

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CÁEZ
Magistrado ponente

Expediente N° 23 417 31 03 001 2018 00615 - 01 Folio 403-2021

Aprobado por Acta N.124

Montería, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022).-

Procede la Sala integrada por los magistrados PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ, quien la preside, MARCO TULIO BORJA PARADAS y CARMELO RUIZ VILLADIEGO, a resolver la apelación formulada por la parte demandante contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Civil del Circuito de Lorica, Córdoba, dentro del PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO, radicado bajo el No. 23 417 31 03 001 2018 00615 Folio 403/21, promovido por NUBIA EMILSE GIRALDO ARISTIZABAL contra RODRIGO MESA CADAVID y ALVARO BLANCO ALVAREZ, toda vez que se hallan cumplidas las condiciones dispuestas en el inc. 3 del artículo 14 del Dcto 806 de 2020, esto es, se ha sustentado debidamente la alzada y solo está pendiente por dictar,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. EL PETITUM

1.1. La señora NUBIA EMILSE GIRALDO ARISTIZABAL presentó demanda ejecutiva hipotecaria contra RODRIGO MESA CADAVID y ALVARO BLANCO ALVAREZ, pretendiendo, que **(I)** se ordene por sentencia la venta en pública subasta de los inmuebles descritos en los hechos y demás elementos, para que con el producto de la venta se pague a la ejecutante, con la prelación

respectiva de crédito, la suma de \$457.100.000, los intereses moratorios desde la expiración del plazo hasta el día de pago total de la obligación y **(II)** la adjudicación de los inmueble hipotecados hasta la concurrencia del capital, intereses y gastos.

2. LA CAUSA PETENDI

El sustento fáctico de lo precedente radica en lo que la Sala a continuación sintetiza:

- Expresa la parte accionante, que por medio de la escritura pública número 365 de fecha 24 de marzo de 2011, otorgada en la Notaria Única del Círculo de Cereté, el señor José Miguel Ramírez Gómez, constituyó hipoteca de primer grado y sin límite de cuantía a favor de Nubia Emilse Giraldo Aristizabal, sobre los bienes, en esa fecha, de su propiedad, hoy de propiedad registrada a nombre del demandado Rodrigo Mesa Cadavid.

- Dice que se trata de 2 predios rurales. El primero denominado “las mellas o la pasarrita”, ubicado en la jurisdicción del municipio de Momil con matrícula inmobiliaria número 146-25916 de la ORIP del Circuito de Loricá; el segundo inmueble denominado “charalandia”, ubicado en la jurisdicción del municipio de Momil con matrícula inmobiliaria 146-25756.

- Arguye que dicha hipoteca tiene por objeto garantizar a la acreedora, el pago de todas las obligaciones que por cualquier concepto haya contraído o llegase a contraer el hipotecante.

- Indica que el señor José Miguel Ramírez Gómez, suscribió a favor de la accionante 2 letras de cambio: una el día 2 de abril de 2011, por \$180.100.000, para ser cancelada el 2 de agosto del 2017, en la ciudad de Cereté; y la otra el día 20 de abril de 2011, por \$277.000.000, para ser cancelada el 17 de agosto de 2017 en Cereté. Fechas que transcurrieron sin que en la actualidad, las obligaciones hayan sido canceladas, como tampoco los intereses moratorios causados desde su exigibilidad.

- Aduce que el señor Rodrigo Mesa Cadavid, es el actual propietario y poseedor de los inmuebles hipotecados a favor de la accionante, los cuales adquirió por compra al señor José Miguel Ramírez Gómez, mediante Escritura Pública No. 2124 de fecha 25 de noviembre de 2014, expedida en la Notaría 23 de Medellín y registrada con los folios 146-25756 y 146-25916 de la ORIP de Loricá.

- Al proceso fue vinculado el señor Álvaro Blanco Álvarez, por encontrarse el inmueble –hipotecado- con matrícula inmobiliaria No. 146-25916 de la ORIP de Loricá en cabeza suya, al haberlo adquirido por compraventa al ejecutado Rodrigo Mesa Cadavid.

3. RESPUESTA

3.1. La parte demandante, tendiente a la comunicación del acto procesal, esto es, la notificación a los demandados, culminó el emplazamiento del señor Rodrigo Mesa Cadavid, siéndole designado, ulteriormente, curador ad litem, el cual manifestó supeditarse a lo probado en el proceso.

El señor el señor Álvaro Blanco Álvarez, terminó siendo notificado por aviso y se opuso, por medio de apoderado judicial, a lo pretendido, argumentando que la hipoteca contenida en la EP No. 365 de fecha 24 de marzo del año 2011, está extinta conforme lo preceptuado en el artículo 2457 del Código Civil, que trae los requisitos para que se dé la extinción de la misma, siendo uno de ellos, la llegada del día hasta el cual fue constituida, hecho que se da en el presente caso, dado que la hipoteca fue creada el 10 de febrero de 2010, elevada a escritura pública el 24 de marzo del año 2011 y, según consta en la cláusula 10 de dicha escritura de hipoteca, fue creada por un término de dos años, es decir, que a la fecha de la presentación de la demanda ya está extinta la garantía real, ya no existe.

Aduce que, incluso, si se partiese de la fecha de registro de la escritura de hipoteca en los folios de matrícula inmobiliaria también operaría el fenómeno prescriptivo.

Como consecuencia de ello, propuso como excepciones de mérito las denominadas *“prescripción extintiva de la obligación hipotecaria contenida en la escritura pública Nro. 365 del 24 de marzo del año 2011”* y *“por operar el fenómeno de extinción de la hipoteca, contenida en la escritura pública Nro 365 del 24 de marzo del año 2011, por la llegada del día para la cual fue constituida conforme lo establecido en el artículo 2457 del Código Civil Colombiano”*

4. SENTENCIA APELADA.

El Juzgado Civil del Circuito de Lorica, mediante sentencia escrita de fecha 20 de octubre de 2021, decidió:

- (I)** declarar probada la excepción de extinción de la hipoteca, que guarda estrecha relación con la escritura pública n° 5.526 del 03 de noviembre del año 2017, como consecuencia de ello, ordenó a la oficina de registro de instrumentos públicos y a la notaria competentes, para que procedan con la extinción del gravamen hipotecario;
- (II)** declaró no probados los demás medios de defensa propuestos por el demandado;
- (III)** dispuso continuar con la ejecución conforme a las sumas indicadas en el mandamiento de pago, frente a los demás ejecutados, el inicial deudor José Miguel Ramírez Gómez, como también el demandado Rodrigo Meza Cadavid;
- (IV)** prosiguió con la liquidación del crédito y

(V) condenó en costas a la parte demandante.

Como consideraciones de su decisión, señaló el Juez de la pasada instancia que de las 2 excepciones que propone el ejecutado Álvaro Blanco Álvarez, la prescripción extintiva, estaba llamada al fracaso, situación distinta con la excepción de extinción de la hipoteca por la llegada del plazo, la cual se encuentra probada.

Adujo el A Quo que en cuanto a la prescripción extintiva de la obligación hipotecaria, es de indicarse que en este evento, la hipoteca sí sigue la suerte de lo principal y concretamente en el presente debate se están recaudando 2 títulos valores que no se encuentran prescritos conforme con sus fechas de vencimiento y presentación de la demanda, por eso no ha operado la prescripción extintiva.

Dice que, si en este evento, lo que se pretendía indicar era que la hipoteca estaba prescrita, es de señalarse que a contrario sensu, en este concreto tópico, la hipoteca si sigue la suerte de esa obligación principal, que en este caso y por la fecha de los documentos base de recaudo, no se encuentran prescritas, amén de que tampoco le asistía la legitimación en la causa por pasiva al demandado Álvaro Blanco, para alegar la prescripción extintiva de unas obligaciones que fueron suscritas y aceptadas por el deudor José Miguel Ramírez Gómez, que fue la persona que suscribió los títulos valores base de recaudo judicial, por lo que Álvaro Blanco Álvarez, no tiene la legitimación en la causa por pasiva, para alegar la prescripción de unos títulos valores en los cuales él no ha hecho parte como aceptante, avalista, ni siquiera como endosante.

En cuanto a la excepción de la extinción de la hipoteca por la llegada del plazo hasta la cual fue constituida, indicó el Juez que la hipoteca es distinta de la obligación principal y no siempre sigue la suerte de la obligación principal, aun cuando es accesoria, e inclusive, conforme con la explicación entregada por la Sala de Casación Civil de la Corte, existen ciertos eventos o ciertas posibilidades en que la hipoteca se cancela por esos eventos contemplados en el artículo 2457 del CC y, en ese listado de posibilidades, es muy clara la norma cuando utiliza la letra i, distinguiendo las varias posibilidades que existen frente a esas situaciones, determinándose que esas situaciones son disyuntivas, es decir, la una excluye a la otra, por lo que en esa norma se indican como posibilidades de extinción de la hipoteca, la resolución del derecho como se explicó y no del derecho u obligación principal, sino del derecho contenido en la misma escritura de hipoteca.

Esgrime el fallador inicial que también existe una segunda posibilidad, según el artículo 2457 *ídem*, por el evento de la condición resolutoria, esto es, por alguna situación que los contratantes hayan pactado en dicho contrato accesorio. Que del mismo modo, en desarrollo del principio legal, por la llegada del día hasta el cual la hipoteca se constituyó, es una tercera posibilidad y,

también tiene dicho la Corte, que conforme al inciso 3° del precepto acabado de mencionar, se extingue la hipoteca por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, constituyéndose en una cuarta posibilidad de las que enlista el pluricitado artículo 2457.

Siendo que, aduce el A Quo, del mismo texto literal de la cláusula décima, se estipuló como término de vigencia de la presente hipoteca, 2 años que se contabilizan a partir del día 24 de marzo de 2011, inclusive, a renglón seguido, dicha cláusula indica que mantendrá su vigencia hasta que sea cancelada legalmente y, en especial, mientras exista a cargo del hipotecante, esto es, del deudor de ese momento, José Miguel Ramírez Gómez y en favor de Nubia Emilse Giraldo Aristizabal, es decir, finalmente, pone una condición especial que exista esa obligación entre el inicial deudor y la actual acreedora, pero en síntesis, se estipula la vigencia de 2 años y se constituye en una de las causales de extinción de la hipoteca, conforme al artículo 2457 *id.*

Esbozó el Juzgador que frente a la obligación principal, las letras de cambio base de recaudo judicial, continuaran su trámite frente al correspondiente deudor, vale decir, José Ramírez Gómez o inclusive, Rodrigo Meza Cadavid, quienes no propusieron medios de defensa al respecto. Que la excepción, en este caso, beneficia a quien la propuso estando legitimado por pasiva, como lo es el actual propietario Álvaro Álvarez Blanco, por compra efectuada a Rodrigo Mesa Cadavid.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y SUSTENTACIÓN

5.1. El apoderado judicial de la parte demandante, presentó recurso de alzada fundado en que en el *sub lite*, las partes si bien pactaron en su cláusula decima que esta hipoteca se constituye por el término de 2 años, también se pactó que mantendría su vigencia hasta que exista a cargo del hipotecante y a favor de la acreedora Nubia Emilse Giraldo Aristizabal, cualquier obligación insoluta de las que aquél estaba destinado a amparar por este instrumento.

Esgrimió que, ciertamente, el artículo 2.457 del Código Civil, señala, entre las causas de la extinción de la hipoteca, “*la llegada del día hasta el cual fue constituida*”, razón por la cual expresó el A Quo, que como en la escritura 365, las partes acordaron en su cláusula 10ª del contrato de hipoteca, que esta se constituyó por un término de dos años, los cuales se encuentran vencidos desde el 24 de marzo de 2013, para el día de la presentación de la demanda, ya la hipoteca “se encontraba extinta”.

No obstante, en sentir del recurrente, la adecuada interpretación que debe hacerse sobre lo pactado por los contratantes en la referida cláusula décima del contrato de hipoteca, es que si bien la acreedora y el deudor señalaron que su término de duración es de dos años, el cual venció el 24 de marzo del 2013, también se pactó que, de manera especial (se resalta) ella conservaría su vigencia mientras exista alguna obligación insoluta a cargo del deudor,

condición que debe entenderse en el sentido de que si llegado el día de la extinción señalado en el contrato, el hipotecante era deudor de una obligación nacida durante el término de duración de la hipoteca, la garantía subsiste y solo se extinguirá junto con la obligación principal, tal como lo consagra la parte inicial del mentado artículo 2.457 del Código Civil.

Asevera el opugnante que en el presente caso, ocurre que las obligaciones objeto de la demanda, nacieron durante la vigencia de la hipoteca. En efecto, la letra de cambio por valor de \$145.100.000, fue girada por el demandado el 2 de abril de 2011, en tanto que la de \$ 277.000.000, fue girada el 20 de abril de 2011, o sea que ambas, surgieron a la vida jurídica apenas al mes siguiente de haberse constituido la hipoteca, y como para el día 24 de marzo de 2013, el deudor no las había pagado, la vigencia de la garantía subsiste, “*de manera especial*”, a pesar de la llegada del plazo extintivo. En sentido contrario, cualquiera obligación que el hipotecante hubiera adquirido con la acreedora después de esa fecha, ya no estaba amparada por la garantía hipotecaria.

Trae a colación el censor, la sentencia de la H. Sala Civil-Agraria, T 6800 122130002020-0044-01de04/05/2020, MP. Dr. Luis Armando Toloza Villanova, donde aplicando su precedente señala que ha de concluirse que al no haber prescrito ninguna de las obligaciones a cargo del deudor, nacidas durante la relación contractual, las cuales hoy permanecen insolutas, la garantía hipotecaria subsiste y desde luego se mantiene vigente hasta que ellas se extingan de conformidad con la ley.

Ya por último afirma, que resulta desconcertante que el A Quo, en varios pasajes de la lectura de la sentencia, fue categórico en afirmar que siendo la hipoteca un derecho real accesorio, sigue la suerte del crédito que es el derecho principal, por lo que estando vigente éste, se mantiene vigente aquél, razón por la cual en el caso materia de estudio, no operó la extinción de la hipoteca, no obstante lo anterior, adopta, finalmente, una decisión en sentido contrario.

6. CONSIDERACIONES

PRESUPUESTOS PROCESALES:

1. En el *sub-examine* se reúnen los llamados presupuestos procesales, toda vez que la relación procesal está debidamente conformada por quienes tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, existe competencia para conocerlo, asimismo, no se evidencia causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado, por lo que corresponde desatar de fondo el recurso vertical incoado.

2. La Sala para resolver la impugnación impetrada por la parte demandante, lo hará teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 328 del Código General

del Proceso, es decir, se limitará a resolver únicamente sobre los puntos materia de disenso.

PROBLEMA JURÍDICO:

3. La *questio iuris* se traduce en esclarecer, si en el *sub examine*, erró el A Quo al haber declarado probada la excepción de extinción de la hipoteca.

SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

4. A fin de dilucidar el anterior cuestionamiento, es menester referir sobre la hipoteca, la cual está preceptuada en el artículo 2432 del Código Civil y, se define como un derecho real accesorio e indivisible, en virtud del cual el deudor de una obligación principal garantiza su cumplimiento, constituyendo sobre el inmueble, un gravamen de naturaleza real, hasta tanto sea extinguida la obligación contraída.

La hipoteca no tiene razón de ser por sí misma, aisladamente considerada, sino como garantía de un derecho crediticio o personal. Por eso, se extingue con la extinción de la obligación garantizada, que ocurre por las vías enunciadas y desarrolladas en los artículos 1625 y siguientes del Código Civil; y puede también extinguirse por causas que sólo se refieran a su propia naturaleza y caracteres tales motivos están enunciados en el inciso 2° del artículo 2457 *ibidem*.

En la sentencia **STC550-2020**, M.P. Dr. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, en relación se indica:

“de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 2457 del Código Civil «la hipoteca se extingue junto con la obligación principal»; esta disposición expresa que la esencia de la hipoteca radica en ser un «derecho real accesorio», pues su fin último no es otro que respaldar el cumplimiento de una obligación principal.

A su vez, según el artículo 1499 de la ley sustantiva civil, un contrato es accesorio «cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella» y en un sentido similar, el artículo 65 de la misma codificación define la caución del siguiente modo: «Caución significa generalmente 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».

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

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

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

(...)

La hipoteca abierta, en suma, no puede entenderse como una garantía indeterminada, absoluta, eterna e imperecedera a favor del acreedor, pues ello supondría no sólo la imposición de un gravamen excesivamente abusivo a la parte más débil de la relación contractual, sino que convertiría la hipoteca en una obligación principal, lo cual es jurídicamente inadmisibles.”

También se trae a cuento las siguientes proposiciones de la Sentencia con Radicación n.º 68001-22-13-000-2020-00044-01 M.P. Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, que fue igualmente citada por el Juez A Quo:

“En punto de este último tópico, es claro el artículo 2457 del Código Civil, cuando refiere:

“(...) Artículo 2457. Extinción de la hipoteca. La hipoteca se extingue junto con la obligación principal.

Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida.

Y por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva (...).”

A su turno el precepto 2537 *ibidem*, señala:

“(...) La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesorias, prescriben junto con la obligación a que acceden (...).”

(...)

No obstante, la hipoteca individualmente considerada también puede extinguirse. Sobre el particular, resulta ilustrativo citar, in extenso, lo razonado por esta Corporación en sentencia de 1º de septiembre de 1995:

“(...) Pero la hipoteca considerada en sí misma también puede extinguirse porque a su respecto se presentan motivos que la ley tiene como idóneos para darla por terminada, sin que tal fenómeno tenga incidencia alguna en la vida de la obligación principal, hipótesis que, por su parte, también halla justificación en el carácter accesorio de la hipoteca.

“III. 1.- Los referidos motivos están contemplados, en principio, en los incisos 2º y 3º del citado artículo 2457:

“a) Se extingue la hipoteca "...por la resolución del derecho del que la constituyó..." (Inc. 2o, art. 2457). Es claro que esta resolución se refiere al derecho sobre el bien hipotecado, entre otras cosas porque eso es lo que dice el artículo 2441: "El que solo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecaria sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho; aunque así no lo exprese.- Si el derecho está sujeto a una condición resolutoria, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1548". Cabe decir, entonces, que la precariedad que afecta al derecho que se tiene sobre el bien gravado con la hipoteca, se comunica a esta.

“b) También se extingue "... por el evento de la condición resolutoria..." (ib.). Aquí, como es evidente, ya no se está ante la resolubilidad del derecho de propiedad o de usufructo -únicos posibles de ser hipotecados, a términos del artículo 2443- sino de la hipoteca misma, la cual puede quedar sujeta por las partes a dicha clase de condición, acorde con lo prescrito en el inciso 1º del artículo 2438: "La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día..."

“c) Del mismo modo, en desarrollo del principio legal inmediatamente transcrito, “la llegada del día” hasta el cual la hipoteca se constituyó es causal de extinción de la hipoteca, con arreglo a la parte final del citado inciso 2° del artículo 2457.

“d) Conforme al inciso 3° del precepto acabado de mencionar, se extingue la hipoteca “por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva”. Debe tenerse presente que este específico motivo de extinción de la hipoteca resulta ser distinto del supuesto en que, cumplida la obligación principal, el deudor, o, en general, el dueño del bien gravado con la hipoteca, tiene derecho a que la misma se le cancele. Aquí es el acreedor quien, por su propia Iniciativa, decide cancelarla.

“III. 2.- Sin embargo, con todo y lo que dice el artículo 2457, acabado de analizar, no son las anteriores las únicas causas de extinción de la hipoteca, en vista de que, como la doctrina lo ha indicado, también la hipoteca puede terminarse en otros casos, Ciertamente:

“a) Si el adquirente de la finca hipotecada se ve compelido a efectuar el pago de la obligación, por razón del derecho de persecución que la hipoteca le confiere al acreedor, según el inciso 1o del artículo 2452, la hipoteca, no obstante, desaparece. En tal evento, la subrogación, como no podía ser de otra manera, prodúcese en los mismos términos que la que es propia del fiador (arts. 2452, 2453, 2454 y 1668-1°).

“b) Si la adquisición de la finca hipotecada se produjo “en pública subasta ordenada por el juez”, esta circunstancia purga la hipoteca, conforme se desprende del inciso 2° del mencionado artículo 2452.

“c) Similar al caso anterior es el de la expropiación por motivos de utilidad pública, del bien hipotecado. Aun cuando a términos del artículo 458 del C. de p. c., el precio de la indemnización queda a órdenes de los acreedores para que sobre él hagan valer sus derechos, ello obedece Justamente a que el bien expropiado queda libre del gravamen.

“d) También merece mención concreta como supuesto de extinción de la hipoteca, el evento contemplado en el artículo 1708, como quiera que en él se determina que “la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”.

(...)

Es claro, entonces, que de extinguirse la obligación principal fenece la obligación accesoria, en virtud del principio general del derecho de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

Ahora, retomando el interrogante antes planteado, en el caso de la “hipoteca abierta”, si durante la vigencia de la relación contractual, la obligación principal no se determina ¿podría hablarse válidamente de extinción?

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

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

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

Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llega el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción.

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

Bajo ese entendimiento, la “hipoteca abierta” está sujeta a una condición suspensiva, cual es la verificación futura de la obligación principal durante la vigencia de la relación contractual. Sobre el tópico, esta Corporación ha precisado:

“(…) En consonancia con las exigencias de la prestación y del objeto de los negocios jurídicos, la hipoteca puede otorgarse bajo condición suspensiva, desde o hasta cierto día sujeta a su verificación o en ‘cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba’ (art. 2438 C.C.), respecto de un bien futuro confiriendo el derecho a su inscripción en la medida de su existencia y adquisición por el deudor o sobre una cosa de la cual se tenga un derecho eventual, limitado o rescindible (art. 2441 C.C.) y mediante estipulación expresa (accidentalía negotia), podrá limitarse a una suma determinada superior o inferior al monto de la prestación principal garantizada pero por disposición legal no se extiende a más del duplo de su importe presunto o conocido a cuya reducción en caso de exceso tiene derecho el deudor (art. 2455 C.C.). En nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía, desde luego que la prestación futura es indeterminada en su existencia y cuantía, aunque determinable al instante de su cumplimiento y ejecución según corresponde a su función práctica o económica social (…)”¹ (énfasis fuera de texto).

Entonces, en un escenario fáctico en donde se constituye una “hipoteca abierta”, pero durante la vigencia de la relación contractual nunca se verifica la condición suspensiva, cual es, definir el contenido de la prestación de la obligación principal de manera clara, expresa y exigible, ¿cuál alternativa le queda al deudor hipotecario para dejar de estar afectado por dicho gravamen de manera injustificada e indefinida en el tiempo?

(…)

Conforme a las precisiones conceptuales planteadas en el acápite anterior, se observa razonable y ajustada a la jurisprudencia de esta Sala, la argumentación del juez tendiente a justificar la imposibilidad de declarar la extinción de la “hipoteca abierta” al no tenerse certeza de que la obligación principal que pretende garantizar también se halla extinta.

(…)

Del mismo modo, en caso de no advertirse nulidad sustancial, correspondía al fallador analizar si la obligación surgió o no a la vida jurídica garantizada con la debatida hipoteca, dentro del término previsto legalmente y si, por tanto, decaía o no la garantía real que diera lugar a la terminación de ésta.”

Al respecto señala la Sala que, al aterrizar en el *sub examine*, el Juez de primera instancia, consideró que el contrato de hipoteca contenido en la escritura pública No. 365, se había extinguido, esto de conformidad con la cláusula décima de la susodicha escritura pública, puesto que aseveró que la hipoteca es distinta de la obligación principal y no siempre sigue la suerte de la obligación principal, aun cuando es accesoria, e inclusive, que existen ciertas posibilidades en que la hipoteca se cancela por esos eventos contemplados en el art 2457 del C.C., e indicó que del mismo texto literal de la aludida cláusula décima, se estipuló como término de vigencia de la hipoteca 2 años que se contabilizan a partir del día 24 de marzo del año 2011, que, inclusive, a renglón seguido, dicha cláusula indica y mantendrá su vigencia hasta que sea cancelada legalmente y, en especial mientras exista a cargo del hipotecante, es decir, del deudor de ese momento, José Miguel Ramírez Gómez y en favor de Nubia Emilse Giraldo Aristizabal, que pone una condición especial que exista esa obligación entre el inicial deudor y la actual acreedora, pero, en síntesis, sostuvo el A Quo que se estipula la vigencia de 2 años y se

¹ CSJ. SC de 1° de julio de 2008, exp. 2001-00803-01.

constituye en una de las causales de extinción de la hipoteca, conforme al mentado artículo 2457.

La parte recurrente, frente a lo anterior, redarguye que el Juez inicial, debió haber tomado una interpretación diferente donde el prisma que debe efectuarse sobre la cláusula décima del contrato de hipoteca, es que sí bien la acreedora y el deudor señalaron que su término de duración es de dos años, el cual venció el 24 de marzo del 2013, también se pactó que, de manera especial, ella conservaría su vigencia mientras exista alguna obligación insoluta a cargo del deudor, condición que debe entenderse en el sentido de que sí llegado el día de la extinción señalado en el contrato, el hipotecante era deudor de una obligación nacida durante el término de duración de la hipoteca, la garantía subsiste y solo se extinguirá junto con la obligación principal.

Al detallarse, en cuestión, esa cláusula décima de la escritura contentiva de hipoteca número 365 del 24 de marzo de 2011, de la Notaría Única del Círculo de Cereté, se divisa que la misma se consagró bajo el siguiente tenor (visible a folio 10):

“que esta hipoteca se constituye por término de dos años y *mantendrá su vigencia, hasta que sea cancelada legalmente y en especial mientras exista a cargo del HIPOTECANTE y a favor del acreedor señor NUBIA EMILSE GIRALDO ARISTIZABAL, cualquiera obligación insoluta de las que aquel está destinado a amparar en este mismo instrumento.*” (Subrayado por Sala)

Entonces, de lo estipulado, de su tenor literal, en verdad se desprende asistirle razón a la parte recurrente en su reparo, porque correspondía al fallador haber analizado si la obligación que se pretende ejecutivamente, surgió o no a la vida jurídica garantizada con la hipoteca, siendo que las que se pretenden ejecutivamente en este proceso, fueron adquiridas dentro del término previsto contractualmente, y, que también, es un aspecto a tener en cuenta que la misma fue sujeta, justamente por las partes, a la condición de no existencia de obligación insoluta amparada por dicho instrumento, por lo que no decaía la garantía real que diera lugar a su terminación.

En este caso, los inmuebles hipotecados son comprados junto con la hipoteca, gravamen que acompaña a los bienes hasta que se cancele la misma, pues su compra conlleva tal implicación, teniendo en cuenta los atributos de persecución y preferencia del derecho real.

Véase que el señor José Miguel Ramírez Gómez, constituyó hipoteca de primer grado y sin límite de cuantía, a favor de la demandante Nubia Emilse Giraldo Aristizabal, por medio de Escritura Pública N° 365 del 24 de marzo de 2011, otorgada en la Notaría Única del Círculo de Cereté, sobre los bienes con folios de matrículas inmobiliarias Nos. 146-25756 y 146-25916 de ORIP de Lorica, en ese entonces, de su propiedad, hoy de Rodrigo Meza Cadavid, según escritura pública N° 2124 de fecha 25 de noviembre de 2014, expedida por la Notaría 27 de Medellín.

Esto se concatena a que no hay discusión, conforme a los títulos valores letra de cambio visibles a folios 20 y 21, del hecho de que el señor José Miguel Ramírez Gómez, suscribió a favor de la señora Nubia Emilse Giraldo Aristizabal, (i) una letra de cambio el día 02 de abril de 2011, por valor de \$180.100.000, para ser cancelada el 02 de agosto de 2017, en la ciudad de Cereté y (ii) otra letra de cambio de data 20 de abril de 2011, por cuantía de \$277.000.000, para ser pagada el 17 de agosto de 2011, también en Cereté.

Es una tesis diferente, si se hubiese constituido la hipoteca y durante el lapso de 2 años, no se determinase esa obligación principal, teniendo en cuenta el condicionante de la obligación insoluto estipulado. En tal supuesto, aunque con posterioridad se hubiese determinado la obligación amparada por la garantía real, sí es posible la extinción de la hipoteca, porque, claro, la hipoteca individualmente considerada, también puede extinguirse como lo citó el A Quo, por causas que sólo se refieran a su propia naturaleza y caracteres, quedando, entonces, el derecho de crédito como lo que es por sí sólo, un derecho personal, sin la garantía de la afección real sobre un bien determinado.

Tales motivos están enunciados en el inciso 2° del aludido artículo 2457 del Código Civil, empero, en este caso bajo estudio, dada la determinación de la obligación en forma oportuna y la condición de la obligación insoluto justamente en ese lapso de constitución, hacen que no se configure el motivo erigido del Juzgador de primera instancia, en el haber transcurrido la vigencia de 2 años.

Así que, como quiera que la ejecutante, como acreedora, ha ejercido acción tendiente a hacer valer la garantía hipotecaria constituida en su favor, y dado que la obligación constituida en los cartulares debía cancelarse el 02 y 17 de agosto de 2017, siendo esa la fecha de exigibilidad, al momento de la presentación de la demanda tampoco ha transcurrido el mentado término prescriptivo.

5. Corolario de lo discurrido, se revocará el numeral primero de la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará no probada la excepción de “*extinción de la hipoteca*”, propuesta por el vocero judicial del ejecutado Álvaro Blanco Álvarez.

6. Consecuencia de lo anterior, resulta necesario modificar el numeral tercero de la referida providencia, el cual se transcribe bajo el siguiente tenor:

“CONTINUAR CON LA PRESENTE EJECUCIÓN CONFORME LAS SUMAS INDICADAS EN EL MANDAMIENTO DE PAGO, FRENTE A LOS DEMÁS EJECUTADOS, EL INICIAL DEUDOR JOSÉ MIGUEL RAMIREZ GOMEZ, COMO TAMBIEN EL DEMANDADO RODRIGO MEZA CADAVID, QUIENES NO PRESENTARON MEDIOS DE DEFENSA.”

Numeral sobre el cual, conviene hacer precisiones a fin de indicar la forma en que quedará el mismo, a raíz de la prosperidad del recurso de alzada.

Llama la atención de la Sala que se haya dispuesto continuar la ejecución contra el inicial deudor José Miguel Ramírez Gómez, cuando en el presente proceso decidió la parte accionante abogar exclusivamente por la efectividad de la garantía real para el pago de la obligación dineraria y no una acción mixta, acorde a su petitum, siendo que para ello demandó únicamente a Rodrigo Mesa Cadavid y, ulteriormente, fue vinculado el señor Álvaro Blanco Álvarez, quienes obran como propietarios de los inmuebles afectados con la garantía real en los inmuebles objeto de Litis.

Sea por indicar, que el acreedor hipotecario tiene dos acciones cuando el crédito garantizado con ese derecho real accesorio se hace exigible, esto es, una acción personal derivada del derecho de crédito contra el deudor y otra real, surgida de la hipoteca, contra el dueño del bien, empero, cuando uno y otro son diferentes, si se pretende hacer efectiva la garantía hipotecaria, la demanda deberá necesariamente dirigirla contra el propietario del inmueble hipotecado, mientras que contra el deudor, sólo podrá encaminarse la acción personal, con base en el crédito sin desmedro de que se haga uso de ambas acciones.

Sobre la temática, que mantiene igualmente fundamento intrínseco en el artículo 468 del C.G.P., ha considerado la H. Corte Constitucional en sentencia C-192-96 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, lo siguiente:

“Consecuentemente con la norma del artículo 2452 del Código Civil, el inciso tercero del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil, aquí demandado, dispone: “La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o aeronave materia de la hipoteca o de la prenda”.

*“El acreedor hipotecario tiene dos acciones, cuando el crédito garantizado con la hipoteca se hace exigible, para cobrarlo judicialmente: una acción **personal, originada en el derecho de crédito, contra el deudor de éste**; otra, **real, nacida de la hipoteca**, contra el dueño del bien hipotecado. Hay que distinguir, **según sea el dueño del bien hipotecado el mismo deudor o un tercero**. En el primer caso, podrá ejercer contra ese deudor que es al mismo tiempo el dueño actual de la cosa hipotecada, la acción real solamente, o ésta y la acción personal. En el segundo caso, contra el actual dueño sólo podrá ejercer la acción real nacida de la hipoteca; y contra el deudor, sólo la acción personal originada en el crédito exigible. Y si quiere ejercerlas ambas en el mismo proceso, contra el dueño actual del bien hipotecado y contra el deudor, podrá hacerlo, pero se seguirá el procedimiento del proceso ejecutivo singular, como lo prevé el último inciso del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil.*

Al respecto ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Cuando la persona del deudor, esto es, el sujeto pasivo de la obligación garantizada con hipoteca, es la misma propietaria del inmueble sobre el que recae el gravamen, frente a ella tiene el acreedor doble garantía: una, de tipo personal, consistente en que el patrimonio de aquélla es prenda general de cualquier acreedor; y otra, ya de linaje real, consistente en que el bien raíz hipotecado está prioritaria y directamente afectado al pago de su acreencia. Garantías ambas que las puede ejercitar separada o conjuntamente; la personal y la conjunta por los lineamientos del proceso ejecutivo y la real por los del ejecutivo con título hipotecario o prendario.

“Pero donde con mayor claridad puede apreciarse tal aspecto que importa la hipoteca, como quiera que el derecho del acreedor se bifurca, es en el

supuesto de que el deudor y el dueño de la cosa sean personas diferentes, bien porque el constituyente del gravamen pierda por cualquier causa la titularidad en el dominio de la misma, ora porque con ella se haya garantizado obligación ajena en los términos del artículo 2439 del Código Civil. Es entonces cuando las dos garantías de que arriba se habló presentan matices diversos, como que, evidentemente, contra el deudor no tendrá el acreedor mas que una acción personal, atendiendo precisamente la naturaleza del derecho de crédito que le pertenece; por lo mismo, el patrimonio del deudor, in integrum y hasta el importe de la deuda, constituye en tal caso su garantía personal. Y a la par con ella, está favorecido también con la garantía real de hipoteca, en el evento de que el deudor no cumpla la obligación, que se traduce, quepa repetirlo, en la facultad de perseguir exclusivamente el bien hipotecado, a fin de obtener la venta del mismo y satisfacer su acreencia con el producido, **lo cual podrá ejercer mediante acción que dirija contra el dueño de la cosa, sea el que fuere, haya o no constituido el gravamen**, exceptuando el caso, claro está, del que lo adquirió en pública subasta en las condiciones previstas en el artículo 2452 del Código Civil.

"Nótese que la razón para resultar demandado el tercer poseedor estriba, no en que esté personalmente obligado a la deuda, sino sólo por encontrarse en poder del inmueble hipotecado.

"En la hipótesis comentada, es claro, pues, que contra el deudor no podrá ejercerse la acción real; a su turno, contra el dueño de la cosa se carece de acción personal, como no sea el que garantizó deuda ajena se haya obligado a ello expresamente (parte final del artículo 2439 ya citado). (Gaceta Judicial, No. 2439, pág. 116)."
[Resaltado por fuera de texto].

De modo que, se resalta, el yerro involuntario en que incurrió el A Quo en haber ordenado en el numeral tercero de la sentencia apelada, seguir adelante la ejecución contra José Miguel Ramírez Gómez, cuando éste, acorde lo pretendido por la parte demandante, no fue demandado, no fue decretada orden de apremio en su contra en el mandamiento de pago y tampoco fue vinculado en el transcurso del proceso.

Luego, entonces, se modificará el pluricitado numeral tercero de la decisión confutada, en el sentido de suprimir de su contenido, al señor José Miguel Ramírez Gómez y, en su lugar, incluir al demandado Álvaro Blanco Álvarez, a fin de proseguir la ejecución también en su contra, por la suma indicada en el mandamiento de pago.

7. Finalmente, se confirmará en lo demás, el fallo impugnado. Habiendo lugar a condenar en costas en ambas instancias, al señor Blanco Álvarez y a favor de la ejecutante. Las agencias en derecho en esta Superioridad, se fijan en 2 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Radicado No. 2018 00615 Folio 403

PRIMERO. REVOCAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia dictada el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Civil del Circuito de Loricá - Córdoba, dentro del PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO, radicado bajo el No. 23 417 31 03 001 2018 00615, promovido por NUBIA EMILSE GIRALDO ARISTIZABAL contra RODRIGO MESA CADAVID y ALVARO BLANCO ALVAREZ y, en su lugar, se declara no probada la excepción de “*extinción de la hipoteca*”, propuesta por el vocero judicial del ejecutado Álvaro Blanco Álvarez.

SEGUNDO. MODIFICAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia apelada, en el sentido de suprimir de su contenido, al señor José Miguel Ramírez Gómez y, en su lugar, incluir al demandado Álvaro Blanco Álvarez, a fin de proseguir la ejecución también en su contra, por la suma indicada en el mandamiento de pago.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás el veredicto fustigado.

CUARTO. COSTAS de ambas instancias a cargo del demandado Álvaro Blanco Álvarez y en favor de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta Sede, se tasan en 2 SMLMV.

QUINTO. Oportunamente regrese el expediente a su Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA PRIMERA DE DECISIÓN
CIVIL- FAMILIA - LABORAL**

Proceso: VERBAL DE PERTENENCIA

Radicación: 23001310300120180031401 FOLIO 218/22

Accionante: SANDIEGO PETRO JIMENEZ

Accionado: HEREDEROS DETERMINADOS DE CATALINA LOPEZ GOMEZ Y/O CATALINA JOSEFA LOPEZ DE GOMEZ Y OTROS.

Montería, veinte (20) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Siendo evidente la nota secretarial que antecede, y tal como se ordenó en el numeral tercero del proveído de fecha 05 de septiembre de 2022, emitido por esta Sala en el sub examine, devuélvase por secretaría, el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado