

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
Sala de Decisión Civil

Mag. Ponente: Dra. ANA LUZ ESCOBAR LOZANO

ACTA N° 088

Cali, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.

Resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la **Sentencia** de octubre 9 de 2020, por medio de la cual el Juez Noveno Civil del Circuito de Cali, ordenó seguir adelante la ejecución conforme al mandamiento de pago proferido dentro del **proceso ejecutivo hipotecario** del **Banco BBVA** acumulado al proceso **Ejecutivo** formulado por el **Banco Itaú CorpBanca Colombia S.A.**, seguidos, el primero contra **María del Pilar Garcés** y **Juan Carlos Bolívar Benítez** y el segundo contra **María del Pilar Garcés Rojas**.

II.- ANTECEDENTES.

1.- El proceso ejecutivo singular se inició por el banco **Itaú** solicitando librar mandamiento de pago a su favor y en contra de la señora **María del Pilar Garcés Rojas**, por **\$302'116.112** de capital representado en el pagaré N° 9005131965, más los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, causados desde el incumplimiento de cada una de las cinco (5) obligaciones que se instrumentan en el título valor.

En sustento de su pretensión afirma que la demandada otorgó pagaré en blanco para ser diligenciado conforme a su respectiva carta de instrucciones y que para la presentación de la demanda se integró con las obligaciones en mora correspondientes a la tarjeta de crédito VISA, tarjeta de crédito Master, sobregiros, cupo plus y libre destino por los valores que señala, todos en mora, cuya sumatoria asciende al valor señalado. –

Separadamente solicitó el embargo de los inmuebles distinguidos con matrículas **370-820280**, **370-820276** y **370-820279**, correspondientes al apartamento N° 101 y los parqueaderos 01 y 04 del Conjunto Residencial Mirador de La Loma, ubicado en la Carrera 116 # 9-35 de Cali.

El *a-quo* libró mandamiento de pago en los términos pretendidos y al momento de embargar los referidos inmuebles afloró que sobre ellos pesa una hipoteca de primer grado a favor del banco **BBVA Colombia S.A.**, por lo que se ordenó su citación como impone el art. 462 del CGP.

La demandada **María del Pilar Garcés Rojas**, guardó silencio ante la demanda quirografaria del **Banco Itaú**.

2.- **BBVA** compareció al proceso con ocasión de la convocatoria que se le hizo, presentando demanda ejecutiva acumulada *para la efectividad de la garantía real*, pretendiendo que se libre mandamiento de pago a su favor y en contra de los señores **María del Pilar Garcés Rojas** y **Juan Carlos Bolívar Benítez**, con fundamento en tres pagarés por las siguientes sumas de capital: **\$309'618.75, \$9'691.970 y \$90'205.174** y sus interés de mora, del primero desde la presentación de la demanda, de los demás desde abril 20 de 2019.

Como consecuencia de la acción ejercitada, deprecia el embargo, secuestro y venta en pública de los tres inmuebles hipotecados.

El fundamento de sus pretensiones consiste en que los referidos demandados se constituyeron deudores del banco conforme a los pagarés reseñados y que tales obligaciones están garantizadas con hipoteca de primer grado sobre los bienes relacionados, la cual se instrumentó en la EP N° 1923 de julio 24 de 2012 de la Notaría 5 de Cali. Y añade que por la citación que se hace al banco como tercer acreedor hipotecario, *“se ha decidido hacer uso de la facultad señalada en el art. 463 del CGP e iniciar la demanda...acumulada a la demanda inicial debido a la competencia privativa que señala el mencionado artículo”* y en ejercicio de la cláusula aceleratoria pactada.

Los demandados contestaron esta demanda del banco **BBVA** indicando en su respuesta a los hechos entre otros argumentos que la cuantía de la garantía hipotecaria es indeterminada y con *“esto violaría una norma de carácter imperativo (..)”*; y plantearon las siguientes excepciones: (i) *“Inexigibilidad de la cláusula aceleratoria”*, fundada en que el banco no anunció la causal en que sustenta la anticipación del plazo; (ii) *“Mora creditoris”*, acusando que esa entidad los abocó a entrar en mora negándose a recibirles el pago de las cuotas mensuales, bajo el argumento de que se había iniciado otro proceso ejecutivo por el banco Itaú. Y (iii) *“No es posible hacer exigible la ejecución de la garantía más allá de los \$300'000.000 que establece la misma cláusula”*, sustentada en que aun cuando se indica que la hipoteca es sin límite de cuantía, su límite es de \$300'000.000.

3.- El juez profirió sentencia declarando no probadas las excepciones formuladas contra la demanda del banco BBVA y ordenando seguir adelante la ejecución en la forma indicada en los mandamientos de pago de cada una de las dos demandas acumuladas.

Enerva la excepciones de *“inexigibilidad de la cláusula aceleratoria”* y *“mora creditoris”* porque tanto en el pagaré hipotecario, como en su carta de instrucciones y en la hipoteca, se pactó como causales para extinguir el plazo, constituir en mora a los deudores y exigir la totalidad de la obligación, el que *“se haya iniciado un proceso judicial por otros créditos diferentes a los constituidos con el acreedor hipotecario; o cuando sean perseguidos por cualquier persona en ejercicio de cualquier acción”*.

Dice que el contrato de hipoteca reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su validez como como accesorio que es esta vinculado a un principal representado en el pagaré base de recaudo con el que se determina tanto el monto de la obligación como el tiempo de la misma.

Y respecto de que haya una irregularidad por haberse fijado una cuantía a la hipoteca - \$300.000.00— para efectos fiscales, dice que ello obedece a que la hipoteca abierta garantiza créditos futuros cuyo valor se desconoce, que esa actuación ha sido aceptada por doctrina y jurisprudencia, y si existe alguna posible irregularidad fiscal por ese hecho las partes cuentan con acciones judiciales al respecto. -

4.- Inconforme la apoderada de los demandados con lo resuelto, APELA, advirtiendo que su reparo va dirigido únicamente contra lo decidido respecto de la acción compulsiva impetrada por el banco BBVA, porque carece de poder para representar a la ejecutada en el proceso ejecutivo propuesto por el banco Itaú.

El REPARO concreto lo hace consistir en que a su criterio, el juez incurre en indebida valoración de la prueba y pasa por alto que la hipoteca es inválida por indeterminación en la cuantía y perpetuidad de la misma en el tiempo, con lo que se contraría el derecho del deudor de hacer uso de la reducción de la hipoteca, se promueve un eventual abuso del derecho con la incorporación al contrato de cláusulas que no discriminan las prestaciones a cargo del deudor y a favor del acreedor, además de un posible fraude al derecho de crédito con la persecución, prelación y preferencia o quebranto del patrimonio del deudor por la indeterminación en el tiempo.-

La SUSTENTACION se hizo según el Decreto Legislativo 806 de junio 4 de 2020 proferido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y en los mismos términos del reparo, a lo que se añade que del contrato de hipoteca puede inferirse que *“la obligación en ella contenida, no es clara, tampoco expresa, menos exigible. Téngase en cuenta que las obligaciones se sujetan a plazo y/o condición, careciendo de ellos, mal podría haberse librado orden de pago como seguir adelante la ejecución en la forma indicada en la orden de pago proferida en el proceso hipotecario.”*

III.- CONSIDERACIONES.

1.- Se advierte de manera preliminar que la competencia del Tribunal se circunscribe a los reparos concretos formulados por el apelante, por lo que debe entenderse, que los demás son puntos que escapan a la competencia de esta Corporación, conforme a lo preceptuado en el artículo 328¹ del Código General del Proceso, prevención que cobra mayor vigencia en este proceso con dos demandas

¹ CGP. Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

ejecutivas acumuladas, donde no hubo oposición a la acción quirografaria del banco Itaú y por tanto no se hará mención a nada de lo que refiere a ese crédito.

2.- Este asunto reúne todos los presupuestos procesales y no se avizora causal de nulidad que invalide lo actuado. Y no hay discusión sobre la legitimación en la causa por activa, toda vez que quien demanda en la acción hipotecaria es el acreedor con garantía real y los demandados son los actuales propietarios de los bienes inmuebles hipotecados, en esta oportunidad igualmente deudores de las obligaciones exigidas. -

El problema jurídico a resolver consiste en determinar la validez del contrato de hipoteca, cuando se cuestiona la misma por la indeterminación de la cuantía de las obligaciones que garantiza y el tiempo de vigencia de la garantía, y de superarse esto, habrá de establecerse la procedencia de la orden de seguir adelante la ejecución.

3.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 1740 y 1741 del CC, la nulidad absoluta se presenta entre otros casos, cuando al acto o contrato le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo en consideración a su naturaleza, y precisamente de eso se acusa el contrato de hipoteca, por indeterminación de su cuantía y de término de vigencia de la garantía.

Para dilucidar la controversia previamente ha de referirse la Sala a la hipoteca para indicar que es un derecho real accesorio en cuanto que con la garantía real se busca respaldar el cumplimiento de una obligación principal -artículo 1499 CC-, derecho real accesorio que puede constituirse con antelación o con posterioridad a la obligación principal, tal como lo dispone el artículo 2438 *ibidem*, que permite que la hipoteca se otorgue *(..) en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda* “o sujeta a condición *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 (..)*”

Esa disposición hace relación a la **hipoteca abierta**, cuya función, al tratarse de un contrato accesorio, es garantizar el cumplimiento de una obligación principal a la que accede, la cual generalmente no existe ni está determinada en su cuantía y término al momento del gravamen pero que es determinable al momento de su cumplimiento y ejecución, pues de quedar indeterminada la garantía se afectaría de invalidez porque desaparecería uno de los elementos esenciales de la hipoteca dada su naturaleza accesorio.

Sobre la hipoteca abierta la Corte Suprema de Justicia Sala Civil indicó recientemente:

“(...) 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 accesoria 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 se caracteriza, según la doctrina nacional autorizada, «por la determinación de una suma máxima que se garantiza; por la limitación del tiempo en que la garantía tiene vigencia, o en que deben ser utilizados los créditos eventuales; y por la fijación de modalidades a los préstamos (verbigracia, inversiones en la agricultura), a la forma de hacerlos (sobregiros, letras, descuentos, etc.) o a la causa del crédito (por ejemplo, alcance de empleados de manejo)». (Álvaro Pérez Vives. Garantías Civiles: Hipoteca, prenda, fianza. Bogotá: Temis, 1984. p. 81).

“Es decir que la hipoteca puede ser abierta pero no ilimitada ni perpetua, pues siempre está sujeta a que se establezca la suma máxima que se garantiza, el tiempo de vigencia de la garantía o de utilización de los créditos, la forma en que se harán los desembolsos, la causa y finalidad de la obligación que se ampara, el titular del crédito y las deudas específicas que se respaldan con dicha caución.

“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 (...)”². (Resaltado fuera de texto)

Y es sólida la jurisprudencia de la Corporación sobre esta temática, de allí que haya venido insistiendo hace unos años que en la hipoteca abierta:

“La prestación también debe ser suficientemente determinada, pero nada obsta su determinabilidad con sujeción a las pautas del título o de la ley o, de ambos, por las mismas partes o por terceros (arbitrium boni viri), per relationem, incluso por decisión judicial y por tarde al instante de su ejecución.

Con la locución ‘hipoteca abierta’, se denota la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen. Trátase, (sic) por consiguiente, de una garantía abierta para varias, diferentes, múltiples, sucesivas obligaciones, por lo común, futuras, indeterminadas y determinables durante su vigencia sin necesidad de estipulación posterior, siendo así ‘general respecto de las obligaciones garantizadas’ (Cas. Civ., 3 de junio de 2005, expediente 00040-01)³.

² CSJ, STC 550 de 30 de enero de 2020.

³ Reiterada en sentencia de tutela STC1613 de febrero 11 de 2016. MP. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

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.), (...).

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 social⁴. (Resalta la sala).

Según lo expuesto, debido a la naturaleza de *garantía accesorio* de la hipoteca y tratándose de una hipoteca abierta y sin límite de cuantía que busca respaldar obligaciones futuras, genéricas e indeterminadas en su nacimiento “se requiere la existencia de una relación jurídica actual de la que el crédito en ciernes quede supeditado” -obligación principal- para en su momento y a más tardar a su ejecución determinar la prestación y su exigibilidad bajo las pautas del título, de la ley o de lo acordado por las mismas partes, quedando en evidencia de esta forma esa relación directa del contrato accesorio con la obligación principal pues el contrato de hipoteca “... según se puntualizó, tiene por función práctica o económica social garantizar el cumplimiento de una obligación principal a la cual accede”⁵.

4.- Entrando en materia, tenemos que el banco BBVA adjuntó a la demanda, la primera copia de la Escritura pública N° 1923 de julio 24 de 2012, de la Notaría Quinta del Círculo de Cali, contentiva de la constitución de un gravamen hipotecario a su favor, otorgado por los demandados conforme a las solemnidades previstas en los artículos 2434 y 2435 del C.C que recae sobre los inmuebles con matrícula inmobiliaria N° **370-820280**, **370-820276** y **370-820279**, el cual aparece debidamente registrado en los respectivos folios, que exhiben tanto la vigencia del gravamen hipotecario como que los demandados son los actuales propietarios de tales bienes.

En dicha escritura consta en la *CLÁUSULA PRIMERA* que la hipoteca se constituyó “ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA: Para seguridad de todas las sumas adeudadas o que llegare a deber al BBVA COLOMBIA en razón de los préstamos que esta entidad le han otorgado o le otorguen y de las demás obligaciones contraídas en los pagarés otorgados o que se otorguen en su desarrollo y en los demás documentos de deber y en esta escritura ...la cual estará vigente mientras exista alguna obligación a cargo suyo y a favor del BBVA COLOMBIA (...)”.

En la *CLÁUSULA SEGUNDA* se fijó el “ALCANCE DE LA GARANTIA HIPOTECARIA QUE SE CONSTITUYE” indicando que la cuantía de las obligaciones garantizadas “se estipulara en Unidades de Valor Real (UVR) (..) O EN PESOS (..) pueden haber sido contraídas o creadas en el pasado o pueden serlo en el futuro a favor del BBVA COLOMBIA, por razón de contratos de mutuo o por cualquier otra causa (..) ya

⁴ CSJ. Cas. Civ. Sentencia de julio 1° de 2008. Exp. 2001-00803-01 MP Dr. William Namén Vargas.

⁵ Ob. cit. #4

sea obrando exclusivamente en su propio nombre (..) conjunta o separadamente, ya se trate de préstamos o de créditos de otro orden o de cualquier otro genero de obligaciones , ya consten o estén incorporadas en títulos valores o en cualquiera otros documentos comerciales o civiles (..)”

Por su parte en la CLÁUSULA QUINTA “ACELERACION DEL PLAZO” consta que el BBVA “podrá dar por extinguido o insubsistente el plazo que falta para el pago total de cualquiera de las obligaciones contraídas por EL (LOS) HIPOTECANTES) y exigir judicialmente el pago completo e inmediato de lo adeudado (...) en los siguientes eventos: (..) a) Si EL (LOS) HIPOTECANTE (S) incurriere(n) en mora en el pago de los intereses o del capital estipulado en los respectivos pagares (..) i) Si dicho(s) inmuebles fuere (n) perseguido (s) por un tercero (..)”

Y como obligación principal el banco BBVA aportó tres pagarés:

El pagaré N° **M026300110234005789600040289** otorgado el 10 de abril de 2018 por **\$313’913.341** desembolsados el 19 de abril de 2018, con plazo de 300 meses a partir de esa fecha pagadera la primera cuota el 19 de mayo de 2018, crédito otorgado con destino a la adquisición de vivienda usada.

El pagaré N.º **05789600040206**, otorgado el 10 de abril de 2018 por **\$9’691.970** con vencimiento a día cierto, el 19 de abril de 2019.

Y el pagaré N.º **05789600040198**, otorgado el 10 de abril de 2018 por **\$90’205.174** con vencimiento a día cierto, el 19 de abril de 2019.

En todos estos pagares se pactó clausula aceleratoria del plazo, entre otras razones, para el caso de que los inmuebles hipotecados fueren perseguidos judicialmente por terceros o de embargo de bienes de cualquiera de los deudores, constando en el expediente que BBVA hizo uso de la cláusula aceleratoria por la citación que se le efectuó en el proceso ejecutivo seguido por el banco Itau contra Maria del Pilar Garcés -rad 2019-277-, al que compareció conforme a lo dispuesto en el artículo 463 del CGP acumulando la ejecución que nos ocupa.

4.- Con el contrato de hipoteca se establece lo siguiente: que en este asunto las partes pactaron una hipoteca abierta sin límite de cuantía –*contrato accesorio*- con el objeto de garantizar obligaciones pasadas o futuras, contraídas por los hipotecantes con el banco, entre otras formas conjuntamente, por razón de préstamos u otras obligaciones -v gr, *créditos para adquisición de vivienda usada y créditos de consumo que son objeto de la ejecución*-, que consten en pagarés entre otros instrumentos, que la garantía estará vigente “*mientras exista alguna obligación*” a cargo de los hipotecantes y a favor del banco; y con los pagarés aportados -*obligación principal*- se determina la existencia de la obligación garantizada y su cuantía por lo que no le asiste razón a

la parte apelante en su reparo a la validez de la hipoteca por indeterminación de su cuantía y vigencia en el tiempo de la misma.

Es que lo acabado de indicar evidencia que no le asiste razón a la parte apelante en su reparo a la validez de la hipoteca por indeterminación de la cuantía y su vigencia, toda vez que ambos aspectos están determinados. En efecto, contrario a lo afirmado por aquella, la suma máxima que se garantiza está determinada con la cuantía de los pagarés base de recaudo, que definen de manera clara, expresa y exigible la prestación y la suma máxima que se garantiza, claro está sujeta a lo dispuesto en el artículo 2455 del CC, y en cuanto a la vigencia en el tiempo, la garantía la tiene y no es a perpetuidad, por cuanto se pactó que estará vigente, “*mientras exista alguna obligación*” a cargo de los hipotecantes y a favor del banco.

Ahora, la indeterminación inicial al momento de la constitución de la garantía abierta sin límite de cuantía en cuanto al monto de las prestaciones futuras no implica que el gravamen sea abusivo o un posible fraude al crédito como lo entiende el apelante pues se reitera, dichas prestaciones fueron determinadas al momento de su cumplimiento y ejecución, como tampoco se constituye en un impedimento para el deudor de hacer uso del derecho a la reducción de la hipoteca, pues como indica la Corte Suprema de Justicia : “ **(.) Tampoco, la indeterminación inicial y la determinabilidad posterior del monto de la obligación, desconocen el derecho del deudor a obtener su reducción, precisamente, porque en este caso, el ordenamiento lo protege y, de no obtenerse de consuno, podrá ejercer las acciones respectivas (...)**”⁶.

Por tanto, encuentra la Sala que el juez valoró correctamente la prueba al apreciar válido y eficaz el contrato de hipoteca abierta sin límite de cuantía al que hemos hecho referencia con el que se garantizan las obligaciones principales a las que accede, aquí instrumentalizadas en los títulos valores base de recaudo provenientes de los deudores hipotecantes y a favor del acreedor hipotecario que igualmente fueron correctamente estimados pues contienen obligaciones expresas, claras y exigibles, esto según la cláusula aceleratoria de vencimiento anticipado del plazo pactada - artículo 69 ley 45 de 1990- ejercida por la ejecutante al presentar la demanda acumulada que nos ocupa por citación que se le hiciera en la ejecución singular inicial instaurada por el Banco Itau donde se embargaron los bienes hipotecados.

Por ende los reproches que se le hacen a la decisión no vienen a lugar, toda vez que el juez no incurrió en los desafueros que se le endilgan pues consideró a cabalidad el contrato de hipoteca abierta sin límite de cuantía y a los pagarés que respalda la hipoteca y son la obligación principal a la que aquella accede, los cuales reúnen los requisitos de los artículos 621, 709 del C. de Co y

⁶ CSJ. SC de 1° de julio de 2008, exp. 2001-00803-01 ya citada.

del artículo 422 del CGP y tienen mérito ejecutivo para ordenar la continuación de la ejecución en la forma dispuesta.-

Todo lo expresado para confirmar la sentencia apelada y para que esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

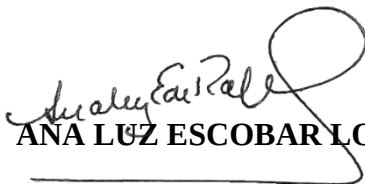
1.- CONFIRMAR la **Sentencia** de octubre 9 de 2020, por medio de la cual el Juez Noveno Civil del Circuito de Cali, ordenó seguir adelante la ejecución conforme al mandamiento de pago proferida dentro del proceso **Ejecutivo hipotecario acumulado** del Banco BBVA Colombia S.A., contra **María del Pilar Garcés y Juan Carlos Bolívar Benítez**.

2.- CONDENAR en costas a la parte apelante. Líquidense por la secretaria del juzgado de primera instancia fijando como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$ 2'000.000.

3.- Remítase el expediente al juez del conocimiento para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE,

Los Magistrados,


ANA LUZ ESCOBAR LOZANO


JORGE JARAMILLO VILLARREAL


CESAR EVARISTO LEÓN VERGARA

Rad. 76001 31 03-009-2018-00277-01 (20-142)