EXPEDIENTE 2020-0043 JUZGADO SEGUNDO CIVIL CIRCUITO DE VELEZ -EJECUTIVO HIPOTECARIO - COOMULDESA vrs ALBEIRO ARIZA OLARTE y OTROS - SUSTENTACION DE RECURSO-

Tatiana Johanna Kwan Acosta <tatianakwan@yahoo.es>

Vie 1/10/2021 8:36 AM

Para: Secretaria Sala Civil Familia - San Gil - Seccional Bucaramanga <seccivsgil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: andresdariobenitezc <andresdariobenitezc@outlook.com>; abogadopulidoa@yahoo.com <abogadopulidoa@yahoo.com>

Buen Día

En mi calidad de apoderada de la demandada allego memorial para tramite.

Tenga en cuenta que copio este correo en los términos del Decreto 806 de 2020.

Cordial Saludo,

Tatiana Johanna Kwan Acosta
CC 52.427.027
TP. 139.836
CEL: 315346335

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE SAN GIL
MP JAVIER GONZALEZ SERRANO
E. S. D.

REF: PROCESO EJECUTIVO PARA LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTIA REAL DE COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO PARA EL DESAROOLLO SOLIDARIO DE COLOMBIA -COOMULDESA LTDA- contra **ALBEIRO ARIZA OLARTE, JOSE INDALECIO MATEUS MATEUS Y FLOR ALICIA GUEVARA BECERRA**
EXPEDIENTE 2020-0043
JUZGADO DE ORIGEN: SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VELEZ
Asunto: SUSTENTACIÓN DE RECURSO APELACION

TATIANA JOHANNA KWAN ACOSTA, Apoderada de **ALBEIRO ARIZA OLARTE** en el proceso de la referencia, manifiesto respetuosamente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del C.G.P. en concordancia con el Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020, procedo s sustentar en tiempo el recurso de apelación que fuera presentado por la suscrita en contra de la Sentencia de primera instancia calendada 12 de agosto de 2021, así:

Empezamos por indicar que conforme la argumentación del fallo atacado el Despacho concluyó, que en el caso en cuestión no es posible estudiar la excepción denominada abuso de la posición dominante, pues a su juicio es competencia exclusiva de la Superintendencia, para este caso Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto la entidad demandante es vigilada por la Superintendencia de Economía Solidaria; apreciación que es desafortunada, toda vez, la competencia de esta Entidad es de carácter residual y no exclusiva; por otro lado se ha decantado por parte de la jurisprudencia que en sede judicial y en trámite de los procesos ejecutivos, es deber de la parte plantear todas las excepciones que pretenda hacer valer con ocasión al vínculo contractual, lo cual por supuesto se encuentra aunado a lo estipulado en la legislación comercial referente a las excepciones que pueden presentarse dentro de la acción cambiaria.[1]

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones ha indicado que en sede del proceso ejecutivo se debe estudiar tanto lo atinente al título y su correspondiente obligación como al componente contractual de las partes, lo que lógicamente abarca la conducta desplegada por las partes. Traigo un breve extracto jurisprudencial para reforzar esta manifestación:

[1] Numeral 13 artículo 784 del C.Co.

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307
Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

No obstante que las precedentes consideraciones bastan para descartar el cargo bajo estudio, para abundar en razones, la Corte anota que, como ha tenido oportunidad de precisarlo, en los procesos ejecutivos existe una etapa prevista para que el deudor, si a bien lo tiene, cuestione el desenvolvimiento contractual génesis del título ejecutivo, entre otros aspectos, a través de la proposición de excepciones perentorias.

Se trata de la ocasión propicia para que, el deudor ejerza su derecho a la defensa -en desarrollo a la garantía fundamental del debido proceso-, prevalido de todas las herramientas que el ordenamiento jurídico le brinda. Por supuesto que sería un despropósito dejarlo desprovisto de ese escenario, tan sólo porque suscribió un documento que da cuenta de la prestación ejecutada. (Subrayad fuera del texto)[2]

Fallo en el que recordó postura de la corte en la que apoyo su decisión:

(...) deviene inexorablemente la preclusión contra el ejecutado, impidiéndole invocar después en un proceso ordinario hechos que se hubieran podido alegar como tales excepciones en el trámite de la ejecución; si así no fuera, el proceso ejecutivo como instrumento auxiliar para hacer efectivo el pago de las obligaciones perdería su razón de ser, amén de que quedaría al talante del ejecutado optar por acudir allí a oponerse al cobro judicial; o guardar silencio, cualquiera fuera el motivo que hubiera inspirado su omisión, y dejar para ir después a la vía ordinaria a exponer sus defensas, proceder éste que no solo atentaría contra la seguridad jurídica y la lealtad procesal, sino que le otorgaría a la ejecución coactiva judicial un carácter meramente provisional, lo que, ni por asomo, permite la ley.[3] .

De lo aquí expuesto resulta claro que no solo es factible sino correcto y obligatorio, alegar dentro de un proceso ejecutivo la revisión de la conducta contractual desplegada por las partes; motivo por el cual se ha alegado entre otras una postura contractual de abuso del derecho y/o abuso de posición dominante de la entidad financiera demandante.

Aunado a ello consideramos de manera general que en el fallo judicial se presenta una clara violación al debido proceso toda vez, claramente se presenta un defecto factico que es aquel que *surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión[4].*

Obsérvese que buena parte de los reparos que se presentan contra el fallo en cuestión se encuentran dados básicamente en virtud de la falta de análisis y ponderación de los hechos que se presentaron posterior a la presentación de la demanda, exactamente los que se conocieron en la etapa probatoria y que valga

[2] SC 15214 -2017 MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
[3] SC 6771 -2001 MP Silvio Fernando Trejos
[4] SU 453 de 2019

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

decir fueron desarrollados en la etapa de alegatos de conclusión, conforme lo prevé la norma procedimental[5].

Creemos que en este asunto no se realizó una adecuada valoración probatoria al material obrante en el proceso, toda vez, no se realizó el análisis de este en el fallo, a pesar que oportunamente por parte de esta defensa se presentó alegación en tal sentido; téngase en cuenta que tanto de los interrogatorios de parte como en los alegatos de conclusión del apoderado actor, se ofrecieron elementos particulares, circunstancias de tiempo, modo y lugar, decisiones unilaterales, con los cuales claramente se hubiese podido dar paso a la excepción plantada.

De manera tal que insistimos a nuestro juicio se ha desconocido el precedente jurisprudencial de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en punto del deber del operador judicial de valorar sistemáticamente el escrito de la demanda, las excepciones, las pruebas recogidas en el proceso, así como lo manifestado en los alegatos de conclusión; de manera tal que se ha presentado una indebida valoración probatoria de conformidad con la norma procedimental civil[6].

Para explicar la postura se hace necesario traer la siguiente línea base de hechos:

- Mi mandante suscribe el día 14 de noviembre de 2013 la Escritura Pública 0959 otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Barbosa – Santander en la cual se constituye hipoteca abierta y sin límite de cuantía respecto del inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez.

- En la Escritura Pública 0959 otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Barbosa el día 14 de noviembre de 2013, se pactó en la cláusula cuarta que esta hipoteca garantizaría a COOMULDESA *todas las obligaciones presentes y futuras hasta su total cancelación que por cualquier concepto tuviere EL HIPOTECANTE* y se dejó consignado que *"la garantía estaría vigente mientras exista alguna obligación, así sea natural pendiente de pago"*

- El día 26 de marzo de 2014 se suscribió la Escritura Pública 0250 ante la Notaría Única del Círculo de Barbosa – Santander en la cual se constituye hipoteca abierta y sin límite de cuantía respecto del inmueble denominado Quebraditas #1 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-73237 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez.

- En la Escritura Pública 0250 otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Barbosa el día 26 de marzo de 2014, se pactó en la cláusula cuarta que esta hipoteca garantizaría a COOMULDESA *todas las obligaciones*

[5] Artículo 281 C.G.P.
[6] Artículo 176 del C.G.P.

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

presentes y futuras hasta su total cancelación que por cualquier concepto tuviere EL HIPOTECANTE y se dejó consignado que *"la garantía estaría vigente mientras exista alguna obligación, así sea natural pendiente de pago"*

- El día 13 de septiembre de 2018 mi poderdante **ALBEIRO ARIZA OLARTE** suscribe el pagare No. 26-00102957-2 con vencimiento final del 13 de septiembre de 2020, título ejecutivo que se pretende cobrar en esta acción de efectividad de la garantía real. Nótese que en este documento se pacto el pago en cuatro instalamentos que se causarían de forma semestral.

- El día 21 de mayo de 2019 mediante Escritura Pública 720 otorgada ante la Notaría Primera del Círculo de Moniquirá mi mandante **ALBEIRO ARIZA OLARTE,** transfiere a título de compraventa favor de JOSE ROBERTO ABREO MANOSALVA y JENNY CAROLINA ORTIZ BLANCO el inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matricula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez.

- A su turno el día 10 de julio de 2019 mediante Escritura Pública 634 otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Barbosa los señores JOSE ROBERTO ABREO MANOSALVA y JENNY CAROLINA ORTIZ BLANCO**,** transfieren a título de compraventa favor de **FLOR ALICIA GUEVARA BECERRA y JOSÉ INDALECIO MATEUS MATEUS** el inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez.

- La cooperativa COOMULDESA LTDA presenta acción hipotecaria en contra de los aquí demandados, la cual corresponde por reparto ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Vélez, operador judicial que libra mandamiento de pago por auto calendado 19 de octubre de 2020. V

- La referida acción judicial se presenta ejecutando como título valor el Pagare No. 26-00102957-2 , determinando como cuantía de esta la suma de Dos Mil Ciento Cuatro Millones Ciento Setenta y Dos Mil Doscientos Ochenta y Tres Pesos ($2.104.172.283), valga decir que aquí se incluyeron intereses.

- El día 22 d octubre de 2020 se inscribieron las medidas de embargo sobre inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez y inmueble denominado Quebraditas #1 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-73237 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez.

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

- Se aporto como prueba documental por parte de la suscrita apoderada:

  (i) Comunicado emitido por ALBEIRO ARIZA OLARTE radicado el 25 de mayo de 2019 ante la demandante solicitando el levantamiento de la hipoteca del bien inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez.

  (ii) Comunicado G.F. 109-2019 emitido por la demandante en la que informa que no acepta el cambio de garantía hipotecaria solicitado por mi poderdante en el que ofrece dos parcelas ubicadas en el Condominio Manamelí Country House avaluadas en Doscientos Ochenta Millones de Pesos ($280.000.000,oo) a cambio de sustituir la hipoteca que grava el inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez

  (iii) Comunicado emitido por ALBEIRO ARIZA OLARTE radicado el 15 de agosto de 2019 ante la demandante solicitando reconsiderar la opción de cambio de garantía presentada en comunicado anterior y de ser el caso propone aumentar una parcela a la propuesta, con el din de lograr el levantamiento de la hipoteca que grava el inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez

- Dentro del curso de la actuación la actora aporta certificación del día 19 de mayo de 2021 en la que informa la *consolidación de los productos financieros solicitados por el ejecutado ALBEIRO ARIZA OLARTE con la fecha de desembolso.* De igual forma, allega el extracto del crédito ejecutado en el que se indica que el saldo actual del capital adeudado es de Mil Seiscientos Seis Millones Quinientos Mil Pesos ($1.606.500.000)

En sede de interrogatorio de parte al Representante Legal de la actora se tuvo la siguiente información:

El Despacho pregunta al minuto -1.1.48- de la audiencia, ¿*Tiene usted presente cuantos créditos tiene con la Cooperativa ALBEIRO ARIZA OLARTE*? Interrogante respondido al minuto -1.1.49- de la audiencia: *como persona natural tiene un crédito* - minuto 1.02.04- *las otras deudas no son directas como persona natural y obligación directa solo tiene una deuda a la fecha.*

Pregunta el Despacho pregunta al minuto -1.02.46- de la audiencia, *si único crédito en mora es el que se ejecuta en este proceso*, lo cual es ratificado por el representante legal de la actora al indicar que *solo una obligación directa como persona natural*

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

Pregunta el Despacho pregunta al minuto -1.02.58- de la audiencia, *¿Cuál es el saldo de la obligación a la fecha?,* acto seguido se responde el Representante Legal que *esta obligación vigente y directa tiene un saldo de solo capital de Mil Seiscientos Seis Millones Quinientos Mil Pesos 1.606.500.000*.

Cuando el Despacho pregunta sobre si es cierto que ALBEIRO ARIZA OLARTE haya solicitado el levantamiento de la hipoteca y que respuestas ha dado COOMULDESA al minuto - 01.04.22- de la audiencia responde el Representante Legal diciendo que, si *es cierto que solicito la deshipoteca, pero la respuesta de coomuldesa fue que no, por que han existido obligaciones vigentes.*

Al minuto -1.07.26- de la audiencia, se le pregunta al actor cuales son los requisitos de la entidad para aceptar una garantía hipotecaria y responde acto seguido primero *se hace estudios de títulos y luego se hace avalúo si el predio se encuentra libre se acepta como garantía y la cuantía la define el avalúo*

Respecto de la vigencia de los avalúos indica el Representante Legal al minuto -01.08.20- de la audiencia que *los avalúos como tal son abiertos si se renuevan las obligaciones debe hacerse cada año cuando no se renuevan las obligaciones cada tres años en el caso de coomuldesa*

Al minuto -01.08.45- de la audiencia, se le pregunta al actor por el valor del avalúo del predio denominado Quebraditas #1 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-73237 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez para la fecha de constitución de la garantía, respondiendo el Representante Legal al minuto -01.09.12- de la audiencia indicando *que cuando se hizo el primer crédito sabe que el valor era mayor, por que cuando el predio es rural solo presta el 50%,* luego lo precisa al minuto -01.11.11- de la audiencia para manifestar que *es de Cinco Mil Cuarenta y Cuatro Millones Seiscientos Noventa Mil Quinientos Pesos ($5.044.690.500).* Al minuto --01.11.42- indica que ese *avalúo es de fecha 15 de marzo de 2018.*

Al minuto -01.14.58 - de la audiencia, se le pregunta al actor por el valor del avalúo del predio denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez, dando respuesta al minuto -01.27.23- de la audiencia indicando que es de *Doscientos Treinta y Cuatro Millones Trescientos Setenta y Cinco Mil Pesos ($234.735.000)* precisando al minuto -01.28.02- de la audiencia *que este avalúo es para el 23 de octubre de 2013 y que es el ultimo avalúo.*

Al minuto -01.17.38 - de la audiencia, se le pregunta al actor *diga cómo es cierto sí o no que ALBEIRO ARIZA OLARTE le solicito el levantamiento de la hipoteca que pesa sobre el inmueble Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez para el mes de mayo de 2019* quien acto seguido respondió no *recuerdo bien, pero diría que sí aclara que la respuesta fue negativa pero que si la solicitó.*

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

Al minuto -01.18.10 - de la audiencia, se le pregunta al actor *se informe si el señor ALBEIRO ARIZA OLARTE como persona natural para el mes de mayo de 2019 se encontraba al día en el pago de sus obligaciones hipotecarias* a lo que contestó el Representante Legal al minuto -01.20.12- de la audiencia *ALBEIRO ARIZA como persona natural si estaba al día*

Al minuto -01.20.32 - de la audiencia, se le pregunta al actor *si ALBEIRO ARIZA a mayo de 2019 estaba al día y solicita el levantamiento de la hipoteca del Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez por qué razón la entidad se negó a realizar el levantamiento de la hipoteca*.

Esta pregunta se responde por el Representante Legal al minuto -01.21.04- de l audiencia indicando *por que la garantía actual el predio quebraditas estaba afectado desde el año 2018, es una garantía incierta no sabemos a qué se llegue con eso prácticamente la garantía vigente era la de esa casa*.

Al minuto -01.21.43 - de la audiencia, se le solicita precisar al representante legal si *se refiere a la inscripción de la URT -Unidad de Restitución de Tierras –* respondiendo al minuto -01.21.48- si *señora a lo de protección jurídica de restitución de tierras -01.22.01- el predio quebraditas está afectado por esto mismo coomuldesa considera que era parte de la garantía.*

En el minuto 01.22.19 la suscrita apoderada *refiere que si el avalúo del predio denominado Quebraditas tasado en $5.044.690.500 (sic) y la única obligación de ALBEIRO ARIZA OLARTE como persona natural adeuda en capital el valor de $1.606.500.000, por qué razón al tener esos valores al momento de realizar la solicitud del levantamiento de la hipoteca de la casa Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez, COOMULDESA se abstiene de realizar ese levantamiento de hipoteca,* pregunta que responde el Representante Legal de la actora al minuto -01.23.10- de la audiencia *porque en este momento el predio quebraditas uno es una garantía incierta para nosotros ya que tiene la afectación, entones como se constituyó hipoteca abierta para la casa coomuldesa toma eso mientras las obligaciones existan*

De lo anterior tenemos concretamente por probado que:

(i) Que ALBEIRO ARIZA OLARTE como persona natural se encuentra únicamente obligado con la entidad demandante en virtud del crédito No. 26-00102957-2 cuyo capital a la fecha es de Mil Seiscientos Seis Millones Quinientos Mil pesos ($1.606.500.000) y la cuantía de la demanda se tasó en Dos Mil Ciento Cuatro Millones Ciento Setenta y Dos Mil Doscientos Ochenta y Tres Pesos ($2.104.172.283), valga decir que aquí se incluyeron intereses.

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

(ii) Que el inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con *matrícula* inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez, para el 23 de octubre de 2013 fue avaluado por la entidad demandante en Doscientos Treinta y Cuatro Millones Trescientos Setenta y Cinco Mil pesos ($234.735.000)

(iii) Que el inmueble denominado Quebraditas #1 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-73237 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez, para el 15 de marzo de 2018 fue avaluado por la entidad demandante en Cinco Mil Cuarenta y Cuatro Millones Seiscientos Noventa Mil Quinientos pesos ($5.044.690.500).

(iv) Conforme la documental allegada que se realizó el desembolso del crédito ejecutado el 13 de septiembre de 2018 y vamos a inferir que para esta fecha ALBEIRO ARZA OLARTE se encontraba al día en sus productos financieros, de lo contrario sería ilógico que la Entidad le hubiera hecho un desembolso de esa cuantía -recuérdese que el desembolso fue de Dos Mil Ciento Cuarenta y Dos Millones de pesos ($2.142.000.000, oo)

(v) Que ALBEIRO ARIZA OLARTE realizó un pago a esta obligación de los cuatro semestrales acordados, el cual estuvo previsto conforme el título valor para el 13 de marzo de 2019.

(vi) Que ALBEIRO ARIZA OLARTE para el mes de mayo de 2019 se encontraba al día en sus obligaciones como persona natural.

(vii) Que el segundo pago del crédito aquí ejecutado se encontraba contemplado para el 13 de septiembre de 2019.

(viii) Que ALBEIRO ARIZA OLARTE en los meses de julio y agosto de 2019 propuso a la entidad cambiar la garantía hipotecaria del LOTE 35 hasta por tres parcelas del proyecto MANAMELI COUNTRY HOUSE donde cada una de ellas para la fecha de la solicitud se avaluaban en Ciento Cuarenta Millones de Pesos ($140.000.000,oo) , es decir, que los tres inmuebles ofrecidos valdrían Cuatrocientos Veinte Millones de Pesos ($420.000.000,oo)

(ix) Que la verdadera razón de COOMULDESA para no levantar la hipoteca del pluriscitado LOTE 35 no fue la mora en las obligaciones, sino que fue una decisión tomada dada la medida preventiva inscrita sobre el folio del predio Quebraditas, realizada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas de Bucaramanga el día 28 de noviembre de 2018.

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

(x) Que la medida de embargo ordenada por el operador judicial se encuentra inscrita desde el 22 de octubre de 2020 en los dos certificados de tradición y libertad de los predios hipotecados.

Validados estos hechos probados en el proceso procedo a argumentar mi postura.

Como ya sea decantado por la Jurisprudencia *la hipoteca tiene por función práctica garantizar el cumplimiento de una obligación principal a la cual accede*[7] ratificando lo normado por el Código Civil en cuanto al carácter de derecho accesorio de la hipoteca[8], puesto que tiene como función garantizar el pago de una obligación principal, de forma tal que no puede subsistir sin la existencia de esta.

Concordante con ello se encuentra lo estipulado en la normatividad civil al definir el término caución *como cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda*[9]

De lo anterior se entiende que la hipoteca no puede existir de forma independiente y autónoma ya que depende de la existencia de esa obligación principal que se encuentra garantizando y no debe confundirse con la obligación propiamente adquirida por el deudor, es decir, *que reemplaza u ocupa el lugar de la obligación principal, pues ellas están llamadas a coexistir mientras esta última subsista y a desaparecer coetáneamente por ministerio de la Ley* ya que la hipoteca se extingue con la obligación principal[10]

La indeterminación de valores y falta de singularidad de las obligaciones puede conllevar a presentarse por parte de la entidad financiera situaciones de abuso de posición dominante de cara a los hipotecantes, hecho que ya ha sido identificado por la jurisprudencia:

Por la indeterminación inicial del valor singular de las obligaciones y, en su caso, del monto global de la garantía, usualmente estipulada sin 'límite de cuantía' o de 'cuantía indeterminada', se cuestiona su eficacia por indeterminación, eventual abuso del acreedor con la inclusión generalizada e indiscriminada de toda prestación, fraude al derecho de crédito con la persecución, prelación y preferencia (par condítio creditorum, art.2492 C.C.) o quebranto del patrimonio del deudor sujetándolo injustificadamente en el tiempo e infirmado su derecho a la reducción cuando excede del duplo (art. 2455 Código Civil)[11]

En cuanto a la reducción de la hipoteca cuando excede el duplo de la obligación la jurisprudencia ha indicado los requisitos del caso, dada la figura de la indivisibilidad de la hipoteca, de la siguiente manera:

[7] SC -060 2008 MP WILLIAN NAMEN VARGAS
[8] Artículo 1499 CC
[9] Artículo 65 CC
[10] Artículo 2457 CC
[11] SC -060 2008 MP WILLIAN NAMEN VARGAS

(…) *para que opere esta figura es indispensable, a juicio de la doctrina, que el bien que soporta esa garantía no sea uno solo, así sea susceptible de dividirlo por lotes como acontece tratándose de predios rurales, porque frente a tales supuestos obra el principio de la indivisibilidad de la garantía (…)*

(..) En concreto porque en casos como el examinado no tiene ninguna operancia el principio de la indivisibilidad de la hipoteca por tratarse no de un solo bien, sino de bienes perfectamente individualizados (…)[12]

Y adicionalmente se presenta en el caso que nos ocupa que existen dos diferentes escrituras hipotecarias, no es solo una que se pueda reducir, sino que necesariamente habrá que extinguir totalmente uno de los gravámenes hipotecarios., por esa razón en gracia de discusión se expuso y se ha sostenido en las excepciones[13] y en los alegatos de conclusión, así como se solicitará en este escrito que se extinga la hipoteca que grava el Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez.

Recuérdese la normatividad civil en este sentido:

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[14]. (subrayado fuera del texto)

Empero, revisemos el duplo de la obligación, fue presentada una demanda en el mes de agosto de 2020 con una cuantía establecida de Dos Mil Ciento Cuatro Millones Ciento Setenta y Dos Mil Doscientos Ochenta y Tres Pesos ($2.104.172.283), su duplo sería Cuatro Mil Doscientos Ocho Millones Trescientos Cuarenta y Cuatro Mil Quinientos Sesenta y Seis Pesos ($4.208.344.566, oo).

El avalúo del inmueble denominado Quebraditas #1 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-73237 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez, para el 15 de marzo de 2018 fue avaluado por la entidad demandante en Cinco Mil Cuarenta y Cuatro Millones Seiscientos Noventa Mil Quinientos pesos ($5.044.690.500). Nótese que sin haberse actualizado el valor del avaluó del bien por parte de la entidad en el año

[12] Tribunal Superior de Bogotá. MP. ARIEL SALAZAR RAMIREZ. Ejecutivo hipotecario GONZALEZ DE CORTES MARIA TERESA vs. CABRERA REITA ORLANDO Radicación 5020119089 A
[13] Artículo 425 C.G.P.
[14] Artículo 2455 C.C

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307
Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

2020 y sin necesidad que el actor hubiese presentado uno nuevo, lo cierto es que supera de lejos el saldo de la obligación pretendida.

Sin dejar de lado, por supuesto que el inmueble denominado Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez, para el 23 de octubre de 2013 fue avaluado por la entidad demandante en Doscientos Treinta y Cuatro Millones Trescientos Setenta y Cinco Mil pesos ($234.735.000).

Las cifras dan la lucidez que se requiere para graficar como es que se tiene por superado el duplo de la obligación en la garantía hipotecaria que grava el inmueble denominado Quebraditas Uno.

De otra mano, reconocemos que el acreedor tiene el ejercicio pleno para perseguir los bienes de su deudor y obtener el pago, lo que si no le está permitido so pena de incurrir en responsabilidad civil por abuso del derecho es ejercer sus derechos subjetivos con la intención de ocasionarle perjuicios a su deudor. Es por ello que el acreedor incurre en un abuso de derecho cuando, por ejemplo, pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida, en tal caso es un generador de responsabilidad civil y por consiguiente habrá de indemnizar al deudor así perjudicado (corte suprema de justicia octubre 11 de 1973 CXLII-81-82) Así como también hay abuso del derecho cuando por petición del acreedor se embargan en exceso los bienes del deudor (corte suprema de justicia octubre 30 de 1935 Gaceta judicial Tomo XLIIII p313)

HINESTROSA 2007 recientemente se ha vuelto con mayor atención a la actitud del acreedor al punto de insinuarse que el deudor tiene un derecho a su liberación por medio del cumplimiento, que el acreedor no debería obstaculizar y menor impedir, so pena de comprometer su pretensión hasta el punto de hacerse responsable de los perjuicios que llegue a sufrir su deudor por aquel comportamiento indebido.

Sobre el acreedor pesan cargas y en consideración al interés de la otra parte, que se deben precisar y analizar en cada situación específica, entonces bajo el principio de buena fe contractual, no solamente se le pone de presente no agravar o hacer más difícil u onerosa la ejecución de la prestación, sino que le exige poner de su parte todo lo que esté a su alcance para facilitarla. Por supuesto que hay tensión en la relación de deberes y cargas entre el deudor y acreedor en las que se deberá ponderar y evaluar el limite de los derechos de cada una de las partes, para que no se generen perjuicios.

Téngase en cuenta que la conducta contractual se deberá evaluar en cada una de las etapas de la ejecución del contrato, me refiero a sus tratativas, ejecución y su terminación post contractual.

Así lo tiene decantado la jurisprudencia al indicar:

"Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual…"; "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe....", y "Los contratos deben ejecutarse de buena fe...."

"Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actúo o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida….". (Sentencia de 2 de agosto de 2001, Sala de Casación Civil) (subrayado fuera del texto)

Una vez más, la valía del principio medular de la buena fe, a cuyo tenor, "…en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta" en diversas manifestaciones, una de ellas proyectada como "…paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones…., si dejar de lado reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios….".

"Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidas lícitamente; en cambio, en las circunstancias del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho" (Sentencia T-295/99). Criterio que fue reiterado en la T-827/99[15].

Entonces decimos que hay un abuso de posición dominante de la entidad acreedora, bajo el entendido de ese principio de protección en donde se presenta que una parte domina a otro, lo cual a la postre termina siendo un claro abuso del derecho.

[15] Laudo Arbitral Beneficencia de Valle del Cauca vrs La Previsora 05 de marzo de 2009

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal
Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

La jurisprudencia ha trabajado y esclarecido el concepto de posición dominante de las entidades financieras frente a los usuarios del servicio, para efectos de este escrito, traigo un aparte de la Sentencia T-1085 de 2002

"*para la Corte es claro que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero. En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de sus clientes. En el mismo sentido esta Corte se pronunció en sentencia T-661 de 2001:*

En relación con las obligaciones que emanan de los contratos bancarios si algo debe saber el usuario, sin ninguna duda en forma expresa, diáfana y clara, es cuánto debe y por qué concepto, máxime si la entidad financiera emite comunicados contradictorios e ininteligibles.

" Si los clientes de las entidades bancarias no pueden preguntar sobre las condiciones exactas de sus créditos ¿qué tipo de peticiones pueden entonces hacerse a los bancos y corporaciones de crédito? Se pregunta esta Corte.

"Los jueces de instancia desconocen abiertamente la doctrina de esta Corte en un acto contrario al deber que tiene el juez en el Estado social de derecho, pero fundamentalmente su comportamiento constituye un acto de denegación de justicia al no proteger los derechos y garantías de las personas en situación de desequilibrio frente a un poder preeminente como el que tienen las entidades financieras."

En ese mismo sentido la Corte constitucional ha estudiado el contrato de mutuo con intereses propio de las entidades financieras, por lo que es del caso traer un breve aparte consignado en la Sentencia C-313 de 2013

Esta Corte en repetidas ocasiones y, a propósito de las relaciones entre usuarios del sistema financiero y entidades encargadas de la prestación del servicio de intermediación financiera, ha trascendido el clásico esquema de comprensión de los contratos bilaterales, para en su lugar, asumir el derecho propio del consumidor. Evidencias jurisprudenciales concretas de esta actitud por parte de la Corte Constitucional se tienen en las ya citadas sentencias C- 383 de 1999 M.P. Beltrán Sierra, C-700 de 1999 M.P. Hernández Galindo, C-747 de 1999 M.P. Beltrán Sierra. En tales ocasiones, la Corporación ha adoptado decisiones cuya finalidad ha sido velar por los derechos del extremo más débil en el mutuo con hipoteca.

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal

Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

En el caso que nos ocupa se probó que a pesar de que mi poderdante hubiese estado al día en sus obligaciones como persona natural por lo menos por un periodo de tiempo comprendido entre el desembolso del último crédito, esto es el 13 de septiembre de 2018 al 12 de septiembre de 2019 y a que el valor del crédito se encontraba garantizado aún en su duplo por el predio hipotecado Quebraditas Uno, la sociedad se negó a levantar la hipoteca que grava el LOTE 35 constituida desde el año 2013.

La razón de esa negativa, fue confesada por el representante legal de la actora, pues el quid del asunto esta dado en su consideración de haberse desmejorado la garantía hipotecaria que grava el predio denominado Quebraditas Uno por la inscripción de la medida de protección ordenada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras.

La legislación prevé la naturaleza jurídica de esta medida de protección. *La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas ordenará la inscripción, de la medida de protección jurídica del predio en el folio de matrícula del inmueble respectivo, con carácter preventivo y publicitario, conforme a lo señalado en el artículo 73 numeral 6 de la Ley 1448 de 2011.*[16]

Según el actor esta inscripción a su juicio desmejora la garantía, entonces nos preguntamos, ¿no sería lo justo realizar una juiciosa y sesuda evaluación del caso de manera jurídica para validar y medir el riesgo que puede llegarse a presentar en este tipo de acción? ¿Dónde está al menos el requerimiento a mi poderdante para que explique su situación jurídica y como adquirió el predio? Nos preguntamos si fue revisado este asunto dada la figura de la el *máxima error communis aparece, pues, como una regla de orden público, protectora del interés social, que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. En donde la publicidad inmobiliaria, en cuanto al conjunto de medios enderezados a dar a conocer a los titulares de derechos reales y el estado jurídico de ciertos bienes, encarna una lucha por la seguridad y eficacia del tráfico jurídico, de modo que quien obra plenamente convencido por los datos que el registro pertinente arroja debe ser protegido por el hecho de llevar a cabo una adquisición aparentemente eficaz, frente a la cual debe ceder la regla nemo plus juris in alium transferre postest quam ipse habet que impera en el ordenamiento*[17]

Recuérdese que la entidad antes de desembolsar los créditos hipotecarios procedió a realizar el correspondiente estudio de títulos sin que presentara objeción al respecto.

La actuación inscrita de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras por supuesto que no es un hecho imputable a ninguna de las partes, pero hay que decir, que esto de manera alguna despoja de la titularidad del bien a mi poderdante, téngase en cuenta que de hecho fue inscrita la medida de embargo el 22 de octubre de 2020.

[16] Artículo 13 Decreto 4829 de 2011
[17] CSJ Expediente No.25875 31 84 001 1994 00200 01 MP Pedro Octavio Munar Cadena

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal
Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.

También nos preguntamos si en algún momento se requirió por parte del actor a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras para que indicara el estado del trámite administrativo de inscripción del solicitante en el registro de personas desplazadas.

Presentamos todas estas dudas por la actitud hay que decir respetuosamente "ligera" con la que fue evaluado el caso y por la cual le agrava fuertemente la situación a mi poderdante.

A pesar de estar garantizada suficientemente la obligación como persona natural y al estar al día en su momento, la actitud que adopta mi poderdante, dada la imposibilidad en la que se encuentra, no es otra que no desproteger a su acreedor ofreciéndole un cambio de garantía, en bienes de mayor valor, todo esto con el ánimo de cumplir el compromiso adquirido en la venta del LOTE 35.

Hay que aclarar que mi poderdante realiza la venta de este LOTE 35, es cierto con un gravamen hipotecario, pero con la segura y legitima confianza de encontrarse al día, de tener una garantía hipotecaria como lo es Quebraditas Uno que de manera suficiente ampara el crédito, razón por la cual confía en que seré levantado este gravamen por parte de la Entidad.

Con todo hay que recordar que l*a sanción del abuso del derecho a litigar caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimo de sus derechos a administrar, gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, por que no resultando ser deudor de los bienes , no conseguirá reducirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados y secuestrados a la proporción del crédito que se persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, o es un medio necesario sino inútil para la satisfacción del derecho del acreedor*[18].

Por las razones anteriormente expuestas solicito se revoque el fallo atacado, para que en su lugar se acojan las excepciones planteadas, ordenando la cancelación de la hipoteca del Lote 35 Bloque 2 ubicado en Barbosa – Santander identificado con matrícula inmobiliaria 324-68792 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Vélez

Señor Magistrado,

TATIANA JOHANNA KWAN ACOSTA
C.C. 52.427.027 de Bogotá
T.P. 139.836 del C. S. de la J.

[18] CSJ octubre 30 de 1935 Gaceta judicial Tomo XLIIII p313

Tatiana Johanna Kwan Acosta
Abogada Conciliadora formada Cámara de Comercio de Bogotá
Especialista en Derecho Contractual
Especialista en Derecho de la Empresa
Especialista en Derecho Probatorio
Especialista en Derecho Procesal
Correo electrónico: tatianakwan@yahoo.es
Celular: 3153463355
Dirección: Calle 53B No 27-24 Ofc 307 Galerías - Bogotá
Carrera 10 N° 20-101, Sector la Y, Municipio de Barbosa-Santander.