



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN
CIVIL FAMILIA LABORAL

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: RESOLUCIÓN DE CONTRATO
Demandante: MARÍA DEL PILAR VALLEJO VARGAS
Demandados: BANCO AV. VILLAS
Radicación: 41001 31 03 005 2010 00083 01
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA
Procedencia: JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE NEIVA
(H)

Neiva, cinco (05) de febrero de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado y Discutido mediante acta N° 013 del 5 de febrero de 2021

1. ASUNTO

Procede la Sala Quinta de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a resolver el recurso de apelación de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva. (H)

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

En el líbello introductorio del presente asunto, la parte demandante solicitó se declare resuelto el contrato de hipoteca suscrito con la Corporación de Ahorro y Vivienda Av Villas, por el incumplimiento de la demandada, de entregar el crédito sin que se cumplieran los requisitos establecidos en la cláusula quinta de la Escritura Pública; y como consecuencia, se le condene a pagar una indemnización por los perjuicios causados (daño emergente, lucro cesante y daño moral)

2.2. HECHOS

El 26 de octubre de 2001, la demandante María del Pilar Vallejo Vargas, en calidad de compradora, suscribió con la Constructora La Hacienda Ltda, Escritura Pública No.



1.441 de la Notaría Quinta de Neiva, por medio de la cual, se transfirió el dominio del inmueble identificado con folio de matrícula No. 200-146558, Lote 19 manzana AC de la Urbanización Ciudadela Hacienda Santa Bárbara.

Las partes acordaron como precio de la venta, la suma de \$16.992.000; de los cuales, \$3.792.000 se pagarían como cuota inicial a la firma del contrato, y \$13.200.00 con el producto de un crédito hipotecario suscrito entre el comprador y Av. Villas.

Adujo la demandante, que en la cláusula quinta de la Escritura Pública de hipoteca, se estipuló que la Corporación Av. Villas entregaría el dinero del crédito solicitado, siempre y cuando la Constructora La Hacienda se encontrara al día en el pago de los intereses del crédito a su cargo otorgado por Av. Villas, para la construcción del inmueble.

Refirió que mediante oficio emitido por la Oficina de Instrumentos Públicos, se denegó la inscripción de la propiedad, por cuanto sobre el predio recaía un embargo por parte de la Corporación de Ahorro y Vivienda Av. Villas, hoy Banco Av. Villas contra la Constructora La Hacienda, desde el 15 de junio del año 2000.

Sostuvo que pese a ello, la demandante ha cancelado en debida forma el crédito hipotecario suscrito con la Corporación de Ahorro y Vivienda Av. Villas, pero a la fecha le ha sido imposible registrar la propiedad. Además, indicó que aunque se le entregó materialmente el inmueble, posteriormente fue despojada de la tenencia del mismo, en la diligencia de secuestro realizada por el Juzgado en el que se adelanta el proceso ejecutivo iniciado en contra de la Constructora La Hacienda.

Por lo anterior, concluyó que el Banco Av. Villas, incurrió en una conducta dolosa al hipotecar un inmueble con el fin de que se suscribiera un contrato de compraventa, pese a que el objeto de la venta embargado, y al entregar el crédito, sin que se cumplieran los requisitos necesarios para el goce del inmueble.

2.3. CONTESTACIÓN

- BANCO AV. VILLAS

Señaló que la Sociedad Constructora La Hacienda, solicitó y obtuvo de la Corporación de Ahorro y Vivienda Av. Villas hoy Banco Comercial Av. Villas S.A., un préstamo de dinero para el desarrollo del proyecto denominado Hacienda Santa Bárbara, siendo el



inmueble objeto de contrato, parte del citado proyecto, el cual, estaba gravado con hipoteca de mayor extensión a favor de la entidad financiera.

Como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas por la Constructora La Hacienda Ltda., se adelantó proceso ejecutivo mixto, en el que se decretó y practicó la medida cautelar de embargo y secuestro del inmueble.

Expuso que el Banco no ha impuesto condiciones propias para la entrega del crédito, ya que estas fueron presentadas por la demandante en la carta de aprobación, aceptando el contrato de mutuo, y que la obligación de saneamiento recae en la Constructora La Hacienda Ltda.

Dijo que el contrato de hipoteca se ha desarrollado de acuerdo con lo establecido en la Ley, y lo pactado con la demandante, quien conocía las condiciones del crédito, y el gravamen que recaía sobre el inmueble; el cual, se ha solicitado cancelar ante el Juzgado de conocimiento, sin obtener respuesta favorable.

En ese orden, se opuso a las pretensiones, afirmando que el Banco Av. Villas no ha incumplido obligación alguna a favor de la demandante, y propuso como excepciones "Cumplimiento estricto de la Ley" "Fuerza Mayor" "A lo imposible nadie está obligado" "Acto de autoridad" "Ausencia de responsabilidad de la demandada" "La demandada se halla sometida al imperio de la Ley" e "innominada".

Finalmente, llamó en garantía a la Sociedad Reestructuradora de Créditos en Colombia Ltda., en virtud del contrato de cesión de derecho de crédito, por medio del cual, se transfirió la obligación ejecutada en contra de la Constructora La Hacienda.

-SOCIEDAD RESTRUCTURADORA DE CRÉDITOS EN COLOMBIA LTDA.

Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de "Falta de legitimidad por pasiva", "ausencia de responsabilidad de representada", "fuerza mayor" e innominada. Además, llamó en garantía a Sistemcobro Ltda., en virtud del contrato de cesión de derechos del crédito al Fideicomiso Activos Alternativos Alfa, mediante operado de cartera Sistem Cobro Ltda., quien guardó silencio.



En audiencia del 28 de agosto de 2018 (fol. 471 c.1a), se ordenó la citación al proceso de oficio a la Constructora La Hacienda Ltda., que fue notificada mediante curador ad litem, y guardó silencio.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, en sentencia del 9 de octubre de 2019, declaró de oficio la excepción denominada falta de requisitos de existencia y/o invalidez del contrato de hipoteca, al no haberse registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 200-146556, en atención a los preceptos del art. 2435; y declaró probada la excepción “Cumplimiento del contrato de hipoteca” propuesta por la demandada Av. Villas.

Como consecuencia de lo anterior, denegó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante, y en favor de la demandada.

En ese orden, se refirió a las características del contrato de hipoteca para concluir que el mismo no surtió efecto por cuanto la escritura pública no fue registrada de conformidad con el art. 2435 del C.C.

Igualmente, señaló que al momento de presentarse la demandada, la actora se encontraba en mora de cumplir con el pago de las obligaciones adquiridas a través del contrato de mutuo, razón por la cual, no puede solicitar el cumplimiento del contrato.

Por otra parte, dijo que la demandante conocía que el predio se encontraba embargado, como se acredita con la Escritura Pública de venta, que establecía que sobre el inmueble pesaba un gravamen hipotecario, y que el dinero del precio sería para cancelar la obligación adquirida por la constructora, y garantizada con el predio de mayor extensión.

4. APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia, argumentando que el Banco Av. Villas obró de mala fe, al aprobar un crédito hipotecario sobre inmueble del cual, conocían que la actora no podía hacerse dueña, y pese a ello, permitieron que la señora Vallejo pagara la totalidad del mismo. Adicionalmente, sostuvo que de la lectura de la Escritura Pública no podía concluirse que sobre el inmueble recaía un embargo,



pues allí solamente se alude a la existencia del gravamen hipotecario; y que si bien, la escritura no se registró, ello no es producto de la negligencia de la demandante.

En escrito posterior, la parte apelante amplió los argumentos, aduciendo que el contrato de hipoteca es accesorio al contrato principal de compraventa, el cual, se encuentra viciado, y por tanto, corre con la misma suerte.

Por último, arguyó que el A quo debió declarar la nulidad absoluta de los contratos, por objeto o causa ilícita o en ausencia de algunas de las formalidades que exige la Ley para su perfeccionamiento, garantizándole a la actora la devolución de los dineros pagados al Banco Av. Villas.

5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 24 de noviembre de 2020, se ordenó imprimirle a la actuación el trámite contemplado en el art. 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, y en consecuencia, correr traslado al apelante para que entro de los 5 días siguientes sustentara el recurso de alzada.

En oportunidad, el apoderado de la parte demandante, reiteró sus argumentos, enfatizando que la Constructora La Hacienda Ltda, al no entregar el inmueble en las condiciones pactadas, incumplió en contrato de compraventa y por tanto, resulta procedente su resolución más la indemnización de perjuicios.

Dijo que si bien, la hipoteca es un derecho real que se perfecciona con la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la omisión de este requisito no obedeció a la negligencia de la demandante, sino a la mala fe de la demandada Av. Villas, por aprobar un crédito hipotecario para la compra de un inmueble que ellos tenían embargados.

Al traslado del recurso, la apoderada del Banco Comercial Av. Villas S.A. señaló que el recurrente no puede desconocer, que por consignarse en una misma Escritura Pública, dos o más actos, la convierten per sé en un solo contrato.

En ese orden, expuso que el Banco es ajeno al contrato de compraventa, y en todo caso, la entidad entregó a la demandante, la suma solicitada por ella mediante crédito, sin



aseguramiento del mutuo realizado, ante la falta de perfeccionamiento del contrato de hipoteca.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos que acomete la Sala en esta oportunidad, son los siguientes:

- ¿Incurrió el Juez de instancia en yerro fáctico por indebida valoración probatoria, de los requisitos de existencia y validez del contrato de hipoteca, que lo condujo a declarar la ineficacia del mismo?
- De ser afirmativo lo anterior, corresponderá a la Sala establecer si el Banco Av. Villas incumplió el contrato de hipoteca suscrito con la demandante mediante Escritura Pública No. No. 1.441 del 2001, corrida en la Notaría Quinta del Círculo de Neiva.
- Y en tal evento se determinará si, debe condenarse a la demandada a pagar la indemnización de perjuicios solicitada por el incumplimiento del contrato.

5.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Preliminarmente advierte esta Corporación que el análisis del presente asunto se circunscribirá a los motivos de inconformidad de la censura, de cara a la decisión judicial adoptada por el A quo, y en concordancia con las pretensiones formuladas en el libelo introductor. En razón a ello, de entrada debe señalarse que ningún pronunciamiento se hará en torno a la nulidad del contrato de compraventa que la parte demandante pidió se declarara en escrito presentado el 15 de octubre de 2019 (fl. 7 del c. tribunal) por cuanto, no fue solicitado en las pretensiones de la demanda, no se discutió durante el trámite de la primera instancia, y nada se dijo al momento de formularse los reparos concretos del recurso en audiencia del 9 de octubre de 2019.

Así las cosas, y con el fin de dilucidar el primer problema jurídico planteado en torno a la eficacia del contrato de hipoteca, conviene memorar que el artículo 2432 del C.C., que consagra éste como *“un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.*

El aquilatado tratadista Álvaro Pérez Vives, en su obra *Garantías Civiles (Hipoteca, prenda y fianza)*, definió la hipoteca como una “garantía real accesoria e indivisible constituida sobre inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, con el fin de que este sea cubierto con el producto del remate, de preferencia a otros acreedores”¹

La hipoteca, como garantía accesoria, no puede existir sin una obligación principal a la cual acceda, por consiguiente, si dicha obligación es nula, la hipoteca carece de valor; y si aquella se extingue, el gravamen desaparece. No obstante, la legislación ha previsto un tipo de hipoteca condicional, conocida con el nombre de hipoteca abierta, que consiste en otorgar la garantía en favor de quien eventualmente pueda llegar a ser con posterioridad acreedor del constituyente. El rango del gravamen, se determina por la fecha de inscripción de la hipoteca y no por el nacimiento del crédito.

Ello es así, porque la hipoteca se caracteriza por ser un acto doblemente solemne, es decir, “está sujeta a la doble formalidad de la escritura pública y del registro, como requisitos *ab substantiam actus*, cuando se otorga entre vivos, y a las formalidades del testamento solemne abierto y al registro, cuando se constituye por acto testamentario”

En ese sentido, el art. 2435 del C.C. consagra “La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción”. Igualmente, el Decreto Ley 1250 de 1970, vigente para la época en que se suscribió la Escritura Pública, disponía en su art. 32, que “La hipoteca y el patrimonio de familia inembargable, sólo podrán inscribirse en el registro dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento”; de manera que, no es una mera formalidad como lo señala el apelante, sino que implica que el negocio jurídico no surge a la vida si a pesar de estar contenida en la Escritura Pública, no se registra.

¹ Pérez, V. Álvaro. *“Garantías Civiles (Hipoteca, prenda y fianza)”*. Editorial TEMIS Librería. Bogotá – Colombia. 1984



Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 29 de abril de 2002, con ponencia del Magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles, expediente 6258, señaló:

“Al respecto es oportuno destacar que, frente a lo puntualmente consagrado en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil, es claro que el perfeccionamiento de la hipoteca ocurre a partir de la fecha de su inscripción en el registro de instrumentos públicos. En efecto, mientras que la primera de aquellas disposiciones exige que tal gravamen debe otorgarse por escritura pública, la segunda regla prescribe que “La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción” (Subraya la Corte).

De ahí que deba deducirse, como lo ha puntualizado esta Corporación, que “...este contrato accesorio, que origina el derecho real persecutorio y preferente, es contrato legalmente sometido a dos solemnidades igualmente indispensables para su existencia: el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el libro de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito este último al que corresponde, además, el significado y función de la tradición del derecho real de hipoteca. Así está dispuesto en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil...”. (LVIII, pág. 76).

*Quiérese destacar entonces, que si bien no se niega que la hipoteca puede concebirse no sólo como un contrato, sino, también, como un derecho real, esto último, por tangible mandato del artículo 665 del Código Civil, en cuyo caso su adquisición, como acontece con la todos los derechos de su estirpe, surge de la debida conjugación del título y el modo, no es menos cierto que no es posible inferir que la inscripción a la que alude la trasuntada regla del artículo 2435, se refiera únicamente a la ineludible condición para que opere la tradición del derecho real, toda vez que habiéndose aludido al artículo 2434, de manera incontestable a la exigencia de que el contrato de hipoteca se otorgue por escritura pública, la expresión “la hipoteca deberá además ser inscrita en el registro...” contenida en el artículo 2435 *íd.*, pone claramente de presente su íntima conexión con la norma que le precede.*

Si esto es así, más estéril resulta aún el designio del recurrente de tratar de circunscribir los efectos de la citada inscripción a la mera publicidad del acto, pues sus



alcances van más allá, concretamente, los de constituir una de las solemnidades del contrato de hipoteca, a la par que por virtud de la misma se realiza la tradición del derecho real respectivo.

Infiérese, por consiguiente, que el aludido registro, a la vez que concurre a perfeccionar, según se ha dicho, el gravamen hipotecario, fija su fecha y el orden de prelación que le corresponde, dándole, de paso, significativa publicidad al mismo, directriz que, por lo demás, reiteran los artículos 2437 y 2438 ejusdem, al establecer que en los eventos allí descritos, es la fecha de la inscripción la que se tiene en cuenta y no la del otorgamiento de la escritura en que se hace constar el gravamen.

En el caso bajo examen, se acreditó que la demandante María del Pilar Vallejo Vargas, el 21 de febrero de 2002, contrajo la obligación hipotecaria No. 169590, por un valor inicial de \$13.200.000,00. (fl. 21 c.1) con el Banco Av. Villas

Igualmente, milita a folios 29 al 53 del cuaderno 1, copia de la Escritura no. 1441 del 26 de octubre de 2001, por medio de la cual, se transfiere el dominio del Lote de terreno No. 19 de la manzana AC, ubicado en la Calle 41 B No. 10-60, identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 200-146556 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, cuyo precio se pagaría con una suma inicial equivalente a \$3.792.000, y \$13.200.000 producto de un crédito con garantía hipotecaria de primer grado aprobado por la Corporación de Ahorro y Vivienda Av. Villas.

Así mismo, en la página 5 de la aludida Escritura, obra la constitución de la hipoteca abierta de primer grado sin límite de cuantía en favor del hoy Banco Av. Villas sobre el bien, antes descrito, para garantizar el o los créditos u obligaciones que deba o llegue a deber la parte hipotecante, tal como consta en el párrafo primero de la cláusula segunda del contrato de hipoteca.

Sin embargo, observa la Sala que, tal como lo sostuvo el juez de instancia, a folio 28 del expediente se evidencia nota devolutiva de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, de fecha 19 de febrero de 2002, en la que se indica “Se devuelve sin registrar por las siguientes razones: En el folio de matrícula se encuentra vigente la inscripción de embargo (art. 43 Ley 57 de 1887) según oficio 1054 del 09-06.2002 del



JDO 1 C.CTO., de Neiva de: Ahorramas Corporación de Ahorro y Vivienda contra Sociedad Constructora La Hacienda Ltda.

Quiere decir lo anterior, que la hipoteca adolece de uno de los requisitos esenciales de eficacia, que como se expuso en precedencia, corresponde al registro de la Escritura de constitución, en el respectivo folio de matrícula. Si bien, señala la parte apelante que ello no obedeció a la negligencia de la demandante, lo cierto es que, independientemente de las razones que impidieron el registro del acto, como ya se vio, el artículo 2435 ejusdem, prescribe que sin el requisito de la inscripción la hipoteca “no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción” e igualmente, el artículo 2437 ibídem, prevé que a pesar de la convalidación o ratificación de la nulidad relativa de la hipoteca, “la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripción”. Lo anterior, se insiste, porque *“además de cumplir la función de tradición del derecho real accesorio de hipoteca, constituye una de las dos solemnidades que forzosamente debe confluir a la estructuración del contrato respectivo, de modo que solamente cuando esas dos formalidades ad substantiam actus se aúnan cabalmente, se perfecciona el mismo, sino, también, por la necesidad de proteger a terceros y la de consolidar el gravamen hipotecario a partir de su abierta publicidad.”*²

Como consecuencia de lo anterior, y ante la inexistencia de uno de los requisitos ad substantiam actus, la garantía hipotecaria deviene ineficaz, por lo que por sustracción de materia, no se abordarán los demás problemas jurídicos, y la decisión de instancia será confirmada.

6. COSTAS

De conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, en favor de la parte demandada.

Sin más consideraciones, la Sala Quinta Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 29 de abril de 2002, con ponencia del Magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles, expediente 6258



7. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, Huila, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandante, en favor de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE

EDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ