



SENTENCIA N° 131

Medellín, nueve (09) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO : EJECUTIVO MIXTO
RADICACIÓN : 05001-40-03-007-2013-00232
DEMANDANTE : GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA
DEMANDADOS : NORMA PATRICIA SERNA MENESES
: HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE
CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN

TEMA DE DECISIÓN

Teniendo en cuenta que conforme los acuerdos Nos PSAA13-10073 de 27 de diciembre de 2013, No PSAA14-10155 de 28 de mayo de 2014 y No PSAA15-10392 del 1 de octubre de 2015, el código general del proceso entro a regir en este distrito judicial el 1 de enero de 2016, que el traslado para proponer excepciones venció el 26 de junio de 2015, fecha en la cual estaba vigente el Código de Procedimiento Civil, pasa el Despacho a dictar Sentencia escrita de Primera instancia dentro del proceso Ejecutivo Mixto adelantado por el señor **GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA**, identificado con cedula de ciudadanía N° 3.572.512, en contra de los señores **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN**, identificado con cedula de ciudadanía N° 14.465.665, **ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN**, identificada con cedula de ciudadanía N° 42.687.873, **MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, identificada con cedula de ciudadanía N° 21.683.337, en calidad de **HEREDEROS DETERMINADOS** del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, identificado con cedula de ciudadanía N° 8.248.901, y de sus **HEREDEROS INDETERMINADOS**, asimismo en contra de **NORMA PATRICIA SERNA MENESES**, identificada con cedula de ciudadanía N° 66.909.726, en calidad de tercera adquirente, de conformidad a lo establecido en el artículo 625 numeral 4, inciso 2 del Código General del Proceso, norma según la cual *“En aquellos procesos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigencia de este código, hubiese precluido el traslado para proponer excepciones, el trámite se adelantará con base en la legislación anterior hasta proferir la sentencia o auto que ordene seguir adelante la ejecución. Dictada alguna de estas providencias, el proceso se seguirá conforme a las reglas establecidas en el Código General del Proceso”*.

1. LO PEDIDO Y EL SUSTENTO FACTICO

1.1 De lo pedido: se sintetiza así:

Se libre mandamiento de pago a favor del señor **GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA** y en contra del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN** y de sus herederos determinados **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN**, **ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN**, **MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, y de sus **HEREDEROS INDETERMINADOS** y como tercer adquirente, la señora **NORMA PATRICIA SERNA MENESES**, por los siguientes conceptos:

- ❖ Por la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)**, con los respectivos intereses de mora calculados a la tasa máxima, a partir del 1 de julio de 2010, fecha en la que



JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA

se hizo exigible la obligación contenía en la escritura pública de hipoteca, hasta que el pago de la obligación, se efectúe en su totalidad.

- ❖ Por la suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$47.250.000)**, con los respectivos intereses de mora calculados a la tasa máxima, a partir del 1 de julio de 2010, fecha en la que ese hizo exigible la obligación, contenida en el título valor pagaré respaldado mediante la garantía hipotecaria, hasta que el pago se efectúe en su totalidad.
- Que se condene al pago de las costas y agencias en derecho que determine el Despacho.

1.2 El sustento factico de la demanda, se sinteriza así:

- Que el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, por medio de la Escritura Publica N° 3.050, del 30 de noviembre de 2009, constituyó a favor del demandante una hipoteca abierta de primer grado con cuantía indeterminada, con un crédito inicial por valor de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)**, en calidad de mutuo o préstamo, sin intereses.
- Que el deudor se obligó a pagar la suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$ 47.250.000)**, mediante pagaré suscrito el día 30 de noviembre de 2009, dicho pagaré se encuentra respaldado mediante la hipoteca abierta constituida por medio de la Escritura Publica N° 3.050 del 30 de noviembre de 2009.
- Que el pagaré se hizo exigible el 30 de junio de 2010, no se pactaron intereses de plazo o remuneratorios.
- Que para seguridad de la deuda, intereses, gastos y costas de la cobranza, el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, constituyó a favor del señor **GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA**, hipoteca especial de primer grado, sobre el siguiente inmueble: Casa N° 21-56 (B-12). Ubicada frente a la calle 40, del Municipio de Medellín, fracción de Buenos Aires de dos niveles, destinado a vivienda familiar, con un área construida de 55.74 metros cuadrados y un patio de 9.00 metros cuadrados, comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el Sur, con muros comunes y ventanearía que forma la fachada sobre el antejardín, frente a la calle 40; por el Norte, con muros que la separan de terrenos de la comunidad Hermanita de la Anunciación; por Occidente, con muros comunes que la separan de la casa 21-6; por el Oriente, con muros comunes que la separan de la casa 21-54; por el Nadir, con el terreno sobre el cual se levanta la edificación. Área ampliación aprobada 18 metros cuadrados. Este inmueble hace parte integrante de una edificación ubicada en Medellín, la cual fue sometida al régimen de propiedad horizontal, mediante Escritura Publica N° 5212 del 10 de septiembre de 1991, otorgada en la Notaria 12 del Circulo de Medellín, debidamente Registrada.
- Que el deudor se encuentra en mora en el pago de la obligación de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)**, así como la obligación contenida en el titulo valor pagaré por la



JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA

suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$47.250.000)**, el cual se hizo exigible el día 30 de junio de 2010.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. Del trámite surtido:

- El 17 de abril del 2013, mediante auto obrante a folio 37, se ordenó la notificación de la existencia del crédito a los herederos determinados e indeterminados del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, los cuales fueron notificados así:

Nombre	Fecha de notificación	Apoderado	Folio
Gustavo Adolfo Lopera Castrillón	3 de julio de 2013	Hugo Hernán Guzmán Castillo	49
Ángela María Lopera Castrillón	3 de julio de 2013	Hugo Hernán Guzmán Castillo	49
Herederos Indeterminados	1 de agosto de 2013	C.Ad. Luis Alberto Tangarife Bedoya	65
Norma Patricia Serna Meneses	11 de febrero de 2014	C.Ad. Luis Alberto Tangarife Bedoya	102
Mercedes Ángela Castrillón de Lopera	27 de Mayo de 2014	C.Ad. Luis Alberto Tangarife Bedoya	119

- El 14 de julio de 2014, el Juzgado Séptimo Civil Municipal, libró mandamiento de pago, dentro del proceso ejecutivo mixto, en contra del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN** y de sus herederos determinados **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN, ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN, MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, y de sus **HEREDEROS INDETERMINADOS** y asimismo en contra de la señora **NORMA PATRICIA SERNA MENESES** en calidad de tercer adquirente y a favor del señor **GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA**, solamente por la suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$47.250.000)**, por concepto de capital representado en el Pagaré presentado, más los intereses moratorios, a partir del 1 de julio de 2010 y hasta la cancelación total de la obligación, a la tasa del interés bancario corriente más un 50%, de conformidad con la certificación expedida por la Superintendencia Financiera¹, dicho auto fue notificado por estados el 16 de julio de 2014.
- El 22 de abril de 2015, se hizo presente ante el Despacho, el señor **LUIS ALBERTO TANGARIFE BEDOYA**, Curador Ad- Litem designado por el Despacho para representar a los señores **ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN, MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA, NORMA PATRICIA SERNA MENESES** y **LOS HEREDEROS INDETERMINADOS**, del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**.²
- El 6 de mayo de 2015, el Curador Ad- Litem, presentó contestación de la demanda, presentando como excepciones las siguientes:
 - ❖ Prescripción de la acción cambiaria.
 - ❖ Falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de una de las demandadas.

¹ Folio 120

² Folio 172



- ❖ Eventual nulidad.
- El 7 de junio de 2015, el **Dr. OVIDIO ALONSO GONZÁLEZ CARDONA**, apoderado del señor **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN**, presentó escrito de la contestación de la demanda, proponiendo las siguientes excepciones de mérito:
 - ❖ Limite en la cobertura de la garantía hipotecaria.
 - ❖ Nulidad del gravamen hipotecario.
 - ❖ Prescripción extintiva del derecho.
- De las excepciones presentadas, se le corrió traslado a la parte demandante, mediante auto del 11 de junio de 2015,³ de la cual presentó su pronunciamiento el 24 de junio de 2015.⁴
- El 3 de agosto de 2015, mediante auto, se decretaron las pruebas que se tendrían en cuenta, tanto para la parte demandante como para el demandado.⁵
- El 5 de septiembre de 2016, se declaró precluida la etapa probatoria y se corrió traslado a los alegatos de conclusión.⁶

3. CONSIDERACIONES

Presupuestos Procesales

Concurren en el presente negocio los presupuestos procesales necesarios para proferir sentencia de fondo, la competencia es atribuible al despacho, teniendo en cuenta cuantía y el cumplimiento de la obligación, no existen nulidades, impedimentos, ni recusaciones, y las partes tienen capacidad para actuar en el proceso.

Problemas jurídicos a resolver:

El problema jurídico a resolver se sintetiza en determinar si es procedente ordenar seguir adelante la ejecución en forma como fue ordenada en el mandamiento de pago o si alguna de las excepciones propuestas está llamada a prosperar.

Tesis Del Despacho:

La tesis que sostendrá el despacho es que las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar, por lo tanto, se ordenará seguir adelante la ejecución como fue ordenado en el mandamiento de pago, con la salvedad que respecto de la señora **NORMA PATRICIA SERNA MENESES**, la orden se limita al inmueble hipotecado, y de los señores **GUSTAVO ADOLFO, ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN** y **MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, hasta la cuota parte que les haya correspondido en la liquidación de la sociedad conyugal y herencia.

³ Folio 203

⁴ Folio 206

⁵ Folio 216

⁶ Folio 256



Tesis que se sustenta bajo los siguientes argumentos:

1. Del título base de cobro judicial

Se presenta para cobro judicial, Pagaré, creado el 30 de noviembre de 2009 en la ciudad de Medellín, mediante el cual el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, identificado con cedula de ciudadanía número 8.284.901, aceptó pagar en la ciudad de Medellín, el 30 de junio de 2010, la suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$47.250.000)**, a orden del señor **GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA**, identificado con cedula de ciudadanía número 3.572.512, **no se pactaron intereses corrientes pero si de mora a la tasa máxima legal permitida.**⁷

Para garantizar la obligación, el deudor, mediante escritura pública No 3050 del 30 de noviembre de 2009, constituyo hipoteca abierta sin límite de cuantía, sobre el bien inmueble identificado con matricula inmobiliaria No 001-571440.

Ahora bien, presentados en esos términos el pagare, se libró mandamiento de pago por la suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$47.250.000)**, por concepto de capital, más los intereses moratorios, a partir del 1 de julio de 2010 y hasta la cancelación total de la obligación, a la tasa del interés bancario corriente más un 50%, de conformidad con la certificación expedida por la Superintendencia Financiera, en contra del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN** y de sus herederos determinados **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN, ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN, MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA, NORMA PATRICIA SERNA MENESES** y de sus **HEREDEROS INDETERMINADOS** y a favor del señor **GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA**.

2. De los títulos valores y el ejercicio de la acción cambiaria

Conforme el Artículo 619 del Código de Comercio, los títulos valores como documentos que legitiman el ejercicio del derechos literal y autónomo que en ellos se incorporan, revisten de ciertas características especiales a saber: la literalidad, la legitimación, la incorporación y la autonomía, que para que se puedan hacer valer mediante un proceso ejecutivo, deben cumplir con unos requisitos de aplicación general, previstos en el Artículo 621, ibídem y que a saber son:

- “1) La mención del derecho que en el título se incorpora, y
- 2) La firma de quién lo crea.

La firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto.

Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el del domicilio del creador del título; y si tuviere varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo en el lugar en que éstas deban ser entregadas.

⁷ Folio 12



JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA

Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega.”

Unos especiales según sea el título valor emitido, como en este caso, los previstos en el Art. 709 ibídem, por tratarse pagares, y que son:

- 1) La promesa incondicional de pagar una suma determinante de dinero;
- 2) El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago;
- 3) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y
- 4) La forma de vencimiento.

Así, el título constituido con el lleno de estos requisitos, presta mérito ejecutivo al tenor de lo dispuesto en el Art. 488 del C. de P. Civil, ya que contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible de pagar una suma de dinero.

Ejerce el actor la acción cambiaria, definida como el contenido de derecho sustancial en cabeza del tenedor del título valor, que puede hacerse valer contra el deudor, ya por la vía de un cobro voluntario, ya por el correspondiente proceso judicial, evento en el cual ante un procedimiento ejecutivo no se requiere reconocimiento de firmas (Art. 793 Ib.)

Prevé el Artículo 780 del Código de Comercio, que la acción cambiaria se ejercita, entre otros eventos, en el caso de no pago o pago parcial. Aducida a la pretensión el incumplimiento a las obligaciones derivadas del título, procede su análisis y los medios de defensa esgrimidos para enervar las pretensiones.

El Art. 620 del Código de Comercio, nos dice que los títulos valores no producirán los efectos legales, si no contienen las menciones y llenan los requisitos que la ley señala, para que exista la obligación cambiaria. En efecto, en forma expresa dicha norma manifiesta que los títulos valores regulados en el Código, sólo surtirán sus efectos propios si reúnen los requisitos formales, y que, si no son llenados, no habrá título alguno.

No obstante, lo anterior la acción cambiaria puede ser objeto de excepciones por parte del deudor, las cuales se encuentra señaladas de forma taxativa en el artículo 784 de código adjetivo de la materia.

3. De las excepciones propuestas.

Notificado el mandamiento de pago, el **Dr. LUIS ALBERTO TANGARIFE BEDOYA**, Curador Ad-Litem de alguno de los demandados, y el apoderado de **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN** heredero de **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, contestaron la demanda y propusieron excepciones de mérito que pasan a resolverse así:

3.1 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA

1. Fundamentos de la excepción

Solicita el Curador Ad- Litem que, se declare probada la prescripción extintiva de la acción cambiaria, toda vez que la misma prescribe en tres años a partir del vencimiento de la obligación.



Además, afirma que la parte demandante presentó la demanda el 25 de enero de 2013, es decir antes de operar la prescripción, pero solo vino a notificarla a varios de los demandados, a través del mismo, el 22 de abril de 2015, es decir, mucho tiempo después de que se había consumado los tres años. A partir del vencimiento de la deuda, la parte demandante contaba con un término de 3 años para notificar el mandamiento de pago a los deudores, hecho que no ocurrió, pues como puede apreciarse, la notificación de la demanda al Curador Ad Litem se produjo por fuera de este término. Además, que no opero la interrupción del término prescriptivo de que trata el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

El demandado del heredero **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN**, presentó igualmente excepción de prescripción, bajo el argumento que la obligación se vencía el 30 de junio de 2010, demanda se presentó el 24 de enero de 2013, pero se notificó al heredero a finales del mes de junio de 2015

2. Argumentos de la parte demandante

Descorrido el traslado de las excepciones, la parte demandante manifiesta que la demanda se radicó el día 26 de febrero de 2013, pero el Despacho solo profirió mandamiento de pago hasta el día 17 de julio de 2014, el día 4 de agosto de 2014 se corrigió el respectivo mandamiento, por ende el término de prescripción del derecho o de caducidad de la acción se entiende suspendido desde la presentación de la demanda siempre y cuando los demandados sean notificados dentro del año siguiente a la fecha del mandamiento y para el caso en concreto, dicha notificación se surtió dentro del término, por ende no se puede deprecar que haya operado la caducidad de la acción o la prescripción de derecho.

3. Pronunciamiento del despacho

La acción cambiaria está reglamentada en los artículos 780 a 793 del Código de Comercio de los cuales se puede extraer que se ejerce de manera directa contra el aceptante del título valor entre otros casos por falta de pago o de pago parcial, quien puede interponer entre otras excepciones la de la prescripción, la cual se presenta dentro de los 3 años contados a partir del día del vencimiento de la obligación.

Por su parte el artículo 2512 del Código Civil establece:

*(...) La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de **extinguir** las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.*

Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.

Y el artículo 2535 del Código Civil, señala:

(...) 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.

De la interrupción de la prescripción tenemos:



El artículo 2539 del código Civil señala:

(...) La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial.

Y el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil dice:

“La presentación de la demanda interrumpe el término el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.”

Revisado el proceso, se tiene:

- El pagaré, se hizo exigible el 30 de junio de 2010, razón por la cual el término de prescripción empieza a contar a partir del 1 de julio de 2010, donde se encuentra vencida la obligación, quiere decir entonces que la prescripción del presente pagaré ocurriría el 1 de julio de 2013.
- La parte demandante, presenta demanda ejecutiva, el 24 de enero de 2013, de la cual se libró mandamiento de pago mediante auto N° 412 del 14 de julio de 2014, y notificado por estados el 16 de julio de 2014.
- Los demandados **ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN, MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA, NORMA PATRICIA SERNA MENESES** y los **HEREDEROS INDETERMINADOS** del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, fueron notificados del mandamiento de pago el 22 de abril de 2015, mediante el Dr. **LUIS ALBERTO TANGARIFE BEDOYA** Curador Ad-Litem.
- El 7 de junio de 2015, el demandado **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN**, allegó mediante apoderado judicial, contestación de la demanda.

Por lo anterior, se evidencia que el auto que libró mandamiento de pago se le notificó a los demandados antes de que transcurriera un año a partir de la notificación por estados del mismo, configurándose así la interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda, razón por la cual la excepción de prescripción extintiva presentada por el curador ad-litem y por el demandado **GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN**, no está llamada a prosperar.

3.2.FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO A UNA DE LAS DEMANDADAS.

1. Fundamentos de la excepción



**JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA**

Afirma el Curador Ad- Litem, que se libró mandamiento de pago en contra de la señora **NORMA PATRICIA SERNA MENESES** por haber adquirido derecho hereditario y ganancial, según consta en Escritura 338 del 12 de febrero de 2010 de la Notaria 21 de Cali.

Manifiesta también, que, al haber fallecido el obligado directo, la demanda se debe dirigir solo en contra de sus herederos, por los adquirentes tanto de gananciales como de acciones hereditarias, solo tienen una expectativa que se viene a concretar, cuando se lleva a cabo la sucesión; mientras tanto, los herederos a título universal, son los únicos que tienen la obligación de soportar la acción judicial. La señora adquirió derechos herenciales, calidad que no le convierte en heredera, los herederos siguen siendo los descendientes del causante, razón por la cual la señora **NORMA PATRICIA SERNA MENESES**, no ha debido ser demandada en este proceso hipotecario, configurándose de esta manera, solo respecto a ella la falta de legitimación en la causa por pasiva.

2. pronunciamiento del despacho

El artículo 1422 del código civil establece:

“Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria sobre cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicios del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos, por la cuota que a ellos toque de la deuda.

Aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra sus coherederos, no será cada uno de éstos responsables sino de la parte que le quepa en la deuda.

Pero la porción del insolvente se repartirá entre todos los herederos a prorrata.”

A su turno el artículo 1967 y 1968 ibídem, y que a su tenor literal establecen.

Artículo 1967: El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario.

ARTICULO 1968. Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos, o vendido efectos hereditarios, será obligado a reembolsar su valor al cesionario.

El cesionario por su parte será obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia.

Cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa.

Se aplicarán las mismas reglas al legatario.

Así mismo el inciso tercero del artículo 554 del CPC, refiriéndose al ejecutivo con título hipotecario señala: “**La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o la aeronave materia de la hipoteca o de la prenda**”, adicionalmente a lo dispuesto en el artículo 2452 del código civil que establece “**La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez.**”



En ese orden de ideas y como quiera que la señora NORMA PATRICIA SERNA MENESES, aparece en la anotación No 10 de certificado de tradición y libertad de la matrícula inmobiliaria No 001-571440, aparece como adquirente con falsa tradición del inmueble hipotecado, la acción ejercida en cuanto afecta el bien hipotecado, legítima por pasiva a la demanda en lo que corresponda a dicho bien, en razón a la acción de persecución que se deriva de la hipoteca, razón por la cual, esta excepción tampoco está llamada a prosperar.

3.3. NULIDAD DEL GRAVAMEN HIPOTECARIO.

1. Fundamentos de la excepción:

Argumenta el demandado (**GUSTAVO ADOLFO LOPERA CASTRILLÓN**) que el gravamen hipotecario está viciado de nulidad como quiera que el bien está afectado vivienda familiar, toda vez, que cuando el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, adquirió el inmueble estaba casado con la señora **MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, y como no tenían otro bien destinado a vivienda, el bien quedó afectado por ministerio de la ley, sin que pueda ser gravado sin el consentimiento de ambos cónyuges, toda vez que por mandato de la ley el desconocimiento de esta disposición, los actos jurídicos que lo desconozcan queda viciado de nulidad absoluta.

2. Argumentos del demandante

Aduce el demandante que el inmueble no estaba afectado a vivienda familiar toda vez que cuando el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, adquirió el 100% del inmueble estaba separado de la señora **MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, además el señor **LOPERA TOBÓN**, vivía en Medellín y la señora **CASTRILLÓN** en Cali, que los hijos eran mayores de edad, y por lo tanto el referido bien no era de vivienda familiar, adicional a ello, el señor **LOPERA TOBÓN**, declaró bajo la gravedad de juramento ser soltero y no tener sociedad o unión marital de hecho vigente, que el préstamo fue adquirido para comprar el 50% del bien, así mismo que de conformidad al artículo 5 de la ley 258 de 2006, no le es oponible toda vez que en certificado de libertad y tradición, no se encuentra inscrita dicha afectación.

3. Argumentos del despacho

La afectación a vivienda familiar está reglamentada en la ley 258 de 2006 y en su artículo 5 señala: **“La afectación a vivienda familiar a que se refiere la presente ley solo será oponible a terceros a partir de anotación ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y en el correspondiente Folio de Matrícula Inmobiliaria”**, que revisado el certificado de libertad y tradición del bien hipotecado, dicha afectación no se encuentra inscrita, por lo tanto, no les es oponible al acreedor hipotecario.

Sobre este rema la corte en sentencia--- adujo

“por cuanto las conclusiones del juzgador a propósito de la calidad de parte de la entidad respecto del contrato de hipoteca y de tercero en la compraventa del inmueble a partir de la cual se produce o entiende ope legis afectado a vivienda, la invalidez no por omisión de las constancias e indagaciones notariales sino por deficiencia de la legitimación dispositiva, aquiescencia o beneplácito concurrente de los consortes y la necesidad de su inscripción para su oponibilidad a terceros, son acertadas. En efecto, la institución bancaria ni era titular ni adquirió el dominio del bien sino un derecho real de



JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA

garantía por acto posterior y el concepto de tercero, concierne a quien es ajeno al interés, siendo igualmente prístina la inoponibilidad de la afectación cuando no consta en el registro respectivo frente a éstos, de quienes excepcionalmente el negocio jurídico genera efectos ('res inter alios acta aliis neque nocere neque prodessee potest') y, como en la hipótesis sub lite, de cuya inscripción pende su oponibilidad.

La inoponibilidad del negocio jurídico se traduce en la ausencia de sus efectos respecto de o en contra de alguien, generalmente, por inobservancia de las cargas de conocimiento, previsión, sagacidad, probidad, corrección, tutela de la buena fe o por las circunstancias disciplinadas por la ley, a cuyo tenor, 'será inoponible el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija'

(...)

Claro es que si el artículo 5° de la Ley 258 de 1996 determina que “[l]a afectación a vivienda familiar a que se refiere la presente ley sólo será oponible a terceros a partir de la anotación ante la oficina de registro de instrumentos públicos y en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria”, sin la correspondiente inscripción de la afectación al momento de la adquisición del predio, ésta resulta inoponible para quien funge como tercero respecto del mencionado acto adquisitivo.”

Es decir, que la afectación a vivienda familiar opera de pleno derecho para el momento de adquirir el inmueble, no para constituir el gravamen, en ese sentido, el acreedor hipotecario viene siendo un tercero, que para que le sea oponible dicha afectación, debe estar inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la prueba obrante en el proceso se tiene que el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, tanto en la escritura pública No 3.050 del 30 de noviembre de 2009, y en la escritura pública No 3.049, del 30 de noviembre de 2009, ambas de la notaria 9 de Medellín, declaro, ser soltero y sin unión marital de hecho, es más en la escritura por medio del cual adquirió el 50% restante del inmueble, el notario lo indaga sobre su estado civil, si tiene matrimonio y sociedad conyugal vigente o unión marital de hecho y sociedad patrimonial de bienes, o si posee otro inmueble diferente al que adquiere afectado a vivienda familiar, a lo que respondió bajo la gravedad de juramento ser soltero, sin unión marital de hecho, dejándose constancia en la escritura que por tal situación, el inmueble no queda afectado a vivienda familiar.

Por otra parte tampoco existe prueba alguna que acredite que para el momento en que se adquirió el 100% del inmueble, el señor **LOPERA TOBÓN**, conviviera con la señora **CASTRILLÓN DE LOPERA**, y que por tanto dicho bien, haya sido destinado para su vivienda familiar, toda vez que conforme el artículo 1 de la norma en cita, según la cual ***“Entiéndase afectado a vivienda familiar el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio destinado a la habitación de la familia.”***, hecho que se itera no está acreditado, pues el simple hecho del matrimonio, no es prueba de que se den los elementos de dicha afectación, ni que el solo dicho del demandado sea prueba de ello, bajo el principio que nadie puede crear su propia prueba.

Bajo tales argumentos, esta excepción tampoco está llamada a prosperar.



3.4. Límite de la garantía hipotecaria

1. Fundamentos de la excepción

Aduce el heredero demandado, que en hipoteca se está garantizando \$ 1.000.000, como crédito inicial, razón por la cual, por mandato del artículo 2455 del Código Civil, la misma debe limitarse al duplo de esta suma.

2. Argumentos del demandante.

El demandante se opone a esta excepción bajo el argumento que la hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, y que la carta a la que se hace referencia es la que se exige únicamente para el cobro de los gastos y derechos notariales y de registro, que se está dando una interpretación errada al artículo 2455, toda vez que este se refiere a las hipotecas simples o cerradas.

3. Argumentos del despacho.

Se aporta con la demanda primera copia de la escritura pública número 3050 del 30 de noviembre de 2009, de la notaria 9 del círculo de Medellín, por medio de la cual el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, constituyo **HIPOTECA GLOBAL ABIERTA DE PRIMER GRADO Y SIN LIMITE DE CUANTÍA**, a favor de **GILDARDO GARCÍA CORREA**, para garantizar al acreedor el pago de toda obligación que por cualquier concepto contraigan o hayan contraído de forma individual o personal, en forma conjunta o en unión con otras personas naturales o jurídicas, siempre que consten en títulos valores o ejecutivos y que tendrá vigencia mientras exista cualquier obligación sin cancelar. Que el crédito inicial fue por \$ 1.000.000.

Ahora bien, la hipoteca está reglamentada en el artículo 2432 y siguientes del código civil, así:

ARTICULO 2432. La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

ARTICULO 2455. La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente, pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.

El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda.

La Corte en sentencia, puntualizo lo siguiente⁸:

“El de hipoteca, según se puntualizó, tiene por función práctica o económica social garantizar el cumplimiento de una obligación principal a la cual accede. (...)

La prestación debe observar requisitos mínimos concernientes a su posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad y, alguna doctrina, agrega su patrimonialidad.

⁸ CSJ sala de casación civil, primero (1°) de julio de dos mil ocho (2008). expediente 2001-00803-01, MP William Namén Vargas, traída a colación en sentencia STC1613-2016



JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA

La posibilidad física y jurídica de la prestación, concierne a su ejecución, esto es, cuando es susceptible de verificarse u observarse conforme a la naturaleza y al ordenamiento jurídico. En tal sentido, según el artículo 1518 Código Civil, sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan' y, de ordinario, se supone la existencia actual (in rerum natura), más nada se opone a la futura, así el artículo 1869 Código Civil, relativo a la compraventa aplicable por analogía legis a la prestación- permite la venta de cosas que no existen cuya existencia se espera y sujeta a la condición de existir (rei speratae) , salvo que se exprese otra cosa o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte' (rel spei), es decir, en el primer caso, la existencia es una condición (conditio juris, naturalia negotia) y, en el segundo, la eventualidad, riesgo, alea o esperanza (spes) es bastante.

La prestación también debe ser suficientemente determinada, pero nada obsta su determinabilidad con sujeción a las pautas del título o de la ley o, de ambos, por las mismas partes o por terceros (...) incluso por decisión judicial y por tarde al instante de su ejecución.

Con la locución 'hipoteca abierta', se denota la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen.

Tratase, por consiguiente, de una garantía abierta para varias, diferentes, múltiples, sucesivas obligaciones, por lo común, futuras, indeterminadas y determinables durante su vigencia sin necesidad de estipulación posterior, siendo así 'general respecto de las obligaciones garantizadas' (Cas. Civ., 3 de junio de 2005, expediente 00040-01).

En consonancia con las exigencias de la prestación y del objeto de los negocios jurídicos, la hipoteca puede otorgarse bajo condición suspensiva, desde o hasta cierto día sujeta a su verificación o en 'cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba' (art. 2438 C.C.), respecto de un bien futuro confirmando el derecho a su inscripción en la medida de su existencia y adquisición por el deudor o sobre una cosa de la cual se tenga un derecho eventual, limitado o rescindible (art. 2441 C.C.) y mediante estipulación expresa (accidentalia negotia), podrá limitarse a una suma determinada superior o inferior al monto de la prestación principal garantizada pero por disposición legal no se extiende a más del duplo de su importe presunto o conocido a cuya reducción en caso de exceso tiene derecho el deudor (art. 2455 C.C.). **En nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía, desde luego que la prestación futura es indeterminada en su existencia y cuantía, aunque determinable al instante de su cumplimiento y ejecución según corresponde a su función práctica o económica social.**

En todo caso, la hipoteca cualquiera sea su modalidad, 'abierta' o 'cerrada' al tenor del artículo 2455 del Código Civil, no va más allá del duplo de la obligación garantizada, ni aún conocido con exactitud el quantum y de acordarse una suma mayor, pues, en esta hipótesis el contrato no es ilícito ni nulo, sino que la garantía está circunscrita al monto máximo tarifado en la ley, siendo ineficaz el exceso. En efecto, cuando se excede el duplo de la obligación garantizada, el orden jurídico no establece la invalidez sino la reducción del exceso, lo que significa que la garantía conserva eficacia hasta concurrencia.

En una palabra, para la recurrente toda hipoteca debe tener una cuantía determinada, sea porque expresamente se establezca o porque se colija de la obligación garantizada desde el momento de su constitución, pues de lo contrario se viola una norma de carácter imperativo al dejar al deudor sin el derecho de reducción; pero es evidente que tal apreciación no puede, ni con mucho, erigirse como criterio a seguir para la interpretación de los citados preceptos





JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA

2438 y 2455, porque cierra posibilidad no sólo a la hipoteca de cuantía indeterminada sino que ésta se anticipe a la obligación garantizada, con lo cual, ahí sí, se desconocerían normas de carácter imperativo.

Es patente que lo dicho por la censura no está previsto en las disposiciones en cuestión, justamente porque no sólo legalmente la hipoteca se puede convenir con anterioridad al contrato garantizado permitiéndose la indeterminación de la obligación protegida, sino porque es clara la potestad de los contratantes de determinar el monto del gravamen al momento de su otorgamiento, situación que para nada restringe el derecho del deudor a pedir la reducción del importe de la hipoteca, cuando establecida quede la cuantía o naturaleza del contrato principal o cuando expresamente la convengan las partes o la determine el juez y con base en ello ejercer su derecho de reducción.”

En ese orden de idea, la hipoteca abierta y sin límite de cuantía son válidas, y la delimitación de la cuantía, no obedece al monto señalado en el contrato de hipoteca sino en la obligación determinada al momento de la ejecución, pues se itera, es válido garantizar obligaciones que al momento de la constitución del gravamen no existen.

Para el presente caso el mismo día de constitución de la hipoteca el señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**, firmo un pare a favor de demandante por valor de \$ 47.250.000, por lo tanto, debe entenderse que la hipoteca constituida en su favor, garantiza esta obligación, pues resulta ilógico aceptar, que habiendo suscrito un pagare el mismo día de la constitución de la hipoteca, el límite de esta sea por la suma de \$ 1.000.000., de lo que se colige precisamente que la carta aludida y anexa a la hipoteca es para efectos notariales como del texto del mismo documento se desprende, cuando se lee: “ **me permito manifestar que el crédito inicial de la hipoteca abierta sin límite de cuantía que otorga a mi favor, el señor CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN, identificado con la cedula de ciudadanía No 8.284.901, es la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$ 1.000.000) (...) lo anterior con el fin de cumplir la exigencia establecida en las normas que regulan la actividad notarial**”, de ello se colige que la voluntad de las partes, era declara un valor menor al realmente garantizado inicialmente, para reducir gastos notariales y de registro.

Bajo estos argumentos, esta excepción tampoco está llamada a prosperar. En ese orden de ideas, al no prosperar ninguna de las excepciones propuestas, debe ordenarse seguir adelante la ejecución, con las siguientes acotaciones.

Como quiera que se trata de una acción ejecutiva mixta en la que se persiguen otros bienes además del hipotecado, la ejecución debe proseguirse así:

Contra la señora **NORMA PATRICIA SERNA MENESES**, se limita al inmueble hipotecado, los señores **GUSTAVO ADOLFO, ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN** y **MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, se limita a lo que les haya correspondido de la liquidación de la sociedad conyugal y herencia de conformidad a lo establecido en los siguientes artículos del código civil.

Artículo 1411 Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos, a prorrata de sus cuotas.

Así, el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias.

Pero el heredero beneficiario no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda.

Lo dicho se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1413 y 1583.



**JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA**

Artículo 1796: La sociedad es obligada al pago:

1o.) De todas las pensiones e intereses que corra, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad.

2o.) <Numeral modificado por el artículo 62 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:>

2. De las deudas y obligaciones contraídas durante su existencia por el marido o la mujer, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían las que se contrayeren por el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.

La sociedad, por consiguiente, es obligada con la misma limitación, al gasto de toda fianza, hipoteca o prenda* constituida por cualquiera de los cónyuges".

3o.) De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello.

4o.) De todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge.

5o.) Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia.

Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez o prefecto moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge.

Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue por una vez o periódicamente una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya impuesto expresamente al marido.

ARTICULO 1304. El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes, que han heredado.

DECISIÓN

En mérito de lo brevemente expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN – ANTIOQUIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las excepciones propuestas por la parte demanda

SEGUNDO: ORDENAR seguir adelante la ejecución por las sumas de dinero ordenadas en el mandamiento de pago a favor del señor **GILDARDO DE JESÚS GARCÍA CORREA** y en contra de los señores: **NORMA PATRICIA SERNA MENESES**, limitado al inmueble hipotecado, de los señores **GUSTAVO ADOLFO, ÁNGELA MARÍA LOPERA CASTRILLÓN** y **MERCEDES ÁNGELA CASTRILLÓN DE LOPERA**, hasta la cuota parte que les haya



**JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA**

correspondido o corresponda en la liquidación de la sucesión del señor **CARLOS ALBERTO LOPERA TOBÓN**.

TERCERO: PRACTICAR la liquidación del crédito según lo prevenido por el Artículo 446 del Código General del Proceso.

CUARTO: DECRETAR el remate del bien hipotecado, embargado y secuestrado, previo su avalúo, para que con el producto se pague el crédito.

QUINTO: FIJAR como honorarios definitivos del curador **LUIS ALBERTO TANGARIFE BEDOYA**, la suma de \$ 300.000, sin tener en cuenta los gastos provisionales, los cuales estarán a cargo de la parte demandante quien podrá incluir dicho pago en las costas procesales.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demanda, para tal efecto las agencias en derecho se fijan en \$ 4.700.000 de conformidad a lo establecido en el acuerdo 1887 de 2003, en su artículo sexto numeral 1.8.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARLY ARELIS MUÑOZ
Juez

☺



JUZGADO 29 CIVIL MUNICIPAL
MEDELLIN ANTIOQUIA

Firmado Por:

MARLY ARELIS MUÑOZ

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 029 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLIN

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f150a533e0dfe323da82a3efc9bb0651a1d6c6d7abb74467b9d7b1926225c10b**

Documento generado en 09/09/2020 04:33:20 p.m.