

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO

Palmira, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2ª Instancia No. **03**
Rad. No. 765204003005-2019-00201-01
Efectividad de la garantía real

1. OBJETO DE ESTA PROVIDENCIA

Procede el despacho por medio del presente proveído, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante BANCOLOMBIA en contra de la Sentencia No. 021 del 5 de noviembre de 2020 emitida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, dentro del proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real promovido por el apelante en contra de STIVEN MORENO GARCIA.

2. ANTECEDENTES

2.1 La demanda da cuenta de que la señora CENELIA GARCIA PORRAS suscribió tres pagarés a favor del BANCOLOMBIA, cuyas obligaciones garantizó con hipoteca abierta y sin límite de cuantía, mediante escritura pública No. 1491 del 11 de agosto de 2010 de la Notaría 4ª del Circulo de Palmira constituida sobre dos inmuebles, los que actualmente se encuentran bajo el dominio del señor STIVEN MORENO GARCIA, distinguidos con las matrículas inmobiliarias Nos. 378-165406 correspondiente a la casa de habitación No. 68 y la matrícula inmobiliaria No. 378-165493 que corresponde al parqueadero No. 72, bienes que hacen parte del CONJUNTO RESIDENCIAL PORTAL DE PALERMO, localizado en la diagonal 29 No. 7-98 de Palmira. El primer pagaré se otorgó por \$19.060.404, con intereses corrientes 25.26% efectivo anual e interés de mora a la tasa máxima permitida por la ley, con vencimiento a partir del día 15 de enero de 2019; el segundo pagaré por la suma de \$29.302.179, en el que se pactaron las mismas tasas de interés del anterior título valor y con la misma fecha de vencimiento y el último pagaré se otorgó por la suma de \$7.050.091, con fecha de vencimiento e intereses similares a los anteriores instrumentos. Que según la forma de vencimiento los pagarés se hicieron exigibles el 15 de enero de 2019, sin que la deudora haya pagado las obligaciones, encontrándose en mora de hacerlo y por escritura pública No. 2429 del 27 de diciembre de 2018 de la Notaría 4ª de Palmira enajenó los bienes hipotecados a señor STIVEN MORENO GARCIA, debidamente inscrita en el registro inmobiliario, razón por la que el Banco optó por demandar la efectividad de la garantía real en contra del actual titular del dominio de dichos bienes y solicita se libre mandamiento de pago a favor de BANCOLOMBIA S.A. y en contra del citado señor por el saldo de capital adeudado y sus intereses moratorios a la tasa máxima legalmente permitida desde el 16 de enero de 2019 hasta el pago total de las obligaciones, más su condena en costas y pide se embarguen los bienes hipotecados. Adjunta los pagarés base de la ejecución, la copia de la garantía hipotecaria con constancia de que presta mérito ejecutivo y los certificados de tradición de los aludidos inmuebles.

2.2. EL JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA, dispuso librar mandamiento de pago en la forma pedida y ordenó el embargo y secuestro de los bienes

dados en garantía hipotecaria de propiedad del demandado STIVEN MORENO GARCIA y su notificación personal, la que se surtió debidamente.

2.3. EXCEPCIONES DE MERITO

El demandado STEVEN MORENO GARCÍA, por conducto de su apoderado judicial, contesta la demanda admitiendo unos hechos y negando otros, así mismo propuso las siguientes excepciones de mérito:

BUENA FE CREADORA DE DERECHO y aduce para sustentarla que es relevante tener en cuenta que su poderdante compró los inmuebles objeto de esta acción bajo el entendido de que el crédito de vivienda se encontraba cancelado y que la entidad BANCOLOMBIA SA, así lo certificó con la expedición del correspondiente paz y salvo y el otorgamiento de la escritura pública de cancelación de hipoteca; por lo tanto al haber efectuado la compra de los inmuebles en debida forma con el cumplimiento de los requisitos legales no se encuentra justificación en la instauración del proceso cuando el demandado no tiene ninguna obligación financiera con la entidad y ostenta la propiedad de los inmuebles.

MALA FE dado que BANCOLOMBIA inicialmente expidió un paz y salvo respecto de la hipoteca, entonces no resulta correcto ante el derecho, que ahora se instaure un proceso judicial en contra de su poderdante desconociendo su propia actuación y la expedición de la escritura pública de cancelación de la hipoteca, conducta que viola el principio de que nadie puede alegar en su favor su propio dolo puesto que esto constituye un actuar desleal y fraudulento, que es contrario a las buenas costumbres y a la ley, con lo que afecta los derechos y patrimonio del señor Moreno con el trámite del presente proceso judicial y la práctica de medidas cautelares sobre los inmuebles.

2.4. REFORMA DE LA DEMANDA

El apoderado de BANCOLOMBIA presenta reforma de la demanda debidamente integrada en un solo escrito, pero advierte que la modificación consiste en que en el hecho quinto de la demanda se precisa que el contrato de hipoteca es el contenido en la escritura pública número 330 del 28 de febrero de 2011 corrida en la Notaría Cuarta del círculo de Palmira. Agrega que aporta como prueba el mencionado documento en segunda copia que presta mérito Ejecutivo.

Mediante auto del 27 de febrero de 2020 el Juzgado admite la reforma de la demanda presentada y dispone correr traslado de la misma por el término de cinco días al ejecutado terminó durante el cual el demandado se pronunció admitiendo unos hechos y negando otros y propuso como excepciones de mérito las siguientes:

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS y para sustentarla aduce que esta teoría es derivada del principio de la buena fe la cual establece que nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro, sostiene respaldado en la sentencia T 295 de 1999 de la Corte Constitucional que ésta se basa en los siguientes tres requisitos:

1. Una conducta jurídicamente anterior relevante y eficaz es decir que debe ser vinculante que suscite confianza en el receptor y estar exenta de vicios y errores;
2. el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo por la misma persona que cree una situación litigiosa debido a la contradicción entre ambas conductas y
3. La identidad de

las personas que se vinculan en ambas conductas. Que en el presente caso BANCOLOMBIA suscribió la escritura de cancelación de hipoteca a favor de la deudora, permitiendo así que el nuevo comprador del bien de buena fe pudiese adquirirlo y a pesar de ello ahora se opone a su propio acto el cual no por no estar inscrito en el registro deja de ser oponible, mucho menos a él mismo, pues habiendo ordenado la cancelación del gravamen hipotecario, ahora pretende exigir ese mismo gravamen encontrándose la contradicción jurídica a que se refiere la sentencia en mención.

2. PRINCIPIO DE BUENA FE CREADORA DE DERECHO: Que la sustenta en los mismos términos ya reseñados y agrega que la jurisprudencia ha establecido que la buena fe cualificada tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía, lo cual implica la conciencia de obrar con lealtad y que los actos surjan del interés de acomodar la situación a lo debido, por lo tanto, esta tiene la virtud de crear una realidad jurídica y dar por existente un derecho.

3. MALA FE: que al sustentarla reproduce los mismos argumentos presentados frente a la demanda inicial.

El apoderado de BANCOLOMBIA oportunamente recorrió el traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada empezando por precisar que el código de Comercio en el artículo 784 relaciona en forma limitativa las excepciones que se pueden proponer para oponerse a la acción cambiaria y que por lo tanto los títulos valores tienen un régimen propio. Que se considera por una buena parte de la doctrina en cuanto a los títulos valores que la excepción cambiaria tiene la finalidad desvirtuar la existencia de la obligación o declararla extinguida si alguna vez existió, bien se trate de causas inherentes al derecho sustancial o a las relaciones de las partes dentro de él y es evidente que los medios de defensa planteados por el demandado no aparecen contenidas en la taxatividad que consagra el artículo 784 del código de Comercio, aparte de que no contienen fundamentos de hecho ni de derecho que lo sustenten.

En concreto frente a las excepciones formuladas de la simple lectura del certificado de tradición y libertad documento público que contiene la historia jurídica en forma cronológica desde el momento en que se le asignó el folio de matrícula inmobiliaria hasta la fecha, contiene los datos más importantes para que cualquier persona, natural o jurídica interesada en el inmueble conozca el nombre del actual propietario, anteriores propietarios, la información relacionada con embargos, hipotecas, gravámenes de valorización u otras limitaciones del dominio, y si se encuentra bajo algún régimen limitativo a la propiedad, como es el caso de la propiedad horizontal.

Aduce que es deber del interesado verificar si el bien que se pretende enajenar se encuentra libre de cualquier tipo de afectación o gravamen para realizar con éxito el procedimiento y quién compra el bien debe tener claras las implicaciones que tiene la venta de un bien gravado con garantía hipotecaria que se encuentran reguladas en el artículo 2452 del Código Civil que establece el derecho de persecución del bien hipotecado sea quien fuere en que la posea y el título en que lo haya adquirido, es decir que la hipoteca se mantiene hasta que sea cancelada sin importar cuántas veces se enajene el bien y en qué forma se haga la enajenación. Que en el evento en que el deudor no cumpla la obligación, el acreedor queda facultado para perseguir exclusivamente el bien hipotecado a fin de obtener su venta y satisfacer su acreencia con el producido lo cual se ejerce mediante la acción que dirija contra el dueño de la cosa.

Es claro que BANCOLOMBIA se encuentra legitimado para hacer exigibles las obligaciones que se demandan en este proceso y que están respaldadas con el contrato de hipoteca mediante el cual se busca hacer efectiva la garantía real constituida sobre los inmuebles materia de este proceso, es decir la casa 68 y el parqueadero 72 del Conjunto Residencial Portal de Palermo ubicado en la diagonal 29 número 78-98 de Palmira conforme al hecho quinto de la reforma de la demanda se informa que la señora Cenia García Porras constituyó hipoteca abierta y sin límite de cuantía a favor del Banco por escritura pública No. 330 del 28/02/2011 para garantizar el pago de sus obligaciones sobre los inmuebles ya referidos lo cual significa que el acreedor tiene la facultad de perseguir los bienes afectados sin importar el monto de la deuda total.

Si la señora Cenia García Porras constituyó por voluntad propia y a favor del Banco un contrato de hipoteca abierta y sin límite de cuantía para garantizar las obligaciones adquiridas, el demandado no puede alegar mala fe ni deslealtad por parte de BANCOLOMBIA ya que éste debió avizorar el riesgo de comprar un bien inmueble gravado con este tipo de garantía.

Por lo anterior el despacho debe desestimar las excepciones del demandado y declararlas las improcedentes por cuanto que está facultando su defensa en una falta de cuidado propia al materializar la compra de los inmuebles sin percatarse que la hipoteca constituida a través de la escritura pública número 330 del 28/02/2011 se encontraba vigente razón por la cual a BANCOLOMBIA le asiste el derecho de perseguir los bienes inmuebles sin importar quién sea la actual propietario y ello hasta tanto la cancelación de la hipoteca se registre debidamente en el folio de matrícula inmobiliaria.

Resalta que si bien hay una escritura de cancelación de hipoteca, esta no aparece anotada los certificados de tradición y libertad que son los documentos que contiene todo el historial jurídico en orden cronológico, y al no figurar en ninguna de sus anotaciones la hipoteca se encuentra vigente.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante la sentencia de primera instancia No. 021 del 5 de noviembre de 2020 el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira resolvió negar las pretensiones ejecutivas y revocar el mandamiento librado mediante auto 523 del 14/05/2019 y condenó en costas a la parte demandante para lo cual esbozó los siguientes argumentos:

Que como título base de recaudo se allegó la escritura pública No. 1491 del 11 de agosto de 2010 y en la demanda se dice que esta es el título ejecutivo; que en este caso no hay lugar a hacer ningún tipo de alegaciones frente al negocio causal porque la persona que aquí se está ejecutando es con base en el derecho de persecución que tiene el acreedor hipotecario en el Código Civil siempre que se haya inscrito el contrato de hipoteca en el registro inmobiliario, por lo que el título ejecutivo debe estar constituido desde el inicio de la ejecución, pero como vemos, aquí lo que se anuncia como el título ejecutivo es la escritura pública del 11 de agosto de 2010. Que ocurrió una reforma de la demanda en la que se aportó posteriormente el título ejecutivo y si bien se admitió tal reforma, lo cierto es que cuando se libró la ejecución contra el titular del derecho de dominio no se allegó el título ejecutivo que tiene que estar constituido desde la presentación de la demanda, porque es allí donde se califica con base en el artículo 430 del Código General del Proceso, no posterior a ello. Enfatiza en que la demanda se dirige en contra del actual titular del dominio de los predios y nada tiene que ver con

los obligaciones quirografarias que se se reclaman en la demanda por lo que debe presentarse con esta el documento que preste mérito ejecutivo y si la demanda es correcta pero no existe título ejecutivo se debe negar el mandamiento ejecutivo y con la reforma de la demanda no se puede adjuntar el título para ejecutar las obligaciones del deudor. En consecuencia, en este caso el mandamiento ejecutivo no debió haberse librado por falta de incorporación del título o documento necesario para librar ejecución en contra del ejecutado, es decir en este caso debió haberse incorporado desde la presentación de la demanda la escritura pública número 330 del 28 de febrero de 2011 y no mediante reforma de la demanda, por lo tanto, el mandamiento de pago debe revocarse y negarse las pretensiones de la demanda.

3. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de BANCOLOMBIA fundamenta su recurso en lo siguiente:

1) PRESENTACIÓN DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS QUE INCORPORAN LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS: Afirma que en la sentencia del 5 de noviembre de 2020, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, equívocamente interpretó que las obligaciones que el demandante pretende, se encuentran incorporadas en la escritura pública No. 330 del 28 de febrero de 2011 de la Notaría Cuarta de Palmira, cuando realmente se encuentran incorporadas en los pagarés acompañados con la demanda inicial y son los mismos pretendidos en la reforma a la demanda.

Que el juez confundió los pagarés como títulos ejecutivos, con la escritura pública contentiva del contrato de hipoteca celebrado para garantizar el pago de obligaciones insertadas en los pagarés que constituyen los títulos ejecutivos, siendo necesario diferenciar entre el título base de la ejecución y la garantía real que es un contrato accesorio. Coincide que los dos son necesarios para el ejercicio de la acción real en razón a que, en este caso, la obligación principal no se encuentra incorporada en el contrato de hipoteca que es abierta y de cuantía indeterminada *constituida para garantizar el pago de obligaciones pasadas, presentes y futuras y que consten en cualquier título de deber*, tal como se contrató en la escritura pública No. 330 del 28 de febrero de 2011 de la Notaría Cuarta de Palmira y se aprecia en la anotación No. 5 de los certificados de tradición de los inmuebles garantizados con hipoteca, razón por la que resulta imposible adelantar la ejecución con la mera garantía hipotecaria, siendo indispensable acreditar la obligación principal incumplida. Fue lo que ocurrió, pues sin el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la señora CENELIA GARCÍA PORRAS como mutuaría y garante inicial, el Banco no hubiera podido ejecutar la garantía real en cabeza del actual propietario inscrito de los predios hipotecados.

Que la escritura pública No. 1491 del 11 de agosto de 2010 corrida ante la Notaría Cuarta del circulo notarial de Palmira, contiene varios actos, entre ellos una hipoteca en favor de BANCOLOMBIA S.A., acto que nunca se registró en los folios de matrícula inmobiliaria de los inmuebles hipotecados, aunque en los certificados de tradición de los inmuebles, que contienen la historia jurídica de los predios en forma cronológica, podemos establecer que de dicha escritura pública, se registraron la cancelación de hipoteca por parte de Bancolombia S.A. en favor de Alianza Fiduciaria S.A.; una transferencia de dominio por parte de Alianza Fiduciaria S.A. en favor de la señora Cenelia García, pero que no se inscribió el contrato de hipoteca en favor de Bancolombia, por lo que optaron por celebrar un nuevo contrato de hipoteca a través de la escritura pública No. 330 del 28 de febrero de 2011 de la Notaría Cuarta de

Palmira, la que se registró según consta en las anotaciones No. 5 de los certificados de tradición de los predios hipotecados y perseguidos en esta ejecución.

Que el contrato de hipoteca celebrado a través de la escritura pública 1491 del 11 de agosto de 2010 de la Notaría Cuarta de Palmira, el que no se registró, se canceló o se deshizo mediante la escritura pública No. 2428 del 27 de diciembre de 2018 de la Notaría Cuarta de Palmira, la que tampoco se registró, porque la 1491, insiste, no se inscribió en el registro inmobiliario.

Que la hipoteca abierta y sin límite de cuantía, constituida por Escritura Pública No. 330 del 28 de febrero de 2011 de la Notaría Cuarta de Palmira, se encuentra vigente para garantizar el pago de obligaciones pasadas, presentes y futuras y que consten en cualquier documento de deber a cargo de la mutuaría Cenia García Porras, por lo que la demanda y la reforma son viables y es por ese motivo que el auto compulsivo de pago debió ser confirmado en sentencia.

Que la interpretación dada por el despacho frente a la no incorporación del título valor desde un inicio a la demanda, es totalmente equívoca por cuanto que las obligaciones no se encuentran incorporadas en el contrato de hipoteca, sino en pagarés que instrumentalizan las obligaciones principales demandadas desde el inicio de la acción ejecutiva.

Que de conformidad con el inciso primero del artículo 2452 del Código Civil, *“La hipoteca da el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido...”*, y que debido a la vigencia del contrato de hipoteca y a la desatención de las obligaciones de la hipotecante y mutuaría, el Banco se encuentra totalmente legitimado para hacerlas exigibles en este proceso, buscando hacer efectiva la garantía real constituida sobre los inmuebles hipotecados.

2) OPORTUNIDAD PARA REFORMAR LA DEMANDA SEGÚN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: Que el señor Juez Quinto Civil Municipal de Palmira, erradamente se centró en el libelo inicial para emitir su pronunciamiento de fondo, cuando el misma fue modificado a través de una reforma aportada para ajustar parcialmente aquellos aspectos no atendidos en la demanda inicial, la que fue debidamente incorporada, admitida y modificada al extremo pasivo, conforme lo prevé el Código General del Proceso y su artículo 93 establece que la reforma de la demanda procede por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

1. Solamente se considerará que existe reforma de la demanda cuando haya alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten, o se pidan o alleguen nuevas pruebas.

2. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones formuladas en la demanda, pero sí prescindir de algunas o incluir nuevas.

Así las cosas, la demanda podrá corregirse o reformarse, entre otros aspectos, para introducir cualquier modificación a su estructura en lo que se refiere a hechos o pruebas

Que en la reforma de la demanda radicada el día 24 de enero de 2020, de conformidad con lo establecido en el numeral 2, no se sustituyeron la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni las pretensiones, pues tanto las partes como las

pretensiones son idénticas, y tuvo como única finalidad modificar en el relato del hecho quinto de la demanda, en el sentido de que el contrato de hipoteca que garantiza las obligaciones otorgadas por la señora Cenelia García Porras se encuentra contenida en la escritura pública No. 330 del 28 de febrero de 2011 y no en la Escritura Pública No. 1491 del 11 de agosto de 2010, como se manifestó en la demanda inicial, entonces simplemente se modificó un hecho de la demanda inicial y se allegó una nueva prueba documental, es decir, se indicó y aportó la escritura pública No. 330 del 28 de febrero de 2011, que es la que contiene el contrato de hipoteca vigente a favor de BANCOLOMBIA.

4. CONSIDERACIONES

1.- Radicada la competencia en este Juzgado conforme lo establecido en el artículo 33 numeral primero del C.G.P, y avizorada la inexistencia de yerros procesales en ambas instancias que devengan en nulidades y verificada la presencia de los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico-procesal, se establece como problema jurídico a resolver, determinar si en el caso sub lite debe revocarse la decisión de la primera instancia y en su lugar ordenar seguir adelante la ejecución para que con el producto de los bienes gravados con hipoteca se pague al demandante el crédito y las costas con la correspondiente condena en costas a la parte demandada, atendiendo a los motivos de inconformidad expuestos por el apelante o, por el contrario, si la decisión del *a quo* debe confirmarse.

2.- El marco jurídico aplicable al caso está definido en los artículos 2432 y s.s. del Código Civil; y 93, 282, 322 num. 3º, 422 y s.s. y 468 s.s. del Código General del Proceso.

3.- Para la solución del problema jurídico planteado se debe tener en cuenta que tratándose de desatar un recurso de alzada con único apelante, como es el caso, se deben seguir en estricto dos reglas de procedimiento, la primera de ellas informa que formulados los reparos concretos que le hace a la sentencia, únicamente sobre ellos puede versar la sustentación del recurso ante el superior (art. 322 num 3º CGP) y la segunda, que el juez de segunda instancia solo debe pronunciarse sobre los argumentos expuestos por el apelante (art. 328 Ídem), salvo lo previsto en el artículo 282 inciso 3º sobre la resolución de excepciones de mérito.

Lo anterior implica la necesidad de advertir que del escrito de sustentación de la apelación presentado por el apoderado de la parte demandante, solo se tendrán en cuenta los argumentos que tengan relación directa con los reparos concretos y sobre ellos versará este pronunciamiento, salvo lo dispuesto en el ya mencionado artículo 282 del CGP, como ya se dijo.

4.- En cuanto a los argumentos o motivos de inconformidad del apoderado de BANCOLOMBIA, apelante en el presente asunto, este despacho comparte sus manifestaciones en el sentido de que efectivamente no se puede confundir el título base de la ejecución con la garantía y que en este caso los primeros corresponden a tres (3) pagarés, títulos valores que se presumen auténticos de conformidad con el inciso final del artículo 244 del Código General del Proceso, regla que guarda relación con lo preceptuado en el artículo 793 del Código de Comercio los que además reúnen los requisitos generales que para todo título valor consagra el artículo 621 ídem y los específicos que para todo pagaré exige el artículo 709 de la misma obra, lo cual así es si se tiene en cuenta que el demandado en ningún momento cuestionó el mérito de

dichos documentos, estando habilitado para hacerlo.

En cuanto a la garantía se deben hacer las siguientes precisiones:

1ª El Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira dispuso librar mandamiento de pago por la vía ejecutiva para la efectividad de la garantía real en contra del señor STEVEN MORENO GARCÍA atendiendo a los tres pagarés aportados con la demanda que había suscrito la señora Cenelia García Porras y claro está atendiendo a la escritura pública número 1491 del 11 de agosto de 2010, donde reza que la señora Cenelia García Porras constituye hipoteca abierta y sin límite de cuantía a favor de BANCOLOMBIA para garantizar el pago de sus obligaciones, inadvirtiéndolo el juzgado que dicha garantía no aparecía en el registro inmobiliario pues de haberlo detectado lo que correspondía era abstenerse de librar dicha orden al ejecutado, pues ciertamente tal escritura no podía tomarse como garantía, atendiendo a la prescripción que trae el artículo 2435 del Código Civil, pues sin el requisito del registro no tenía ningún valor.

Lo que tampoco se puede perder de vista es que a la fecha de la presentación de la demanda esto es el 09 de mayo de 2019 en la matrícula inmobiliaria No. 378 165406 correspondiente a la casa 68 y en la le con matrícula 378 16 5493 del parqueadero 72 de Palmira, ya aparecía registrada en la anotación número 005 del 29 de marzo de 2011 la escritura pública No. 330 del 28 de febrero de 2011 otorgada en la Notaría Cuarta de Palmira, mediante la cual la señora Cenelia García Porras constituyó hipoteca con cuantía indeterminada abierta sobre los mencionados inmuebles y a favor de BANCOLOMBIA SA.

2ª Lo anterior quiere decir ni más ni menos que el apoderado de BANCOLOMBIA presentó para el proceso de efectividad de la garantía real una escritura que no se encontraba registrada, en lugar de allegar la escritura de hipoteca suscrita por la deudora y que, sí se encontraba registrada desde el 29 de marzo de 2011, yerro que se repite tampoco advirtió el juzgado, pues de haberlo hecho distinto hubiese sido el curso del proceso.

3ª Debe decirse que el ejecutado SIVEN MORENO GARCIA, una vez notificado, si bien es cierto propuso excepciones de mérito, no presentó reposición en contra del auto que le ordenaba pagar las sumas de dinero que se detallaron en tal providencia, señalando la imposibilidad de hacer efectiva una garantía hipotecaria que no se hallaba inscrita en el registro de instrumentos públicos, requisito formal que, por ausente, hubiese dado al traste con la ejecución.

4ª El apoderado de BANCOLOMBIA presenta reforma de la demanda para enmendar el error después que el apoderado del demandado contestó la demanda inicial y propuso excepciones de mérito, momento en el que aún no se había fijado fecha para la audiencia, corrección del error que no consiste en otra cosa que allegar la escritura pública 330 contentiva de la garantía hipotecaria que se encontraba debidamente inscrita en el registro inmobiliario, reforma que el juzgado admitió, de la cual corrió traslado para que el demandado la contestará como efectivamente lo hizo y además propusiera excepciones de mérito que igualmente se tramitaron.

Lo anterior permite fácilmente arribar a las siguientes conclusiones relacionadas con la garantía requerida, tratándose de procesos que procuran la efectividad de la garantía real:

1ª. Con la demanda inicial no sé aportó la escritura pública idónea para adelantar procesos de esta naturaleza dado que la escritura 1491 del 11/08/2010 no fue registrada en lo atinente a la hipoteca que se constituyó por la señora Cenelia García Porras a favor de BANCOLOMBIA.

2ª Que así las cosas mal podía el juez aquo iniciar el trámite de un proceso para la efectividad de la garantía real, dado que el documento aportado no lo permitía.

3ª La situación anterior inicialmente fue inadvertida tanto por el juez como por las partes, en particular por el apoderado del demandado quien tuvo la oportunidad de presentar reposición en contra del auto de mandamiento de pago, señalando la falencia que hubiese posibilitado la terminación del proceso, dado que no era jurídicamente posible adelantar solo la ejecución singular en contra de STEVEN MORENO GARCÍA, pues no fue quien suscribió los pagarés base de la ejecución, pero no lo hizo, situación que continuó hasta hasta el momento de la presentación de la reforma de la demanda.

4ª Es incuestionable que la reforma de la demanda se presentó en la oportunidad prevista por la ley procesal y que no consistió en más que la aportación de la escritura pública 330 del 28 de febrero de 2011 otorgada en la Notaría Cuarta de Palmira, que contenía la garantía hipotecaria debidamente registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos, en primera copia con la constancia de que presta mérito ejecutivo, prueba con la cual se saneó la falencia que venía arrastrando el proceso, por lo demás los títulos ejecutivos no presentaban irregularidades, lo que modo alguno requería modificar el mandamiento de pago, es decir, a partir de este momento el proceso cuenta con tres títulos base de la ejecución consistentes en tres pagarés suscritos por la señora Cenelia García Porras cuyo pago garantizó con hipoteca abierta y sin límite de cuantía a favor de BANCOLOMBIA debidamente registrada en la oficina de instrumentos públicos.

Atendiendo a las anteriores conclusiones parciales, al estudiar la sentencia objeto de la alzada es evidente que la decisión a la que llegó el señor Juez Quinto Civil Municipal de Palmira de negar las pretensiones ejecutivas y de revocar el auto de mandamiento de pago librado, tiene fundamentos inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico porque confundió los títulos base de la ejecución, con la garantía real, títulos que no son otros que los pagarés suscritos por la señora Cenelia García Porras en su calidad de deudora y en cuanto a la garantía real es la escritura pública 330 del 28/02/2011 otorgada en la Notaría Cuarta de Palmira que contiene la hipoteca abierta y sin límite de cuantía que se allegó en la oportunidad legal de la reforma de la demanda con lo cual se superó la falencia que se venía presentando desde cuánto este trámite se inició con una garantía que no aparecía inscrita en el registro inmobiliario. Lo que no advirtió el juez es que los títulos ejecutivos siempre estuvieron presentes desde la presentación de la demanda y en cuanto al yerro del demandante de presentar una garantía real no registrada, se saneó al momento de aportar la escritura pública de hipoteca en una oportunidad legalmente prevista cómo es la reforma de la demanda y que de ninguna manera se puede predicar vulneración al debido proceso puesto que el demandado tuvo la oportunidad de controvertirla y efectivamente se pronunció sobre ella en su momento, entonces es equivocado sostener que el título ejecutivo no estuvo presente al inicio de la ejecución y si bien la garantía real inicialmente presentada carecía de eficacia, fue sustituida oportunamente por la hipoteca contenida en escritura pública 330 igualmente suscrita por la deudora y dueña del bien que posteriormente o años después transfirió al señor STEVEN MORENO GARCÍA. Ciertamente es que legalmente no

se puede adelantar ejecución sin un título ejecutivo, también es cierto que es imposible pretender hacer efectiva una garantía real que carece de eficacia para ausencia de su inscripción en el registro inmobiliario pero no hay razón para pensar que riña con el ordenamiento jurídico el hecho de que un error de esta naturaleza se corrija en las oportunidades que el ordenamiento adjetivo tiene previstas.

Por lo anterior le asiste la razón al apelante cuando aduce que los títulos ejecutivos se allegaron con la presentación de la demanda y que corresponden a los pagarés suscritos por la obligada Cenia García Porras y que la escritura pública número 330 del 28/02/2011 que contiene la hipoteca abierta y sin límite de cuantía registrado en la anotación No. 005 de los certificados de tradición de los inmuebles gravados con hipoteca, por sí sola no permite adelantar la ejecución, porque en sí misma no contiene un título ejecutivo, siendo indispensable acreditar la obligación principal incumplida. reconoce que la escritura pública número 1491 del 11/08/2010 que contiene varios actos entre ellos una hipoteca a favor de BANCOLOMBIA, este último acto no se registró en los folios de matrícula inmobiliaria de los inmuebles hipotecados siendo la escritura pública número 330 la que se encuentra vigente para garantizar el pago de obligaciones pasadas presentes y futuras y que consten en cualquier documento a cargo de la mutuaría Cenia García Porras. También la existe la razón, cuando sostiene que la reforma a la demanda es viable pues se adelantó en la oportunidad procesal legalmente prevista para este propósito y conforme a las reglas del artículo 93 del Código General del Proceso si se tiene en cuenta que no se sustituyeron las personas de demandante y demandado ni las pretensiones y la única finalidad que se persiguió fue aportar el contrato de hipoteca que garantizaba las obligaciones de la señora Cenia García Porras, garantía contenida en escritura pública No. 330 la que se allegó como prueba.

Por lo anterior, atendiendo a los motivos de inconformidad expuestos por el apoderado del ejecutante, resulta extraña al ordenamiento jurídico y en consecuencia errónea, la decisión del Juez de primera instancia de negar las pretensiones ejecutivas y la revocatoria del mandamiento de pago librado.

5.- No obstante, en aplicación de la regla contenida en el artículo 283 del Código General del Proceso es pertinente examinar las excepciones de fondo propuestas por el apoderado judicial del demandado STEVEN MORENO GARCÍA, cómo sigue:

1. En cuanto a la teoría de los actos propios, que por cierto tiene su fundamento en el principio de la buena fe, no tiene aplicación en el caso concreto pues no se evidencia la variación en el comportamiento del Banco ejecutante, pues no se allega evidencia de que su conducta, previa a la enajenación de los bienes por la señora Cenia García Porras, estuviese encaminada eficazmente a la cancelación de la hipoteca contenida en la escritura 330 del 28 de febrero de 2011, pues la prueba que se aporta es de la cancelación de un gravamen diferente el contenido en la escritura 1491 del 11 de agosto de 2010, entonces no se observa en que consiste la variación de comportamiento injustificada, pues son dos instrumentos diferentes, por lo que resultaba necesario que quien estaba interesado en la adquisición de los bienes, el aquí demandado, advirtiera esta situación o se abstuviera de ejecutar el negocio hasta que los correspondientes certificados de tradición diesen cuenta de que el gravamen hipotecario de que trata la anotación 05, apareciera cancelado, lo que implica que el hecho de la cancelación de un gravamen distinto a este no tenía por qué suscitar confianza en el futuro comprador, ni aparece exento de vicios o errores si se tiene en

cuenta que ni tan siquiera aparecía en el registro inmobiliario; tampoco resulta contradictorio que posteriormente el ejecutante hiciera uso de la garantía privilegiada para cobrar sus acreencias en manos de quien posee actualmente los bienes gravados y finalmente no hay identidad entre las personas vinculadas con la conducta de BANCOLOMBIA, pues era un asunto de incumbencia del Banco y la señora Cenelia García Porras, quien sabía que para la época en que vendió los mencionados bienes, pues no se encontraba a paz y salvo con su acreedor como así lo manifestó en declaración ante el despacho. Entonces no es cierto que se está oponiendo a su propio acto, si se tiene en cuenta que era otro gravamen el que se pretendía cancelar, tampoco es cierto que la vendedora estuviese a paz y salvo con el Banco, pues le adeudaba las sumas de dinero de que da cuenta el mandamiento de pago, sumas sobre las cuales el demandado y dueño de los bienes materia de la garantía real, nada dijo. En consecuencia no prospera esta excepción.

2. Respecto de la buena fe creadora de derecho, se sostiene que el señor Moreno compró los inmuebles objeto de la acción ejecutiva en el entendido que el crédito de vivienda se hallaba cancelado, tanto así que el Banco expidió el paz y salvo y otorgó la escritura pública de cancelación de hipoteca y si se compraron los inmuebles en cumplimiento de los requisitos legales, no se justifica este proceso pues el demandado no tiene obligación alguna con la entidad financiera demandante; esta excepción no tiene ninguna vocación de prosperidad si se tiene en cuenta que la multi-mencionada escritura de hipoteca No. 330 se encontraba registrada, según daban cuenta los certificados de tradición de los dos inmuebles apartamento y parqueadero, según la anotación 05, desde el 29/03/2011 mucho antes de que se verificará la venta de Cenelia García Porras a Steven Moreno García, venta que tuvo lugar en diciembre de 2018 y por lo tanto era deber del comprador, si pretendía adquirir los bienes libres de este gravamen, constatar que efectivamente fuera cancelado; por lo tanto no bastaba que la entidad financiera extendiera una escritura pública de cancelación de hipoteca sino que el comprador debió constatar que la hipoteca que se estaba cancelando era la número 330 pues en definitiva era esta la que aparecía registrada en la oficina de instrumentos públicos. Es que cuando se trata de adelantar negocios importantes, los contratantes deben observar un especial sigilo que en este caso no se atendió, pues un acto de prudencia debió consistir en la verificación que esta garantía hipotecaria ofrecida a BANCOLOMBIA estuviese cancelada para luego sí proceder adquirir el bien. Es que la buena fe que se requiere en estos asuntos debe ser exenta de culpa, y aquí lo que se observa es al menos un comportamiento imprudente del demandado, a lo cual hay que agregar que sabía, dada la relación familiar entre vendedora y comprador, de madre a hijo, según manifestaron, que al momento de realizar la negociación ciertamente la señora Cenelia García Porras, no quedaba a paz y salvo con el Banco y ha de entenderse que la buena fe creadora de derecho debe cumplir unos requisitos que en el presente asunto se encuentran ausentes. La buena fe cualificada tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía, lo cual implica que si alguien en la adquisición de un derecho o situación comete un error creyendo colocarse en una situación jurídica protegida por la ley y resulta que tal derecho o situación no existe por ser meramente aparente tal derecho no resultará adquirido, pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente, también lo hubiera cometido por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa. Así tenemos que la buena fe simple se presume de todas las actuaciones y gestiones que los particulares realizan ante el estado, en tanto que la

buena fe exenta de culpa exige dos elementos, de un lado uno subjetivo que consiste en obrar con lealtad y de otro lado uno objetivo que exige tener la seguridad en el actuar lo cual sólo puede ser el resultado de realizar actuaciones positivas encaminadas a consolidar dicha certeza, y es aquí, en este punto, donde este juzgador echa de menos tales acciones pues de haberlas emprendido el demandado pudo haber advertido que la escritura de hipoteca que se pretendía cancelar no era la que aparecía en el registro inmobiliario de los dos bienes raíces y al menos debió esperar prudentemente que dicho gravamen apareciese cancelado en el registro para ahora sí adelantar la transacción o negociación; acciones que no aparecen acreditadas en el presente trámite. Es que, como ya se dijo, quien invoca la buena fe cualificada o creadora de derechos debe llegar a una situación aparente donde es imposible descubrir la falsedad, que en el caso en concreto correspondería al hecho de la imposibilidad de advertir que se estaba cancelando un gravamen que ni siquiera aparecía en el registro inmobiliario y que por el contrario la garantía hipotecaria legalmente constituida continuaría vigente, pero como bien se puede observar, si el demandado hubiese actuado diligentemente, pudo evitar la situación que hoy se ve abocado a afrontar, pues lo que aparece es que el Banco ejecutante no adelantó actuación alguna tendiente a la cancelación de la hipoteca abierta y sin límite de cuantía que aparecía en el registro inmobiliario de los bienes que la señora Cnelia le transfirió al aquí demandado.

3. De otro lado La excepción de mérito que el demandado denominó mala fe no tiene soporte probatorio alguno y por el contrario lo que se presume de las personas naturales y jurídicas en sus actuaciones es la buena fe, los actos del BANCOLOMBIA previos al adquisición por el demandado de los bienes objeto de la presente ejecución fueron conocidos o por lo menos pudieron ser conocidos, al igual que por la vendedora de dichos bienes, su progenitora, es que no se puede desconocer la existencia de la escritura pública 1491 del 11/08/2010 que contenía varios actos jurídicos entre otros la transferencia de alianza fiduciaria a Cnelia García Porras de los mencionados bienes la que sí se anotó en el registro inmobiliario, y también la constitución de una hipoteca abierta y sin límite de cuantía a favor del Banco de la cual no se hizo anotación en el registro mencionado; el hecho de la cancelación de ese gravamen hipotecario lo explica el apoderado del Banco en la necesidad de ponerle fin a esa garantía que no había tenido eficacia, pero fuere cual fuere la razón lo menos que se puede pensar, si no hay prueba de ello, es que el Banco actuó de mala fe con el propósito de engañar a la deudora o al comprador, porque lo cierto es que cuando el Banco adelantó la cancelación de la garantía no inscrita, la señora Cnelia García Porras no se encontraba a paz y salvo como ella mismo lo reconoció al rendir su testimonio en este trámite.

En conclusión este juzgador no encuentra los elementos suficientes para determinar que la conducta del Banco estuvo inspirada en actos de mala fe por lo tanto se debe seguir la regla general según la cual de los actos de las personas lo que se debe presumir el lo contrario y así las cosas la excepción de mala fe no está probada.

6.- Analizados los motivos de inconformidad presentados por el apoderado de BANCOLOMBIA y las excepciones de mérito propuestas por el demandado STIVEN MORENO GARCIA, necesariamente se debe llegar a la conclusión de que en el sub lite le asiste la razón al ejecutante y no así al ejecutado en sus excepciones de mérito, razón por la que debe revocarse la decisión de primera instancia y en su lugar ordenar seguir adelante la ejecución para que con el producto de los bienes gravados con hipoteca se paga el demandante el crédito y las costas con la consiguiente condena en

costas a la parte demandada, en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de merito propuestas por la parte demandada y REVOCAR la sentencia No. 021 del 05 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Palmira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR que siga adelante la ejecución en contra del demandado STIVEN MORENO GARCIA, conforme con lo ordenado en el auto 523 de fecha 14 de mayo de 2019 que libró mandamiento de pago en su contra.

TERCERO: ORDENASE la liquidación del crédito en los términos establecidos en el artículo 446 del Código General del Proceso.

CUARTO: ORDENASE el avalúo y remate de los bienes dados en garantía hipotecaria para que con su producto se pague al demandante el crédito y las costas

QUINTO: Las costas de ambas instancias están a cargo del ejecutado

SEXTO: Ejecutoriada ésta providencia y fijadas las agencias en derecho de esta instancia, REMÍTASE el expediente al despacho de origen para lo de su competencia, previas las anotaciones respectivas y la cancelación de su radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Henry Pizo Echavarría
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 004
Palmira - Valle Del Cauca

Código de verificación: **81d164179d602852b77fee66b100995a9aa988f399a99520c3c488e8a1ba67d**

Documento generado en 19/11/2021 03:56:29 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>