



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D. C., catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso: Ejecutivo con garantía real No. 110013103020 2019 00510 00

Demandante: Inversiones Malusa S.A.S.

Demandado: María Elena Londoño de Isaza y Adriana Milena Otálora Leyva

Decisión: Sentencia de Primera Instancia

ASUNTO

Se decide el compulsivo con garantía real incoado por Inversiones Malusa S.A.S. frente a María Elena Londoño de Isaza y Adriana Milena Otálora Leyva.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión y los hechos

Inversiones Malusa S.A.S. solicitó se librara orden de apremio en contra de María Elena Londoño de Isaza y Adriana Milena Otálora Leyva, por la suma de \$494.726.752 por concepto de capital, junto con los intereses moratorios respectivos, y \$6.515.516 por intereses corrientes.

En sustento de sus pedimentos arguyó, que el 28 de octubre de 2014, celebró un contrato de mutuo con la sociedad Conika Consultores S.A.S. (mutuaria) por valor de \$350.000.000, en el cual, Adriana Milena Otálora Leyva, entre otros, fungió como deudora solidaria y, en razón de ello, mediante Escritura Pública No. 2.691 de 28 de octubre de 2014 de la Notaría 42 del Circulo Notarial

de esta urbe, ésta constituyó hipoteca abierta de cuantía indeterminada a su favor, sobre el inmueble identificado con folio de matrícula 50N-20431717.

Refirió, se acordó un interés remuneratorio de 1.5% efectivo mensual y el reintegro de la suma mutuada para el 28 de diciembre de 2014; designándose como administrador de los recursos a Ricardo Mora Ramírez, representante legal de Conika Consultores S.A.S.

Comentó, el 28 de noviembre de esa anualidad, se suscribió Otro sí, a la preanotada convención, en el cual: i) se incrementó el capital mutuado en \$150.000.000, por tanto, el total de la obligación ascendió a \$500.000.000; y ii) se estipuló garantía real para el rubro adicional, sobre el predio con matrícula inmobiliaria No. 50N-20484890 propiedad de Jorge Arturo Isaza Londoño.

Narró, el 26 de agosto de 2015, se formalizó el Otro sí No. 2, por el cual se modularon las condiciones inicialmente pactadas, así: i) se amplió en 22 meses el término para restituir la suma mutuada – del 26 de agosto de 2015 al 25 de junio de 2017-; ii) los intereses compensatorios para el lapso comprendido entre el 28 de diciembre de 2014 y el 31 de julio de 2015 serían de 1.75% nominal mensual, pagaderos el 10 de noviembre de 2015 y los intereses de plazo causados desde el 1 de agosto de 2015, sería de 1.5%; iii) se cancelaría la hipoteca constituida sobre el apartamento cuyo titular de dominio era Jorge Arturo Isaza Londoño; iv) se incluyó como deudora solidaria a María Elena Londoño de Isaza, quien constituiría garantía real abierta de cuantía indeterminada sobre el bien inmueble de su propiedad, con folio de matrícula No. 50N-20377272 (Escritura Pública No. 1.622 de 31 de julio de 2015, Notaría 42 del Círculo Notarial de esta capital).

Alegó, las aquí encartadas incumplieron con el pago de las obligaciones estipuladas en los antelados documentos, quedando como saldos insolutos las cifras cuyo pago forzado se reclamó.

B. Contestación de la demanda y excepciones

Las ejecutadas se abstuvieron de pronunciarse frente a los hechos de la demanda; empero, formularon las excepciones denominadas *“Inexistencia de la Obligación Respecto de María Elena Londoño de Isaza y Adriana Milena Otálora Leyva”*, arguyendo:

i) *“En el texto de las escritura de constitución de hipoteca, realizada a favor de la parte demandante, no se hizo referencia expresa al contrato de mutuo que se pretende ejecutar (...) se hizo referencia de manera general y no específica a las obligaciones allí garantizadas, haciendo simplemente referencia a terceros”.*

ii) El contrato de mutuo no se perfeccionó, pues *“no hay prueba de que a ellas [las demandadas] se les haya entregado el dinero”.*

C. La réplica a las excepciones

El extremo actor, en respuesta a las manifestaciones de las accionadas, refirió que de los documentos públicos a través de los cuales se instrumentaron las garantías reales aquí reclamadas y los términos del contrato de mutuo con sus respectivos otro sí, se extraía con suficiente claridad, que las obligaciones respaldadas eran todas aquella contraídas por Conika Consultores S.A.S.

Sumó, la entrega de dineros objeto del señalado convenio, se materializaron de acuerdo con las instrucciones plasmadas en la cláusula 4ª del contrato, mediante cheques y transferencias electrónicas a favor de la señalada empresa.

II. TRÁMITE PROCESAL

El mandamiento de pago se libró el 14 de noviembre de 2019, por hallarse cumplidos los presupuestos requeridos por la norma procedimental civil.

Las encartadas se notificaron, mediante apoderado judicial, el 12 de diciembre siguiente, conforme se desprende del acta obrante a folio 86.

Las excepciones de mérito se presentaron en tiempo.

El 7 de julio de 2020, se celebraron, de forma concentrada, las audiencias inicial y de instrucción y juzgamiento regidas por los artículos 372 y 373 *ídem*, oportunidad en la cual se anunció el sentido de fallo, desestimando las excepciones y disponiendo dar continuidad a la ejecución.

II. CONSIDERACIONES

A. Presupuestos procesales

Finiquitado el trámite de la primera instancia no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

Los llamados presupuestos procesales concurren en el presente asunto, pues la demanda reúne los requisitos de forma que le son propios, las partes son hábiles para comparecer al proceso, siendo representadas conforme a la ley; la relación jurídico procesal se encuentra legalmente formada; y es este Despacho el competente para conocer del proceso atendiendo la cuantía de la acción, la naturaleza de la misma y la localización de los bienes en disputa.

B. De la efectividad de la garantía real.

Acorde con los artículos 422 y 468 del Código General del Proceso, el ejercicio de la garantía hipotecaria impone al actor el deber de aportar con el libelo, un título que preste mérito ejecutivo y la respectiva escritura pública constitutiva del gravamen; acción que deberá dirigirse contra el actual propietario del bien afectado.

En el *subexámene* se atendieron todas las exigencias acabas de anotar, pues ninguna duda suscita la calidad de propietarias y deudoras hipotecarias de las aquí convocadas, condición acreditada con las escrituras públicas constitutivas de las garantías reales aquí ejercidas, cuyo registro se probó con los folios de matrícula inmobiliaria de los bienes gravados.

El cobro forzado se apuntaló en el contrato de mutuo (junto con sus modificaciones), del cual se extrae, sin hesitación alguna, una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo de las aquí enjuiciadas, la que se corresponde con la indicada en el escrito generatriz, cuyo monto no fue discutido por María Elena Londoño de Isaza y Adriana Milena Otálora Leyva.

C. Excepciones

Las accionada, en oposición a las pretensiones del escrito introductor, elevaron las excepciones de *“Inexistencia de la Obligación Respecto de María Elena Londoño de Isaza y Adriana Milena Otálora Leyva”*, para lo cual expusieron 2 argumentos concretos: I) el no perfeccionamiento del contrato de mutuo; y ii) la falta de determinación de las obligaciones garantizadas con la hipoteca constituida por Adriana Milena Otálora Leyva y María Elena Londoño de Isaza, los que pasan a estudiarse.

i) Contrato de mutuo. Es aquel en virtud del cual, 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 del Código Civil), que se perfecciona con la tradición del bien del mutuante al mutuario (canon 2222 *ídem*).

De manera que, se trata de un contrato real porque, itérese, *“para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere”*¹.

En el *sublite*, contrario a lo argüido por las ejecutadas, el contrato de mutuo sí se perfeccionó, dado que, aun cuando Otálora Leyva y Londoño de Isaza, en el documento defensivo atestaron que *“no recibieron el dinero [mutuado]”* (fl. 99), al rendir el interrogatorio de parte, afirmaron que los anotados recursos sí habían sido entregados a otros de los deudores, esto es, Conika Consultores S.A.S.

¹ Artículo 1500 Código Civil.

Pero, además, en esa misma oportunidad, atendiendo los cuestionamientos del extremo actor, admitieron que en la cláusula cuarta del contrato principal y el Otro sí No. 2, se había designado como administrador de los recursos a Ricardo Mora Ramírez, representante legal de Conika Consultores S.A.S.

En consonancia, el representante legal de Inversiones Malusa S.A.S., aquí demandante, explicó la forma en la cual se había consumado esa transferencia de dominio de los bienes fungibles -dinero- a uno de los mutuarios, Conika Consultores S.A.S., así: 3 cheques por valor de \$95.000.000, \$5.000.000 y \$150.000.000, más una transferencia de fondos en cuantía de \$250.000.000, para un total de \$500.000.000; hecho que se tuvo como cierto al momento de fijarse el litigio.

Súmese, Adriana Milena Otálora Leyva y María Elena Londoño de Isaza al ser interrogadas por la suscrita funcionaria, admitieron haber suscrito los señalados documentos, en calidad de deudoras solidarias, para dar respaldo a la negociación realizada por el esposo de la primera y el hijo de la segunda y, confesaron, que reconocían su calidad de deudoras.

En el mismo sentido, depuso el testigo Jorge Arturo Isaza Londoño, hijo de Londoño Isaza, quien ratificó lo reseñado por su progenitora.

En suma, contrario a lo afirmado por el apoderado de las ejecutadas, el contrato de mutuo si se perfeccionó, con la entrega de dineros al administrador designado por ellas, esto es, el representante legal de Conika Consultores S.A.S., pues, no puede olvidarse, “[l]os *contratos son ley para las partes (...)* y *no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”², por ende, mal haría esta juzgadora en restarle efectos vinculantes a la entrega de dinero realizada por el mutuante, bajo el mero argumento de que el dinero no fue entregado, directamente, a las hoy demandadas.

Como si lo dicho fuera poco, Londoño de Isaza, Otálora Leyva y Conika Consultores S.A.S., se obligaron en calidad de deudoras solidarias, lo cual torna inane la discusión sobre en interés de quién se contrajo la prestación ejecutada, pues ésta solo resulta relevante al momento de hacer efectiva la subrogación concebida en favor del deudor solidario que se vio compelido a pagarla, para

² Canon 1602 *ídem*

determinar la proporción en la cual deberá concurrir los demás codeudores, pero ningún eco ha de tener frente al acreedor, quien tiene la prerrogativa de dirigir la acción ejecutiva en contra de cualquier de los deudores solidarios, por la totalidad de la obligación, aun cuando el demandado no sea el directo interesado en ella, como lo preceptúa el canon 1579 del Código Civil:

“El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores”.

Por lo discurrido, el comentado alegato no tiene vocación de éxito.

Hipoteca abierta. Es un contrato de carácter accesorio, cuyo objeto es garantizar, de forma general, el cumplimiento de una o varias obligaciones a cargo del deudor o un tercero y a favor del acreedor, que si bien pueden no estar determinadas al momento de su constitución, habrán de ser determinables durante la vigencia de la relación contractual entre las partes. Sobre el particular, la Sala de Casación Civil conceptuó:

“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”.

“Trátase, 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”³.

Acorde con la conceptualización anotada, cabe precisar, si bien *ab initio* la obligación no surge de manera concreta, por tratarse de un contrato accesorio, tiene una relación intrínseca y directa con la obligación principal, en cuanto a su

³ CSJ SCC Sentencia de 3 de junio de 2005, expediente 00040-01.

constitución, efectos y extinción, dado su carácter accesorio. En lo pertinente, la aludida Colegiatura razonó:

“Dentro de esta categoría de hipotecas eventuales o condicionales se encuentra bajo la denominación de hipoteca abierta, aquella que consiste en una garantía que constituye el deudor a favor de un acreedor para respaldar el crédito que éste le otorga.

“Esta modalidad, sin embargo, no es indeterminada o ilimitada al punto de desconocer la naturaleza accesorio de la hipoteca, pues si ello llegare a ocurrir esta garantía se vería afectada de invalidez, toda vez que desaparecería uno de los elementos esenciales de dicho instituto.

“En efecto, para que la hipoteca abierta conserve su carácter de derecho real accesorio, se requiere la existencia de una relación jurídica actual de la que el crédito en ciernes quede supeditado. Pero no es en modo alguno admisible la constitución de una hipoteca eterna, ilimitada en el tiempo, o sujeta a una remota adquisición de futuras obligaciones por parte de cualquier deudor y a favor de cualquier acreedor, pues ello desnaturalizaría el referido instituto”⁴.

Entonces, para la subsistencia de esa garantía abierta, imperativo se torna que, durante la relación crediticia, se concrete la o las obligaciones amparadas, *contrario sensu* dicho gravamen perdería validez. Similares reflexiones fueron plasmadas por la citada Corporación, así:

“La lógica jurídica nos conduce a concluir que sería incorrecto plantear la extinción de una obligación accesorio cuando la principal ni siquiera nació a la vida jurídica, salvo el caso de la sujeta a condición suspensiva. Así, resulta razonable colegir que, si no se definió de manera clara, expresa y exigible la prestación de la obligación principal, la garantía accesorio carecería de validez.

Así, lo establece el artículo 2438 del Código Civil, al señalar:

“Artículo 2438. Hipotecas sujetas a condición o plazo. La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día.

Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llega el día; pero

⁴ CSJ, STC 550 de 30 de enero de 2020.

cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción”.

Podrá así mismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba” (subrayas originales)”⁵.

Bajo ese entendimiento, la “*hipoteca abierta*” está sujeta a una condición suspensiva, cual es la verificación futura de la obligación principal durante la vigencia de la relación contractual. Sobre tal tópico, esa Corporación recientemente precisó:

*“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 confiriendo 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 (*accidentalita 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”⁶.*

En asunto que suscita este pronunciamiento, la acreedora persigue la efectividad de las garantías reales otorgada por los deudores, para procurarse el pago de las prestaciones contenidas en el contrato de mutuo suscrito entre las aquí accionadas y la sociedad demandante.

⁵ CSJ, STC de 4 de mayo de 2020, rad. 2020-00044-01

⁶ CSJ, STC de 4 de mayo de 2020, exp. 2020-00244-01.

Bajo los anteriores criterios, debe señalarse, en el presente litigio las obligaciones amparadas por las comentadas hipotecas sí están determinadas, en oposición a lo afirmado por las enjuiciadas.

Ello, por cuanto, en la Escritura Pública No. 2691 de 28 de octubre de 2014, suscrita por Adriana Milena Otálora Leyva en favor de Inversiones Malusa S.A.S., se estipuló en la cláusula primera:

“Que obrando en la calidad indicada [hipotecante], con el propósito de garantizar a la sociedad Inversiones Malusa S.A.S., quien en adelante se denominará EL ACREEDOR, el cumplimiento y pago de todas las deudas y obligaciones contraídas a su favor por LA HIPOTECANTE, individualmente o en forma conjunta o solidaria con terceros, por razón de los préstamos que durante un plazo de dos (2) meses o hasta que se efectúe la cancelación total de las obligaciones correspondientes, aunque su vencimiento sea anterior o posterior al plazo antes indicados, así como garantizar el cumplimiento de las demás obligaciones accesorias o complementarias que resulten a cargo de LA DEUDORA por el otorgamiento de los respectivos préstamos o por cualquier otro concepto, acogiéndose a lo establecido en los artículos 2348 y 2455 del Código Civil, constituye hipoteca abierta de cuantía indeterminada (...) sobre el [inmueble con] matrícula inmobiliaria 50N-20431717”.

En consonancia, en el párrafo tercero de dicha estipulación y la cláusula décima segunda del anotado instrumento, se insistió, que la hipoteca allí constituida amparaba todas las obligaciones contraídas por la hipotecante en calidad de deudora, principal o solidaria.

Por su parte, María Elena Londoño de Isaza, mediante la Escritura Pública No. 1622 de 31 de julio de 2015, constituyó garantía hipotecaria para respaldar el cumplimiento de *“todas las obligaciones contraídas a (...) favor [de Inversiones Malusa S.A.S.] por LA HIPOTECANTE, individualmente o en forma conjunta o solidaria con terceros”*; en armonía, en la cláusula octava del Otro Sí No. 2 se precisó *“[q]ueda entendido que con los inmuebles anteriores se garantizará cualquier obligación dineraria que adquiera CONIKA CONSULTORES S.A.S y que los propietarios inscritos se constituyen en deudores solidarios de la obligación”.*

Puestas así las cosas, fulgura que en el plazo de vigencia de la hipoteca, en oposición a lo protestado por las demandadas, sí se determinaron las acreencias que estarían respaldadas por las garantías reales, las cuales fueron identificadas en los ya referidos Contrato de Mutuo y Otro Sí No. 1 y No. 2, las cuales consistían en la entrega en mutuo de \$500.000.000 y el pago de intereses de plazo calculados en \$68.656.459⁷, prestaciones pagaderas el 25 de junio de 2017⁸.

No puede olvidarse la intrínseca relación entre la obligación principal – contrato de mutuo- y la accesoria – hipoteca-, de manera que, lo estipulado en uno y otro pacto, debe interpretarse de forma armónica; así, para determinar las obligaciones respaldadas con la garantía real, bien puede acudir a la prestación principal, como acontece en el *subexamine*.

Acorde con lo comentado, el segundo reparo expuesto en el escrito de excepciones tampoco sale adelante.

D. Ante la imprósperidad de las excepciones formuladas por el extremo pasivo, imperativo se torna dar continuidad a la ejecución.

DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DESESTIMAR las excepciones de fondo enarboladas por la parte pasiva.

⁷ Después de descontar la retención en la fuente

⁸ Conforme la cláusula tercera del Otro Sí No. 22

SEGUNDO: ORDENAR seguir adelante con la ejecución, en los términos dispuestos en la orden de apremio de 14 de noviembre de 2019.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 38.081.833,8⁹. Líquidense en su oportunidad.

Notifíquese y Cúmplase

Firmado Por:

**PAULA CATALINA LEAL ALVAREZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 020 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

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:

d3f2b7f9622d72ee4b5b8afae605123bc62d6342500bc067495305db7ffc38af

Documento generado en 14/07/2020 03:57:59 PM

⁹ Equivalente al 7,5% del valor de las obligaciones perseguidas.