

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D. C
SALA CIVIL DE DECISION**

Bogotá D.C. Primero (1º) de abril del año dos mil once (2011)

Referencia: Ejecutivo Mixto

Demandante: Ahorramas

Demandado: Edificio Santa Ana Ltda y otros.

Magistrado Ponente: ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación invocado por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 14 de agosto de 2007 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

El Banco Ahorramas, por medio de apoderado judicial formuló demanda contra Edificio Santa Ana Ltda - en Liquidación, José Manuel Pycó Durán, Juan Carreño Ospina, Inciv Ltda, Rugar Industrial Comercial S.A. - Rugarco, José Fernando Viviescas Monsalve, Esperanza de Jesús Ramírez de Viviescas, Rosa Inés Caimán Caro, Javier Verjan Aguirre, Ana Leonor Ladino

de Tafur, Juan Carlos Tafur Ladino, Ulises Alpizar Quintero, Sandra Yolanda González Manjarrés, Alfredo Garnica Ospina y Turki Zapata Malek, para que mediante el trámite del proceso ejecutivo hipotecario se libere mandamiento de pago a su favor y a cargo de los demandados por las siguientes cantidades:

1. Por el pagaré No 50003409070

1.1. Por la cantidad de 7.886.8688 (UPAC), correspondiente al capital, que al 25 de noviembre de 1998 equivalen a \$109.745.227,27

1.2. Por los intereses moratorios, sobre el capital anterior, a la tasa máxima legal, que a la fecha de la demanda era del 48.9 % efectivo anual, desde el 26 de marzo de 1998 hasta que el pago se verifique.

2. Por el pagaré No 50003409088

2.1. Por la cantidad de 9.788,2555. (UPAC), correspondiente al capital, que al 25 de noviembre de 1998 equivalen a \$136.202.890.10.

2.2. Por los intereses moratorios, sobre el capital anterior, a la tasa máxima legal autorizada del 48.9 % efectivo anual, desde el 26 de marzo de 1998 hasta que el pago se verifique.

3. Por el pagaré No 50003409096

3.1. Por la cantidad de 7.484.7514. (UPAC), correspondiente al capital, que al 25 de noviembre de 1998 equivalen a \$104.149.791,79.

3.2. Por los intereses moratorios sobre el capital anterior, a la tasa máxima legal autorizada que a la fecha de la demanda es del 48.9 % efectivo anual, desde el 26 de marzo de 1998 hasta que el pago se verifique.

Que se condene en costas a los demandados.

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora expuso en síntesis los siguientes hechos:

Los demandados, Edificio Santa Ana Ltda (deudor principal) y José Manuel Pyco Durán, Juan Carreño Ospina e Invic Limitada (avalistas), suscribieron el pagaré No. 50003409070, el 12 de diciembre de 1996; el pagaré No. 50003409088, el 18 de abril de 1997; y el pagaré No. 50003409096, el 6 de mayo de 1996, a favor de la Corporación Ahorramás, obligándose a pagar el capital mutuado el 26 de junio de 1998, más intereses corrientes al 17 % efectivo anual.

Mediante escritura pública No. 3.099 del 9 de junio de 1996, el deudor, Edificio Santa Ana Limitada, constituyó hipoteca abierta de primer grado sin límite de cuantía a favor de Ahorramás sobre el inmueble ubicado en la Calle 122 No. 37-67/79 de esta ciudad, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50N-20263238, para garantizar el pago de toda clase de obligaciones que debiera o llegare a deber. La hipoteca se extiende a todas las construcciones, aumentos y mejoras que el inmueble reciba.

Que sobre el pagaré No. 500034090070, la Corporación de Ahorro y vivienda Ahorramás, recibió abonos, reduciéndose el saldo de capital insoluto a la cantidad de 7.886.8688. UPAC, cantidad por la que se solicita que se libre mandamiento de pago respecto de dicho pagaré.

Que los deudores incurrieron en mora de pagar el saldo de capital y los intereses moratorios causados a partir del 26 de marzo de 1998.

Que mediante Escritura Pública número 5.804 del 6 de noviembre de 1996, adicionada por la escritura Pública número 6.301 del 28 de noviembre de 1996, otorgadas en la Notaría 31 de esta ciudad, se sometió a régimen de propiedad horizontal el Edificio Santa, ubicado en la Calle 122 No. No. 37-67/79.

La Escritura que contiene el gravamen hipotecario fue registrada en el folio de matrícula No. 50N-20263238, correspondiente al lote sobre el cual se constituyó originalmente la hipoteca y a los folios de matrícula inmobiliaria números 50N-20154205, 50N-20263238, 50N-20274705, 50N-20274709, 50N-20274710, 50N-20274713, 50N-20274719, 50N-20274720 y 50N-20274724, correspondientes a los apartamentos de propiedad de los demandados perseguidos a través de esta acción, que hacen parte del Edificio Santa Ana levantado sobre el lote hipotecado, y a los cuales también se extiende la hipoteca.

TRAMITE PROCESAL

El Juez de primer grado libró mandamiento de pago el primero de marzo de 1999 por el capital y los intereses solicitados en la demanda. De dicha providencia se ordenó la notificación personal a los demandados y se decretó el embargo de los inmuebles hipotecados. (folio 140 , cuaderno 1).

Enterados los demandados de la orden de pago, oportunamente concurrieron al proceso, unos en forma separada y otros conjuntamente por

conducto de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones de la demanda e invocando excepciones de mérito de la siguiente manera:

José Fernando Viviescas Monsalve y Esperanza de Jesús Ramírez de Viviescas, invocan como medios de defensa los que denominaron: **“Pago de la obligación en cobro en cuanto se refiere al inmueble del que son propietarios los demandados”** y **“Cobro de lo no debido”**.

Turki Zapata Malek, Rosa Inés Caimán Caro, Javier Verjan Aguirre, Ulises Alpizar Quintero, Sandra Yolanda González Manjarréz y Alfredo Garnica Ospina, proponen las excepciones denominadas: **“Cobro de lo no debido”**, **“Reducción de embargo”**, **“Violación al principio de la igualdad frente a la ley. Artículo 13 de la Constitución Nacional”**, y la de **“Protección a la Propiedad Privada”**. Posteriormente realizan el llamamiento en garantía al deudor principal y avalistas, con fundamento en el artículo 55 del código de procedimiento civil.

Los demandados, Edificio Santa Ana Limitada, José Manuel Pyco Durán, Ricardo Parra Bernal y Juan Carreño Ospina, invocan como medios de defensa las denominadas: **“Inexistencia parcial de la suma que se pretende recaudar”** y la de **“Inexigibilidad de la obligación e inoportunidad del proceso”**.

Por su parte, la sociedad demandada Rugar Industrial Comercial S.A. Rugarco, invoca como medios de defensa las denominadas: **“Extinción de la obligación dineraria y de la garantía hipotecaria”**, **“Cobro de lo no debido”**, **“Reducción de Embargo”**, **“Violación del artículo 2433 del C.C.C. de la indivisibilidad de la hipoteca”** y la de **“Llamamiento en garantía al Banco Davivienda S.A y a José Manuel Pyco Durán”**.

Mediante auto del primero de marzo de 2000, (folio 360 cuaderno. 1A,) el a-quo resolvió:

1. Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de mandamiento de pago inclusive, tras advertir que el trámite que correspondía imprimir al proceso era el de la acción ejecutiva mixta y no la hipotecaria.

2. Inadmitir la demanda para que se subsanara en los puntos allí señalados.

3. Aceptar el desistimiento de continuar la acción en contra de los demandados José Fernando Viviecas Monsalve y Esperanza de Jesús Viviecas de Monsalve.

Inconforme con esas decisiones el apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición, resuelto en auto de fecha 18 de octubre del año 2000 (folio 423 cuaderno 1B), disponiendo imprimir al proceso el trámite previsto en el último inciso del artículo 554 del código de procedimiento civil; declaró sin valor ni efecto el auto impugnado, a excepción de la caución que se ordenó prestar y ordenó correr traslado a los demandados del mandamiento de pago y su aclaración proferidos el primero de marzo y 7 de abril de 1999.

En fecha y hora señaladas para realizar la audiencia de conciliación, el Juez la declaró fracasada en atención a que no existió ánimo conciliatorio entre las partes.

Una vez allegada al plenario la réplica de Ahorramás a las excepciones propuestas por la parte demandada, se definió lo relacionado con las pruebas, y vencido el término para la práctica de las mismas, se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, oportunidad aprovechada por ambos

extremos para insistir en los argumentos consignados en la demanda y las excepciones de mérito.

Mediante auto del 25 de febrero de 2005, entre otras determinaciones, se ordenó tener como sustitutos procesales del señor Alfredo Garnica Ospina a los señores Juan Manuel Garnica Oviedo y María del Pilar Garnica Oviedo, previa solicitud de la parte actora con fundamento en el artículo 60 del C. de P.C. y se decretó la terminación del proceso, únicamente respecto de estos dos demandados en virtud de la dación en pago comunicada por el apoderado de la actora, en consecuencia se decretó el levantamiento de la medida cautelar decretada sobre el inmueble de la calle 122 No. 37 – 67 apartamento 406 del edificio Santa Ana de Bogotá.

LA SENTENCIA APELADA

Luego de concluir que los documentos aportados con la demanda prestan mérito ejecutivo, el juzgado de primera instancia resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada; ordenar seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento de pago de la demanda principal, con excepción de la conversión señalada en la parte motiva, en contra de Edificio Santa Ana Limitada en liquidación, José Manuel Pyco Durán, Juan Carreño Ospina, Rosa Inés Caimán Caro, Javier Verjan Aguirre, Inciv Limitada, Rugar Industrial Comercial S.A Rugarco, Ana Leonor Ladino de Tafur, Juan Carlos Tafur Ladino, Ulises Alpizar Quintero, Sandra Yolanda González Manjarréz y Turki Zapata Malek; seguir adelante con la ejecución respecto de la demanda acumulada en los términos del mandamiento de pago de 29 de mayo de 2002; en consecuencia se ordenó el remate de los bienes hipotecados para que con su producto se cancele el crédito; practicar la liquidación del crédito en la forma establecida en el

artículo 521 del código de procedimiento civil; ordenar el avalúo de los bienes cautelados y finalmente condenar en costas a la parte ejecutada.

Lo anterior en virtud de que las excepciones propuestas carecen de fundamento legal y no están debidamente soportadas en algún material probatorio en lo que se refiere al cobro de lo no debido, ya que es la ley la que ordena demandar al actual propietario del bien con fundamento en el derecho de persecución que le asiste a quien se le ha dado la garantía real de la hipoteca, por lo cual sí existe legitimación en la causa por pasiva, contrario a lo que alega la parte demandada en su defensa.

En cuanto al medio exceptivo “reducción de embargo”, lo encontró improcedente, pues no se dirige a enervar la acción, sino a obtener la reducción del embargo de los bienes objeto de cautela, petición para la cual existe un procedimiento en el estatuto procesal civil.

La misma suerte corrieron los restantes medios exceptivos propuestos, pues al igual que el anterior, resultaron improcedentes y carentes de sustentación legal y probatoria.

EL RECURSO DE APELACION

Inconforme con lo decidido, los ejecutados Turki Zapata Melek, Javier Verjan Aguirre y Ulises Alpizar Quintero, por medio de mandatario judicial interpusieron el recurso de alzada con el fin de que la providencia sea revocada y en su lugar se declaren probadas todas las excepciones propuestas.

Aducen como fundamento de su impugnación, que ninguno de los demandados antes mencionados es, o fue deudor del demandante, razón por la

que la excepción de cobro de lo no debido quedó plenamente demostrada. Agrega que por lo mismo al contestar la demanda solicitó llamamiento en garantía de los verdaderos deudores Edificio santa Ana Limitada, José Manuel Pyco Durán y Juan Carreño Ospina e Invic Limitada.

Por otra parte, argumentan que la sentencia proferida vulnera el derecho a la propiedad privada garantizado en el artículo 58 de la Constitución Nacional, refiriendo que los demandados no son deudores en razón a que no suscribieron ningún documento que acredite esa condición.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, se encuentran acreditados en el presente proceso, y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, o impedimento para proferir la decisión de fondo que se deba tomar en esta oportunidad.

Se ha de emprender entonces el estudio de los presupuestos materiales de la sentencia, es decir, examinar y resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido y la parte demandada la obligación correlativa.

En principio se debe precisar cuál es el documento en que la parte demandante apoya las pretensiones de la ejecución forzada, si cumple los requisitos para darle connotación de título ejecutivo y si a través de éste se puede proseguir la ejecución frente a la parte demandada.

En el caso en estudio, la parte demandante presentó el pagaré No. 50003409070, suscrito el 12 de diciembre de 1996; el pagaré No.

50003409088, suscrito el 18 de abril de 1997; y el pagaré No. 50003409096, suscrito el 6 de mayo de 1996, documentos que contienen la obligación base de la presente ejecución, ésta tiene la virtualidad de constituir título ejecutivo por ser un título valor y cumplir a cabalidad con los requisitos contenidos en los artículos 621 y 709 del Código de Comercio, que señalan los requisitos generales que debe llenar todo documento para ser título valor y los especiales para la creación del pagaré respectivamente, y a su vez con los demás preceptos establecidos en el artículo 488 del código de procedimiento civil.

Adicionalmente se otorgó una garantía real para el pago de la obligación, contenida en la primera copia de la Escritura Pública No. 3.099 del 19 de junio de 1996, otorgada en la Notaría 31 del Círculo Notarial de esta ciudad, la cual recogió la hipoteca que grava los inmuebles correspondientes al folio de matrícula inmobiliaria de mayor extensión No. 50N-20263238 ubicado en la Calle 122 No.37-67/79 y a los folios de matrícula inmobiliaria individuales Nos. 50N-20274705, 50N-20274709, 50N-20274710, 50N-20274713, 50N-20274719, 50N-20274720 y 50N-20274724 ubicado en la misma dirección, apartamentos 203, 301, 302, 305, 405, 406 y 504 del Edificio Santa Ana. Encuentra la garantía plena validez, debido a que no existe prueba en el plenario, de que haya sido cancelada por mutuo acuerdo entre las partes, la cual se encuentra debidamente registrada.

Ninguna cabida tiene entonces la censura del recurrente, puesto que a pesar de haberse suscrito el pagaré por los que fueron vendedores de los ejecutados, es la ley la que señala que dada la garantía real, en este caso, hipoteca sobre un lote de mayor extensión sometido a régimen de propiedad horizontal y por ende, sobre las unidades en él levantadas, al acreedor le asiste la facultad de perseguir el bien en cabeza de quien se encuentre, es decir, que así no haya firmado el documento contentivo de la obligación, es el bien el

que responde y por eso está legitimado por pasiva el actual propietario del inmueble, pues es éste el que debe responder por la obligación.

“Artículo 554. La demanda para el pago de una obligación en dinero con el solo producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, además de cumplir con los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá especificar los bienes objeto del gravamen.

(...)

(...)La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o la aeronave materia de hipoteca o de la prenda.(...)”

Así las cosas, como se mencionó anteriormente, se tiene que la hipoteca constituida sobre el inmueble objeto de gravamen en el presente proceso, es una garantía de carácter real, lo cual quiere decir que se persigue la cosa y no a la persona, tal como lo señala el artículo 665 del código civil.

“Artículo 665. DERECHOS REALES. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las otras acciones reales.”

Lo anterior nos muestra cómo el acreedor hipotecario tiene la facultad de demandar sobre el derecho real que tiene sobre el inmueble, así como lo estipula el artículo 554 del código de procedimiento civil, por tanto, sin necesidad de la aceptación del comprador, con base en el mismo título valor se puede hacer efectiva por vía judicial la obligación consignada en el título valor base de la presente ejecución, pues los demandados al realizar la compra de los inmuebles (unidades de apartamentos) debieron cerciorarse de la situación jurídica del lote de mayor extensión sobre el que fueron construidos, pues para ello se expiden los certificados de libertad y tradición, en el cual consta si

sobre el bien recae alguna medida, lo que nos da a entender que la actuación de la parte demandada no fue de carácter diligente.

Así las cosas, encuentra la Sala que el título valor base de la ejecución y la escritura pública contentiva de la garantía hipotecaria que conforman el título ejecutivo, el primero, y la garantía real, el segundo, gozan de plena validez, puesto que así se desprende del acervo probatorio dado que no hay ningún tipo de censura seria que ponga en duda el mérito ejecutivo de los documentos aquí relacionados.

En conclusión no puede prosperar la excepción propuesta en ese sentido.

En cuanto a la excepción de **“Protección a la Propiedad Privada”**, señala como punto de inconformidad el impugnante que el a-quo en el fallo proferido vulnera el derecho a la propiedad privada, consagrado en el artículo 58 de la Constitución Nacional, en razón a los mismos argumentos expuestos en el medio de defensa que antecede, es decir, por no tener la condición de deudores en razón a no haber firmado ningún documento que acredite esa condición, se advierte de entrada que tales argumentaciones no pueden enervar las pretensiones, pues como quedó estudiado en el anterior medio de defensa tampoco puede tener éxito, porque la acción ejecutiva hipotecaria contra persona distinta al hipotecante obedece al derecho de persecución consagrado en el artículo 2452 del Código Civil a favor del acreedor (concordado con el artículo 554 del C. de P. C.). El hecho de que el demandado no haya suscrito el pagaré, no impide el ejercicio de tal acción y en manera alguna vulnera el derecho de propiedad invocado, pues éste encuentra su límite en el derecho de los demás, bajo la protección de las leyes civiles. El derecho de propiedad no faculta al deudor con garantía hipotecaria para relevarse de la carga de pagar

la obligación, y por el contrario ese hecho, el de ser titular del bien gravado lo convierte en garante hasta donde alcance el valor del mismo bien.

En ese sentido en Sentencia T-427 de 1998, MP. Alejandro Martínez, se dijo: *“La configuración legal de la propiedad, entonces, puede apuntar indistintamente a la supresión de ciertas facultades, a su ejercicio condicionado o, en ciertos casos, al obligado ejercicio de algunas obligaciones”*.

Respecto de los términos y condiciones en que quedaron resueltas las restantes excepciones no fue motivo del debate impugnatorio por el apelante, por lo que se releva el Tribunal de entrar al análisis de sus temas, por cuanto con el silencio al respecto se debe interpretar la conformidad por parte del excepcionante.

No obstante, lo dicho respecto de las defensas propuestas, es necesario advertir que al fallador le obliga la revisión de los títulos y la forma de ejecución para verificar su legalidad y que en tal sentido dicha revisión no solamente favorece a los apelantes sino a todo el proceso, lo que hará la sala a continuación, teniendo en cuenta que la hipoteca es anterior al reglamento de propiedad horizontal, y además, que protocolizado éste se fueron levantando las garantías sobre algunos bienes y recibiendo pagos parciales sobre la obligación, aún después de iniciado el proceso, lo que de acuerdo con las normas legales sobre propiedad horizontal y la interpretación que viene dando al menos un sector del Tribunal, la hipoteca se tornó divisible así como la obligación, y en tal sentido cada copropietario no está obligado sino en la medida del coeficiente de copropiedad de que es titular, salvo quien quedó vinculado además por la demanda acumulada.

Así, debe distinguirse a los deudores principales, quienes son obligados al pago de la totalidad de la deuda, como son: Edificio Santa Ana Ltda (deudor principal) y José Manuel Pyco Durán, Juan Carreño Ospina e Invic Limitada (avalistas), de aquellos que solamente responden como propietarios de los bienes hipotecados, o sea, por la garantía real dada para seguridad de la obligación.

Como punto de partida es claro que la hipoteca estaba vigente cuando se enajenaron las unidades que componen el edificio Santa Ana, o sea que la hipoteca de mayor extensión afectó a estas unidades (24), empero, como de acuerdo con leyes posteriores al código civil es posible que el acreedor hipotecario vaya liberando las unidades que se van enajenando, previo el pago de la parte proporcional del crédito, por esta vía se impone para la entidad bancaria acreedora la divisibilidad de la hipoteca y de la obligación, cuando aceptó que se fueran liberando del gravamen los apartamentos, máxime cuando se aceptaron pagos parciales de la obligación como aparece demostrado en el proceso, donde aparece primero que fueron enajenadas varias unidades antes de la demanda, luego, dentro del proceso se hizo desistimiento frente a los propietarios del apartamento 301, inicialmente demandados, señores José Fernando Viviescas Monsalve y Esperanza de Jesús Ramírez de Viviescas. También se recibió como dación en pago el apartamento 406 inicialmente de propiedad del demandado Alfredo Garnica Ospina. Y finalmente, después de la sentencia de primera instancia, aparece el actor por medio de su apoderado solicitando la desvinculación de la demandada Rugar Industrial Comercial S.A. por haber recibido pago parcial de la obligación correspondiente a dicho apartamento. Todo eso hizo divisible la hipoteca y la obligación garantizada con ella.

Aunque aún están vigentes las normas que en el código civil hablan de la indivisibilidad de la hipoteca y su extensión, de acuerdo con los artículos

2433 y 2445 del código civil, respectivamente, se sabe que la primera significa que el inmueble gravado, en su totalidad y cada una de sus partes, está ligado al pago integral de la deuda y de cada fracción de la misma, pero esto no es absoluto, y en esa medida ha sufrido las transformaciones que impone el avance del derecho inmobiliario, particularmente en relación con la propiedad horizontal, donde se ha menguado esta característica de la garantía, pues en la Ley 182 de 1948, sobre las propiedades sometidas al régimen de propiedad por pisos, se dijo:

“Art. 22. Los bancos hipotecarios y los bancos comerciales con sección hipotecaria quedan autorizados para dividir las hipotecas constituidas a su favor sobre edificios sometidos al régimen de la presente ley, entre los diferentes pisos o departamentos que integran tales edificios, a prorrata del valor de cada uno de aquellos”.

“Art. 23. Una vez efectuada la división de la correspondiente hipoteca y hecha la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos los dueños de cada piso o departamento serán responsables, exclusivamente, de las obligaciones inherentes a los respectivos gravámenes”.

Y desde otro ángulo, en cuanto a la inspección y vigilancia sobre actividades de urbanización, construcción, autoconstrucción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, mediante Decreto 78 de 1987, el Gobierno Nacional asignó a los municipios el otorgamiento de permisos para anunciar o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles, y efectivamente, en el literal g) del numeral 2º del artículo 2º estableció, ente otros, el siguiente requisito:

“Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción”.

Y en relación con esta clase de permisos, el legislador, en el artículo 120 de la Ley 388 de 1997, modificatorio del artículo 57 de la Ley 9ª de 1989, señaló lo siguiente:

“El permiso de que trata el numeral 2 del Decreto 78 de 1987 para quienes adelanten planes de vivienda se sustituye por la simple radicación de los documentos mencionados en los literales a), d), e), f) y g) de la misma norma, acompañados de los planos y presupuestos financieros respectivos. Estos documentos estarán a disposición de los compradores de dichos planes en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición”.

Y finalmente, con la nueva ley de propiedad horizontal, Ley 675 de 2001, se repitió la regulación, y en el artículo 17 estableció:

“Cuando existiere un gravamen hipotecario sobre el inmueble de mayor extensión que se sometió al régimen de propiedad horizontal, el propietario inicial, en el momento de enajenar unidades privadas con pago de contado, dentro del mismo acto jurídico de transferencia de dominio deberá presentar para su protocolización, certificación de la aceptación del acreedor, de levantamiento proporcional del gravamen de mayor extensión que afecte a la unidad privada objeto del acto. El notario no podrá autorizar el otorgamiento de esta escritura ante la falta del documento aquí mencionado”.

Posteriormente, siguiendo la misma línea directriz legislativa para permitir que el acreedor hipotecario se obligue a liberar del gravamen a las unidades que se vayan enajenando, o como en este caso en que no existe la mencionada certificación o cláusula especial, para permitir que la entidad acreedora se decida por permitir la liberación parcial como lo hizo, el artículo 71 de la Ley 962 de 2005, luego de derogar el numeral 2 del artículo 2° del Decreto 078 de 1887 y el artículo 120 de la Ley 388 de 1997, en el literal g) en forma categórica estableció:

“Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga de liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecta cada lote o construcción”.

Y, enseguida en el párrafo 1° del mismo literal expresó:

“Estos documentos estarán a disposición de los compradores de los planes de vivienda en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición”.

De lo anterior se concluye por la sala que, aunque en principio no podría decirse que es obligatorio, máxime en este caso en que el proceso se inició en 1998 cuando muchas de esas normas no existían, desde la ley 182 de 1948 si era posible para el acreedor la división de la hipoteca, menguando el principio de la indivisibilidad que se predica en el código civil, del cual se predica hoy que no es absoluto, y que por el contrario ha venido cediendo frente a las nuevas realidades inmobiliarias. En consecuencia, no puede sostenerse que los propietarios de las unidades de dominio privado del Edificio Santa Ana estén atados a la totalidad de la obligación, máxime, como ya se dijo, que la división del predio y la enajenación de cada una de ellas se dio con posterioridad a la hipoteca del bien de mayor extensión, y que como las normas mencionadas le dieron al acreedor hipotecario una facultad, la de dividir la hipoteca, en este caso ya se hizo uso de ella, dividiendo las obligaciones y en consecuencia dividiendo la hipoteca, de manera que cada obligado no garantiza sino un porcentaje equivalente al índice de copropiedad de que es titular con relación al edificio.

En conclusión, desde el momento en que el acreedor aceptó pagos parciales al crédito garantizado con hipoteca de mayor extensión e hizo liberación de algunas unidades inmobiliarias desenglobadas del inmueble de mayor extensión, consintió en la división de la hipoteca. Además, porque no es ajustado a la ley ni a la equidad, esta última como principio auxiliar del derecho, que el acreedor siga cobrando a algunos la totalidad de la obligación cuando voluntariamente ha desvinculado a otros. Por eso, si el acreedor libera, por ejemplo, a la mitad de las unidades, es porque el crédito se redujo en esa proporción, y no sería equitativo y justo que siguiera cobrando a los restantes la totalidad como si fueran deudores solidarios, sino que los propietarios, como responsables por la garantía que ofrece cada unidad, respondan solo por el coeficiente de copropiedad que cada uno posee.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, pero modificando el numeral segundo de la misma, en el sentido de que la ejecución seguirá adelante por el total de la obligación contenida en la demanda principal de acuerdo con el mandamiento de pago, en contra de Edificio Santa Ana Ltda (deudor principal) y José Manuel Pyco Durán y Juan Carreño Ospina e Invic Ltda (avalistas), advirtiéndole que en la liquidación se deberán tener en cuenta como abonos los pagos parciales que hubiere recibido la entidad acreedora, al menos los realizados después de presentada la demanda. Y que frente a la garantía real de hipoteca, la obligación y por supuesto la ejecución, se seguirá contra los actuales propietarios de los inmuebles vinculados al proceso, pero solo en el porcentaje de los índices de copropiedad que cada uno posee, así: ROSA INES CAIMAN CARO Y JAVIER VERJAN AGUIRRE, propietarios del apartamento 302, responden por el 4,44 % de la deuda; RUGAR INDUSTRIAL COMERCIAL S.A. – RUGARCO, dueños del apartamento 203, por el 4,41 %; ANA LEONOR LADINO DE TAFUR Y JUAN CARLOS TAFUR LADINO, propietarios del apartamento 305, por el 4,41 %; ULISES ALPIZAR QUINTERO Y SANDRA YOLANDA GONZALEZ MANJARREZ, como dueños del apartamento 405, por el 4,41 % , y TURKI ZAPATA MALEK, como propietario del apartamento 504, por el 4,26 % de la obligación.

Lo demás se confirmará como está contenido en la sentencia apelada, y como la modificación no obedece a las excepciones propuestas sino a la adaptación de los títulos a la legalidad, no habrá costas en esta instancia.

DECISION

En mérito de todo lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

Primero: **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia apelada por la parte demandada, proferida el 14 de agosto de 2007 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá D. C. en el sentido de que la ejecución seguirá adelante por el total de la obligación contenida en la demanda principal de acuerdo con el mandamiento de pago, en contra de Edificio Santa Ana Ltda (deudor principal) y José Manuel Pyco Durán y Juan Carreño Ospina e Invic Ltda (avalistas), advirtiendo que en la liquidación se deberán tener en cuenta como abonos los pagos parciales o que hubiere recibido la entidad acreedora, al menos los realizados después de presentada la demanda. Y contra de los propietarios de los bienes hipotecados, a título de garantía real, según los índices de copropiedad, así:

ROSA INES CAIMAN CARO Y JAVIER VERJAN AGUIRRE, propietarios del apartamento 302, responden por el 4,44 %;

RUGAR INDUSTRIAL COMERCIAL S.A. – RUGARCO, dueños del apartamento 203, por el 4,41 %;

ANA LEONOR LADINO DE TAFUR Y JUAN CARLOS TAFUR LADINO, propietarios del apartamento 305, por el 4,41 %;

ULISES ALPIZAR QUINTERO Y SANDRA YOLANDA GONZALEZ MANJARREZ, como dueños del apartamento 405, por el 4,41 % , y,

TURKI ZAPATA MALEK, como propietario del apartamento 504, por el 4,26 % de la obligación.

Segundo: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

Tercero: **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

Magistrado

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

Magistrado

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Proyecto discutido y aprobado en sala civil de decisión del día 9 de noviembre del año 2011