Bogotá D.C., 2 de junio de 2.023

Señores:
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA CIVIL – FAMILIA.
ATN. MP. DRA. BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA
E. S. D.

Proceso:	EJECUTIVO HIPOTECARIO
Radicado:	54405310300120200003601 (2023-0152)
Demandante:	BANCOLOMBIA S.A.
Demandado:	PROMOTORA INMOBILIARIA BHARI S.A.S. Y OTROS
Asunto:	SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ VERA, ciudadano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 91541193 expedida en Bucaramanga, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 185968, otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, entidad ante la cual tengo registrada la cuenta de correo electrónico joseantonio@ruedamantilla.com, actuando en calidad de apoderado de las sociedades demandadas **PROMOTORA INMOBILIARIA BHARI SAS EN REORGANIZACIÓN, CONSTRUCTORA SAN FERNANDO DEL RODEO SAS** y **OBRINCI CONSTRUCCIONES SAS,** de manera comedida y respetuosa me dirijo a usted con el fin de sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia que fuera dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, en audiencia pública celebrada el 18 de abril de 2.023.

Teniendo en cuenta que la providencia expedida por su Despacho mediante la cual se admitió el recurso de apelación interpuesto en contra de la referida sentencia, quedó ejecutoriada el 30 de mayo de 2023, el término de 5 días establecido por la Ley 2213 de 2022 para presentar la referida sustentación, en este caso transcurre entre el 31 de mayo de 2023 y el 6 de junio de 2023, lapso dentro del cual se radica la presente actuación, la cual resulta entonces oportuna.

Los reparos concretos que se formularon por parte de las sociedades que represento, como quedó plasmado en la respectiva videograbación, se refieren a que en el fallo de primera instancia se resolvió declarar como no probadas las excepciones planteadas, teniendo como fundamento para ello lo dispuesto por el artículo 430 del Código General del Proceso, esto es, por el hecho de que no se alegaron por la vía del recurso de reposición las falencias de tipo formal del título ejecutivo presentado para el cobro.

Lo anterior se afirma, puesto que, del contexto de la motivación de la decisión, se infiere que el a quo se refería a tal aspecto, a las controversias sobre los requisitos formales del título y a la disposición normativa según la cual, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declarase por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución.

Ante esta posición del juez de primera instancia debemos manifestar que efectivamente la norma procesal citada delimita la forma en que se deben plantear los defectos formales del título, aspecto atinente sólo a las excepciones planteadas por una de las entidades demandadas, más no por todas ellas. En los términos del artículo 61 del Código General del Proceso no se puede colegir la existencia de un litis consorcio necesario en el presente asunto, por lo que las excepciones planteadas por cada uno de los intervinientes ameritaron el respectivo análisis.

Nótese que el artículo 282 del Código General del Proceso releva a los jueces de resolver todas las excepciones, sólo en el caso de que encuentre probada una de ellas, de manera que en el presente caso no existe ninguna circunstancia a partir de la cual el a quo haya quedado relevado del análisis de todas las excepciones planteadas.

Es por ello que nuestros reparos están llamados a prosperar y a generar la revocatoria de la sentencia apelada, para que ahora, en sede de instancia se profiera el fallo que en derecho corresponda, respecto de las alegaciones oportunamente planteadas por **CONSTRUCTORA SAN FERNANDO DEL RODEO SAS** y **OBRINCI CONSTRUCCIONES SAS** como actuales integrantes de la parte demandada.

Las excepciones presentadas por nuestra parte en contra del mandamiento de pago fueron las denominadas “Inexistencia de la obligación respecto de las sociedades demandadas OBRINCI CONSTRUCCIONES SAS y CONSTRUCTORA SAN FERNANDO DEL RODEO SAS por no haberse dado la tradición exigida por el código civil en los contratos de mutuo”; “Inexistencia del aval alegado por BANCOLOMBIA S.A.”; e “Imposibilidad de pago por fuerza mayor. Bloqueo económico generado por BANCOLOMBIA S.A. al oponerse a liberar parte de la garantía hipotecaria otorgada, la cual es exorbitante. Divisibilidad de la hipoteca otorgada a favor de la entidad demandante”. Pero estos medios exceptivos no fueron objeto de análisis por parte del a quo como tampoco se hizo referencia a las pruebas obrantes respecto de cada una de las excepciones, lo que representa un incumplimiento de las normas procesales sobre el contenido de toda sentencia.

Es por esto que el reparo en torno a la denegación de declarar probadas las excepciones propuestas sólo en función de las disposiciones del artículo 430 del Código General del Proceso debe generar la revocatoria del fallo de primera instancia. Es evidente que no hay justificación para que en el fallo apelado sólo se resuelva una de las excepciones propuestas por una de las sociedades demandadas y no se tenga en cuenta lo alegado por el resto de los integrantes de la parte pasiva.

Ante la ausencia de valoración de las excepciones es necesario traer a colación nuevamente todos los planteamientos que integran la primera excepción, esto es, todos aquellos referidos a que en el pagaré rotulado con los números 78931350 45465131 se indica que el girador es la sociedad **PROMOTORA INMOBILIARIA BHARI SAS**, hoy en reorganización empresarial, quien manifestó pagar el dinero que fuera recibido en calidad de mutuo con interés. Este hecho que se demostró sin oposición demostrada, indica que el negocio original a partir del cual se diligenció el título valor, corresponde a un préstamo de dinero o mutuo en el que sólo intervino el aquí demandante como tradente y la sociedad hoy en reorganización como mutuaria.

En el marco del examen sobre las condiciones y ejecución del contrato de mutuo objeto de esta litis, tenemos que resaltar que dentro de los hechos de la demanda no se menciona a quien o a quienes, se les hizo entrega del dinero objeto del contrato o contratos de mutuos que originaron la suscripción del pagaré a ejecutar. Esta situación resulta especialmente relevante de acuerdo con lo estipulado por el Código Civil sobre los requisitos de eficacia de los contratos de mutuo.

En el Título XXX el Código Civil establece la reglamentación de los contratos de mutuo o préstamo de consumo, definiéndolo como un “contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad (artículo 2221) y seguidamente establece en su artículo 2222 el requisito de perfeccionamiento de este: “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio”.

Para el caso que nos ocupa, a la luz de la doctrina de la contratación contemporánea, debemos considerar inicialmente que estamos frente a un contrato de adhesión en el que los demandados se sujetaron a las condiciones preestablecidas por la entidad bancaria, lo que nos llevaría a reconsiderar el contenido de cláusula primera sobre la entrega del dinero y efectivo cumplimiento o la adecuación de tal proposición a lo realmente sucedido.

Para los demandados es claro que la tradición o desembolso del dinero cuyo pago se persigue mediante este proceso se efectuó sólo respecto de la sociedad

PROMOTORA INMOBILIARIA BHARI SAS y no respecto de **OBRINCI CONSTRUCTORES S.A.S.** ni de **CONSTRUCTORA SAN FERNANDO DEL RODEO S.A.S.** Este hecho hace parte de la verdad procesal y debió conducir a una valoración de los hechos y pruebas al respecto y a la determinación de su demostración o no, pero ello no ocurrió.

La parte demandante no acreditó en el escrito de demanda las circunstancias de tiempo, modo y lugar, bajo las cuales hizo el desembolso o entrega de las sumas de dinero cuyo cobro ahora pretende. Y más aún, omitió también señalar a aquel o aquella a quien le hizo entrega. Ante esta omisión es preciso entonces señalar que no fue a favor de los demandados que represento puesto que se demostró que entre las partes de este proceso no se perfeccionó el contrato de mutuo, hecho que se enmarca dentro del presupuesto establecido por el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio, esto es, se deriva del negocio jurídico que dio origen a la creación del título y se dirige en contra del demandante que fue parte en el respectivo negocio.

Como segundo reparo específico en contra de la sentencia de primera instancia, tenemos que nos e hizo un análisis de la excepción denominada “Imposibilidad de pago por fuerza mayor. Bloqueo económico generado por BANCOLOMBIA S.A. al oponerse a liberar parte de la garantía hipotecaria otorgada, la cual es exorbitante. Divisibilidad de la hipoteca otorgada a favor de la entidad demandante” respecto de la cual es necesario volver a alegar lo pertinente, dado que no fue objeto de valoración alguna por parte del a quo.

El artículo 784 del Código de Comercio establece de manera taxativa la procedencia de ciertas excepciones en contra de la acción cambiaria, y dentro de ella, encontramos aquellas derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación del título. Como **BANCOLOMBIA S.A.** participó en el negocio en virtud del cual exigió el otorgamiento tanto del pagaré objeto de cobro, como también del otorgamiento de la garantía hipotecaria, es procedente invocar como excepción el abuso de la posición contractual por parte de la entidad bancaria.

La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al decir que la hipoteca abierta y sin límite de cuantía si bien está prevista para garantizar obligaciones que en un principio no están determinadas, si van a ser determinables tanto en su monto como en el tiempo, pues iría en contra de los principios generales del derecho sostener una situación jurídica indeterminada y perpetua. Por ende, el precitado artículo 2455 del código civil también le aplica a la hipoteca abierta y sin límite de cuantía así:

> “ARTICULO 2455. <LIMITACION DE LA HIPOTECA>. 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" (Resaltado fuera del texto original).

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."

Al respecto de lo anterior la Corte Suprema de Justicia también ha dicho lo siguiente:

"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." (Sala de Casación Civil. M. P. William Namén Vargas. Sentencia del 1º de julio de 2008. Expediente 2001-00803-01)

A lo anterior la Corte Suprema de Justicia le añadió lo siguiente en sentencia *en la sentencia citada anteriormente:*

"…conforme a lo establecido en el último inciso del artículo 2438 del Código Civil, la hipoteca se suscriba en cualquier tiempo, esto es 'antes o después de los contratos a que acceda', pero no comparte que sean otorgadas sin 'individualización alguna', como lo admite el Tribunal, porque tal situación desconoce el derecho del deudor consagrado en el artículo 2455 del Código Civil, ya que al carecer de importe conocido o presunto desborda los límites que facultan otorgarla indeterminada, al no existir 'posibilidad objetiva ni razonamiento lógico deductivo' que permita colegir el duplo señalado en la norma para ejercer el derecho de reducción; debe existir por tanto un valor expreso o que se derive de la obligación misma, so pena de desconocer el precepto."

A partir de tales disposiciones, es claro que están dados los presupuestos requeridos para proceder con la disminución o reducción de la garantía hipotecaria

concedida, máxime, ahora que el predio respecto del cual se otorgó se encuentra dividido en múltiples matrículas inmobiliarias, todas ellas afectadas por la constitución del reglamento de propiedad horizontal derivado de la ejecución del proyecto ALTO BHARI VILLAS Y GOLF.

La negativa de la entidad demandante a permitir el desarrollo del proyecto, levantado las hipotecas respecto de los bienes inmuebles prometidos en venta, a sabiendas de que tal acto en nada afecta la garantía dada, pues el valor de todos lo inmuebles supera el doble del monto adeudado, y también representa una contradicción en cuanto a las razones por las cuales otorgó el crédito.

En cuanto a la divisibilidad de la hipoteca se debe tener en cuenta que las normas señaladas por **BANCOLOMBIA S.A.** no son absolutas; específicamente el artículo 2433 del Código Civil, según el cual, la hipoteca es indivisible, ha sido modificado por diversas normas tales como la Ley 182 de 1.948 que en sus artículos 22 y 23 contempló la posibilidad de dividir la hipoteca a prorrata de cada uno de los deudores e indicando que cada propietario debe sólo su parte. Luego de ello el Decreto 78 de 1987, en el literal g) del numeral 2) de su Artículo 2° estableció la obligación de acreditar que el acreedor se obliga a libera los lotes o construcciones que se vayan enajenando mediante los pagos realizados por cada propietario, lo cual equivale a expresar que la hipoteca de mayor extensión sólo deberá mantenerse en proporción al monto de la deuda. Igualmente cabe destacar que el artículo 120 de la Ley 388 de 1.997 previó que el permiso que se acaba de señalar como establecido por el Decreto 78 de 1.987 se sustituye por la simple radicación de un documento privado en el que se acredite tal liberación de una parte de la hipoteca.

Estas normas representan un antecedente diciente y muy significativo en torno al punto que se expone; en todo caso actualmente contamos con el artículo 17 de la Ley 675 de 2001 el cual estipula la necesidad de un certificado de aceptación del acreedor respecto del levantamiento proporcional al del gravamen, posibilitando así la reducción del número de bienes hipotecados en los casos en que la garantía se constituyó sobre un inmueble de mayor extensión.

Con la anterior exposición de normas y teniendo en cuenta los hechos expuesto como fundamento de todas las excepciones, tenemos que ha sido la parte demandante, quien no ha posibilitado el correcto desarrollo del proyecto, bajo el argumento de la obligatoriedad de mantener una garantía hipotecaria, en un onto superior al valor actual de la deuda, impidiendo así que el proyecto avance en cuanto a la materialización o concreción de la venta de cada una de sus unidades, aspecto que permitirá efectuar el pago de los saldos adeudados.

A partir de la reiteración de los anteriores argumentos jurídicos, se sustenta el recurso de apelación mediante el cual se señaló como error del a quo el no haber efectuado un pronunciamiento y análisis de todos los medios de defensa invocados, buscando de esta manera que el ad quem valore cada uno de ellos, junto con las pruebas obrantes dentro del expediente, y en sede de instancia, profiera la decisión que en derecho corresponda, esto es, la decisión en la que se efectúe una ponderación de todas las pruebas decretadas y practicadas, en función de todas las excepciones propuestas, especialmente de aquellas formuladas por las sociedades que el suscrito representa.

- PETITORIO

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios en audiencia celebrada el 18 de abril de 2023.

SEGUNDO. DECLARAR probadas las excepciones propuestas por las sociedades que representa el suscrito abogado, esto es, **CONSTRUCTORA SAN FERNANDO DEL RODEO SAS** y **OBRINCI CONSTRUCCIONES SAS.**

TERCERO. CONDENAR en costas a la parte demandante.

Atentamente,

_____

JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ VERA
C.C. No. 91.541.193 de Bucaramanga
T.P. No. 185968 del C. S. de la J.