por el 50% de los valores asignados en los documentos adosados como base de la ejecución.

TERCERO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA, por las razones expuestas.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia por estado en la página web de la Rama Judicial.

QUINTO: DEVOLVER al Juzgado de origen el expediente contentivo del proceso EJECUTIVO con título HIPOTECARIO promovido por el señor HERNANDO GONZALEZ HOYOS, a través de apoderado judicial, en contra la señora "CECILIA HERNANDEZ MOLINA" en calidad de heredera universal del señor LUIS BERNARDO HERNANDEZ MOLINA y de los herederos indeterminados, con radicado No. 17001-31-03-006-2018-00230-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

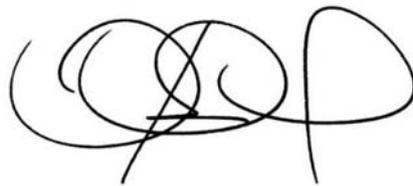
LOS MAGISTRADOS,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'RAMON ALFREDO CORREA OSPINA', is written over a faint, large, stylized graphic element that resembles a triangle or a large letter 'A'.

RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA
Magistrado Ponente



SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO
MAGISTRADA



SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
Magistrada
(Salva voto)

RADICADO 17001-31-03-006-2018-00230-01