

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA CIVIL- FAMILIA**

**Magistrado Ponente  
MARCOS ROMAN GUIO FONSECA**

**Ref.: Juzgado: 1300131030022011012900  
Tribunal: 2015-169-38**

**Aprobado mediante acta No.238**

**Cartagena de Indias D.T. y C., veintiuno (21) de septiembre de dos  
mil quince (2015)**

Se resuelve el recurso de apelación incoado por el apoderado de la demandada contra la sentencia de 25 de septiembre de 2014, proferida por la Jueza Segunda Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ejecutivo hipotecario de INVERSIONES JONALCA S. EN C. contra VELCARGA LTDA.

**ANTECEDENTES**

1. INVERSIONES JONALCA S. EN C., por conducta de su representante legal y mediante apoderado formuló demanda ejecutiva hipotecaria contra VELCARGA LTDA, solicitando decretar la venta en pública subasta del lote A-3, el cual formó parte de otro de mayor extensión, ubicado en el barrio La Esperanza, municipio de Turbaco, distinguido con el folio de matrícula 060-220699. Así mismo, se libre mandamiento de pago por \$ 535.000.000oo, más los intereses corrientes y de mora.

Como sustento fáctico de las pretensiones se compendia:

- Por medio de escritura pública No. 3762 del 22 de diciembre de 2008, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué, la demandada se constituyó en deudora de la actora por \$ 500.000.000oo, para ser cancelados en 6 meses a partir de la escritura, constituyendo hipoteca sobre el bien distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 060-220699.

- El 9 de enero de 2009, el demandado otorgó a favor del demandante un pagaré por \$ 35.000.000oo, para ser cancelado en un término de 6 meses.

- El deudor no ha pagado el capital adeudado ni los intereses pactados al 2 % mensual

2. Por auto de junio 7 de 2011, se libra mandamiento ejecutivo hipotecario contra VELCARGA LTDA y a favor de INVERSIONES JONALCA S. EN C., por la suma de \$ 500.000.000oo, más los intereses de mora a la tasa máxima permitida, así mismo, se decreta el embargo del bien hipotecado (fl. 55 C1); auto corregido mediante proveído del 20 de junio de 2011, en el sentido de librar mandamiento de pago por la suma de \$ 535.000.000oo.

Notificada la demandada, por intermedio de apoderado presentó recurso de reposición contra el mandamiento de pago, alegando falta de competencia, jurisdicción e inepta demanda.

Por auto de 30 de mayo de 2012 (fl. 104 C1), se resuelve el recurso de reposición, se invalida el mandamiento de pago, se rechaza la demanda y se ordena remitir el expediente al Juzgado Civil

del Circuito de Turbaco, apelado por la parte ejecutante, es revocado por *a quem* (fl. 8 C 2ª Inst.).

3. La sociedad ejecutada, dentro del término de traslado, formuló las excepciones de fondo de "INDEBIDO LLENADO DE LOS TITULOS VALORES/FALTA DE CAUSA PARA PEDIR" y "COBRO DE LO NO DEBIDO".

Como argumento central, manifestó que los títulos valores aportados no tienen fecha de vencimiento y no se relacionan las sumas pagadas por el demandado.

Corrido traslado de las excepciones propuestas (fl. 109 C. excepciones), por auto de 19 de marzo de 2013 se abre el proceso a pruebas, una vez evacuadas se corre traslado para alegar procediendo de conformidad el apoderado de la ejecutante (fl. 152 C1). Acto seguido se fulmina la instancia declarando no probadas las excepciones y ordenando seguir adelante la ejecución.

### **EL FALLO DE INSTANCIA**

Parte por analizar los requisitos del título ejecutivo, aduciendo que se aportaron dos pagarés que cumplen los requisitos generales previstos en el artículo 621 del Código de Comercio y especiales del artículo 709 ibídem, dentro de ellos la forma de vencimiento.

Y que la escritura pública aportada contiene una hipoteca cerrada, en consecuencia, sólo garantiza la obligación contenida en el pagaré 001 por \$ 500.000.000oo, sin haber aportado prueba de pagos o abonos a dicha obligación como se determinó en inspección judicial y prueba pericial.

En consecuencia, declara no probadas las excepciones y ordena seguir la ejecución pero sólo por \$ 500.000.000, ordenando decretar la venta en pública subasta del bien.

### **LA APELACION**

El apoderado de la demandada centró su inconformismo en que la hipoteca fue constituida con posterioridad al pagaré y, en consecuencia, no puede respaldar obligaciones anteriores, debido a que el instrumento no lo contempla de esa forma.

Enfatiza, que se presenta una inconsistencia entre el pagaré y la hipoteca, debido a que en el primero se hace referencia a que la obligación quedará garantizada con el bien de matrícula inmobiliaria 060-156929 y la hipoteca se constituyó sobre el inmueble de matrícula 060- 220699, con fecha posterior al otorgamiento del pagaré por \$ 500.000.000oo.

El apoderado de la ejecutante, solicita se revoque el numeral segundo de la parte resolutive del fallo, debido a que como ejecución se aportan dos pagarés que cumplen las exigencias de los títulos valores y la hipoteca aportada es abierta como aparece en la anotación No 5 del certificado de libertad del bien.

### **CONSIDERACIONES**

1. Como portal, no existe reparo que hacer sobre los presupuestos procesales, en el entendido que las partes son entes jurídicos que acreditan su existencia y representación (fls. 44 y 46 C1), en ambos casos, legitiman sus derechos a través de procurador judicial.

En punto de la competencia, quedó definida en esta instancia al resolverse el recurso de apelación contra el auto que revocó el mandamiento de pago (fl. 8 C 2ª Inst.) y, la demanda copa los requerimientos mínimos de forma.

2. Para que se abra paso la acción ejecutiva hipotecaria, es imperativo, que con la demanda se acompañe el título que preste mérito ejecutivo (art. 488 C. de P.C.) y la hipoteca o prenda como a voces lo precisa el artículo 554 del Código de Procedimiento Civil.

El primer supuesto, en últimas, resulta pacífico en el sub examen, debido a que se adosan dos pagarés que como lo dejó sentado la *a-quo*, copan los requisitos generales propios de todos los títulos valores previstos en el artículo 621 del Código de Comercio y los especiales del pagaré contenidos en el artículo 709 *ibídem*, en consecuencia, prestan mérito ejecutivo atendiendo lo reglado en el artículo 793 del *ejusdem*.

Y es que, el reproche dentro de las excepciones y que se deja velado en apelación, fue la ausencia de forma de vencimiento de los pagarés – núm. 4º art. 709 C. de Co.-, empero, de la literalidad propia de estos documentos, aflora que la forma de vencimiento pactado fue a través de instalamentos o cuotas conforme al numeral 3º del artículo 673 del Código de Comercio (ver cláusula tercera de los pagarés), lo que deja sin soporte cualquier debate sobre el particular.

3. En el caso de la hipoteca, se define en el artículo 2432 del Código Civil como: "...un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que

no dejan por eso de permanecer en poder del deudor"<sup>1</sup>, siendo considerada, además, como un contrato solemne habida cuenta que debe elevarse a escritura pública – art. 2434 C.C.-, y que para perfeccionarse requiere ser inscrita en el registro de instrumentos público – art. 2435 C.C.-.

El contrato de hipoteca a pesar de ser considerado como accesorio, no impide que pueda constituirse antes del nacimiento de la obligación principal, concomitante a esta o con posterioridad a ella, todo atendiendo la voluntad de los contratantes.

Así mismo, la hipoteca puede garantizar una obligación precisa, en cuyo caso estamos frente a una hipoteca cerrada, o, respaldar varias obligaciones presentes o futuras, evento en el cual se configura una hipoteca abierta, en sana hermenéutica del artículo 2455 del Código Civil.

En ese contexto la Corte ha dicho:

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

---

<sup>1</sup> Para Manuel Samarriva Undurraga, al referirse a la definición dada por el Código Chileno dijo: "La definición transcrita, si bien no es errada, no da una idea clara de esta garantía. Por eso, mejor podemos definirla como el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del que lo constituye, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producido de la subasta". (Tratado de las Cauciones. Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1980, P. 309).

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<sup>2</sup>

En el asunto bajo examen, está probado que VELCARGA LTDA mediante escritura 3762 del 22 de diciembre de 2008 de la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué, constituyó hipoteca a favor de INVERSIONES JONALCA S. EN C., sobre el lote A-3, barrio la Esperanza, municipio de Turbaco (fl. 13 C1), registrada en el folio de matrícula inmobiliaria 060-220699 (fl. 11 C1).

Y es bajo ese entendido, que si la hipoteca cumplió con el requisito *ad solemnitatem* – escritura pública- y se registró en el folio de matrícula inmobiliaria respectivo, surte todos los efectos propios de la garantía real, sin que tenga trascendencia, que la hipotecante, en el mismo acto, hubiera adquirido el dominio pleno del bien o que para el momento de otorgar el primer pagaré no ostentara esa titularidad.

Ahora, dentro de la autonomía de la voluntad, es válido que se puedan pactar garantías para respaldar obligaciones preexistentes como expresamente lo determina el inciso final del artículo 2438 del Código Civil al decir: *“Podrá así mismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba”*, como ocurre en este caso, en donde el pagaré 001 por \$ 500.000.000oo fue otorgado el 19 de diciembre de 2008, quedando establecido que la hipoteca se suscribiría con posterioridad (ver cláusula quinta). Y aunque el folio de matrícula inmobiliaria relacionado en el pagaré (060-156929) no concuerda con el del bien que en últimas fue objeto de garantía (060-220699), esa inconsistencia no deslegitima el título

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 1º de julio de 2008, expediente 2001-00803-01, ponente Dr. William Namén Vargas

valor, por cuanto, no desnaturaliza los requisitos de su esencia y menos le cercena los efectos a la garantía real, en últimas, lo que podría significar es que la obligación se garantizó con otro bien.

En una hermenéutica sistemática de las cláusulas del contrato de hipoteca, siguiendo las reglas del artículo 1624 del Código Civil, todo apunta a establecer que la garantía amparaba un contrato de mutuo suscrito con antelación por las partes por \$ 500.000.000oo, instrumentado en el pagaré 001, pues, bien se dijo en la cláusula primera de la hipoteca que “VELCARGA LTDA se constituye y reconoce deudora de la sociedad INVERSIONES JONALCA S. EN C., que en lo sucesivo se llamará LA PARTE ACREEDORA, por la cantidad de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 500.000.000oo) MONEDA CORRIENTE, **que declara tener recibida en dinero de contado a satisfacción y en cantidad de mutuo**” (resalte fuera de texto), siendo concordante el plazo de 6 meses establecido en la cláusula segunda con la forma de vencimiento del pagaré.

Y no de otra manera se entiende la conducta asumida por la parte ejecutada en el proceso, en donde, al plantear las excepciones acepta como ciertos los hechos relacionados con esa obligación y la garantía, reprochando tan solo que la garantía se constituyó con posterioridad a la obligación contenida en el pagaré, amén que para el momento de su otorgamiento la hipotecante no era la titular de dominio sobre el bien, aspectos que para nada afectan la validez tanto del título valor como de la garantía.

Es más, la ejecutada, al proponer recursos contra el mandamiento de pago (fl. 69 C1) y al plantear las excepciones (fl. 1 cuaderno excepciones), para nada hizo mención a que la hipoteca refiriera a una obligación distinta a la contenida en el pagaré 001, lisa y

llanamente, descalifica la validez de la garantía por ser posterior a la obligación principal, lo que constituye un tema novedoso en esta instancia.

En suma, la hipoteca se constituyó para garantizar un mutuo suscrito por las partes anteladamente y que estaba respaldado con el pagaré 001 por \$ 500.000.000oo, si fuera otra la interpretación, se tendría que concluir, que la sociedad ejecutada fuera de la obligación contenida en el pagaré base de ejecución le adeudaría a la ejecutante la suma referida en el instrumento público, lo que para nada concuerda con la actuación procesal.

4. Se reprocha por la parte ejecutante que la hipoteca suscrita por las partes fue abierta y que en ese orden cobija el pagaré 02 otorgado el 9 de enero de 2009.

Para que la hipoteca sea considerada como cerrada, es decir, que sólo garantice una obligación en concreto, debe quedar así establecido en forma inequívoca dentro del contrato.

En el caso, la sociedad hipotecante se constituyó en deudora de INVERSIONES JONALCA S. EN C., por \$ 500.000.000oo, sin haber restringido la garantía a dicho monto como se desprende de la cláusula tercera al decir: "Que la PARTE DEUDORA para garantizar a la PARTE ACREEDORA el cumplimiento de todas y cada una de las diferentes obligaciones...", en donde dejan abierta la posibilidad de cubrir otras obligaciones, siendo consecuente con la cláusula novena que dice: "...Lo anterior con el fin de que siempre esté la PARTE ACREEDORA garantizada en las obligaciones que llegue a contraer o haya contraído la PARTE DEUDORA. En esta forma ambas partes quedan mutuamente protegidas en sus intereses".

Y esa voluntad queda reflejada al momento de efectuar el registro de la hipoteca en la oficina de registro de instrumentos públicos, al clarificar que la hipoteca es abierta (ver anotación No 5 folio de matrícula 060-220699), sin que ninguna de las partes que intervino en el acto mostrara inconformismo frente a dicha anotación.

Ahora, desde el punto de vista de la lealtad procesal, la sociedad ejecutante promovió un proceso ejecutivo hipotecario, se libró mandamiento de pago en esos términos (fl. 55 C1), la ejecutada por conducto de su apoderado formula recursos contra el mandamiento, sin referir para nada la exclusión del pagaré 002 de la garantía; en el escrito de excepciones, por el contrario acepta como ciertos la mayoría de hecho de la demanda, sin reprochar que por tratarse de una hipoteca cerrada el segundo pagaré quedaba sin garantía, tan sólo refiere que por ser posterior a la hipoteca no queda cobijado, siendo un tema que se ventila ahora en sede de apelación.

Y como se dijo *ab initio*, es posible constituir una hipoteca para garantizar obligaciones presentes y futuras como ocurre en este caso, en ese sentido, no se comparte la interpretación de la *a-quo*, debido a que el pagaré 002 queda amparado con la garantía hipotecaria.

5. En lo que si le asiste razón al apoderado de la ejecutada, es la forma de aplicar el interés de mora, debido a que se trata de dos obligaciones con vencimientos diferentes.

Así, el pagaré 001 su vencimiento se pactó en 6 cuotas, que equivale cada una a \$ 83.333.333, con vencimiento la primera el 19 de enero de 2009, lo que indica que para ella el interés de mora se contabiliza a partir del 20 de enero de 2009, para la segunda a partir del 20 de febrero y así para las cuotas restantes.

En el caso del pagaré 002, su vencimiento igualmente se pactó por instalamentos, 6 cuotas mensuales, es decir, \$ 5.833.333 cada una, con intereses de mora para la primera desde el 10 de febrero de 2009, para la segunda el 10 de marzo de 2009 y así sucesivamente, luego, se debe ordenar seguir adelante la ejecución pero atendiendo en punto de los intereses lo consignado en esta providencia.

### **DECISION**

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de 25 de septiembre de 2014, proferida por la Jueza Segunda Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ejecutivo hipotecario de INVERSIONES JONALCA S. EN C. contra VELCARGA LTDA., en su lugar se DISPONE:

**ORDENAR** seguir adelante la ejecución por las sumas de dinero consignadas en los autos de 7 y 20 de junio de 2011, aplicando intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, conforme a los lineamientos establecidos en la parte motiva de este fallo.

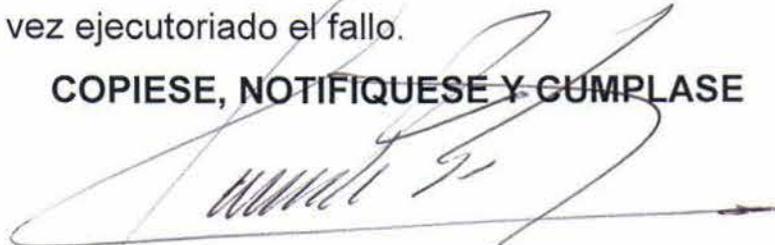
**SEGUNDO: CONFIRMAR** los demás numerales de la parte resolutive de la sentencia de 25 de septiembre de 2014, proferida por la Jueza Segunda Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso

ejecutivo hipotecario de INVERSIONES JONALCA S. EN C. contra  
VELCARGA LTDA.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia

**CUARTO: DISPONER** la remisión del expediente a su lugar de  
origen, una vez ejecutoriado el fallo.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

**Magistrado Ponente**



**OMAR ALBERTO GARCIA SANTAMARIA**

**Magistrado**



**RAMON ALFREDO CORREA OSPINA**

**Magistrado**