

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Ref: Proceso verbal No. 110013103024201800502 01

Se deciden los recursos de apelación que las partes interpusieron contra la sentencia de 8 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 24 Civil del Circuito de la ciudad en el proceso que Bancolombia S.A. promovió contra Diaman7e S.A.S.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. Bancolombia S.A. llamó a proceso ejecutivo a la sociedad Diaman7e S.A.S. con el fin de obtener el pago, mediante la efectividad de la garantía real, de \$6'034.789,00, por concepto de cuotas de amortización vencidas de la obligación incorporada en el pagaré No. 6312320013831, así como de \$393'465.677,00, por capital acelerado, en ambos casos con intereses moratorios hasta que sea verifique el pago.
2. La jueza libró mandamiento de pago por auto de 6 de noviembre de 2018 (fl. 71 a 73, cdno. 1), que se notificó a la parte demandada, quien propuso las excepciones de mérito de (i) la falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) la “falta de requisitos formales del art. 621 C.Cio.”; (iii) la “falta de requisitos formales del art. 709 del C.Cio.”; (iv) cobro de lo no debido; (v) “excepciones que se proponen frente a la acción cambiaria”: a) “la fundada en el hecho de no haber sido la demanda Diaman7e S.A.S. quien suscribió el título, numeral 1 del art. 784 del C.Cio”; b) “las fundadas en la omisión de los

requisitos que el título debe contener y que la ley no suple expresamente. Numeral 4 art. 784 C.Cio”; c) “acción dirigida en contra de quien no es obligado”; y (vi) “acción confusa y equivocada”. (fls. 122 a 129).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juzgadora desestimó las excepciones propuestas, salvo la denominada “acción confusa y equivocada”, habida cuenta que la garantía hipotecaria sólo afecta el apartamento 603 de la torre 1, pues “es claro que los parqueaderos 89 y 90 junto con el depósito uno no hacen parte del folio de matrícula inmobiliaria 50N-20545317, puesto que el empleo de la expresión ‘de uso exclusivo’ significa que se trata de bienes comunes, es decir, pertenecen en pro indiviso a todos los propietarios de bienes privados del Conjunto Residencial Arboleda del Country sometido al régimen de propiedad horizontal” (audiencia min. 2:07:01).

Consideró que la ejecución debía continuar, pese a que la sociedad ejecutada no suscribió el pagaré, puesto que el acreedor tiene derecho de perseguir el bien hipotecado, aunque hubiere cambiado de propietario.

LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Bancolombia alegó que el juzgado omitió que la hipoteca es indivisible y se extiende, además, a todas las anexidades, usos y servidumbres del inmueble, por lo cual no era necesario mencionar expresamente los garajes y el depósito, que son de uso exclusivo del apartamento. Por eso pidió revocar la decisión de abrirle paso a la excepción de “acción confusa y equivocada”

2. La sociedad ejecutada sostuvo que el saldo insoluto de capital no era claro porque el representante legal del Banco, al absolver interrogatorio, no supo discriminar los pagos recibidos del señor Engativá; además, si el valor prestado fue de \$430'348.800,00 y se realizaron abonos desde el año 2014

hasta el 2018, que fueron aproximadamente de \$231'000.000,00, no es posible explicar el saldo de \$393'465.677. Añadió que esa falta de claridad se corroborara por cuanto el título hipotecario tampoco contenía una obligación clara y exigible, puesto que garantiza deudas en cuantía indeterminada.

Reiteró que no está obligada por no haber suscrito el pagaré base de la ejecución.

Finalmente, reprochó el excesivo cobro de las agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

1. Como la sociedad demandada fustigó la totalidad de la sentencia, la Sala se ocupa primero de su apelación, para luego examinar el recurso que interpuso el Banco ejecutante, que tiene alcance parcial.

Y, dicho esto, bien pronto se advierte que Diaman7e S.A.S. carece de razón, por cuatro razones basilares:

a. La primera, porque el acreedor hipotecario tiene un derecho de persecución robustecido, propio de quien goza de garantía real, toda vez que puede hacer efectivo su crédito contra cualquier dueño del bien hipotecado, sin miramiento en el modo de adquisición. Así lo establece el artículo 2452 del Código Civil, al señalar que “[l]a hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.”

Por eso el Código General del Proceso previó, respecto de la efectividad de la garantía real, que “[l]a demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble” (CGP, art. 468, num. 1º, inc. 3º), regla que, en relación con el texto similar que traía el Código de Procedimiento Civil, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en las sentencias C-192 de 1996 y C-798 de 2003, en la que se resaltó que “el actual propietario estará

vinculado por el hecho de tener en su poder el inmueble hipotecado”, aunque “la responsabilidad a su cargo no podrá extenderse más allá de lo que corresponda en relación con el bien hipotecado.”

Sobre el particular ha precisado la Corte Suprema de Justicia que,

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. (Gaceta Judicial, No. 2439, pág. 116). (Subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, como Bancolombia S.A. únicamente está ejercitando la acción real hipotecaria, esto es, la dirigida a obtener el pago de la deuda con el sólo producto de la venta del bien hipotecado (C.C., arts. 2422, 2448 y 2452; CGP, art. 468), la cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, lo habilita para “embargar y hacer vender el bien gravado, cuando la obligación

a que se accede es exigible” (G.J. LXII, 59), resulta incontestable que su reparo carece de fundamento.

Desde luego que la sociedad Diamante S.A.S. no es obligada personal, pues el pagaré que le sirve de soporte a la ejecución no fue suscrito por ella (C.Co., art. 625), sino por el señor Daniel Engativá. Pero a ese hecho no le sigue que no pueda ser ejecutada, puesto que, por ser la actual propietaria del bien hipotecado (escritura pública de venta No. 20 de 12 de enero de 2018, inscrita en el folio de matrícula 50N-20545317; fl. 66, cdno. 1), está llamada a soportar la acción real que tiene el Banco acreedor, quien, además, es el tenedor legítimo del título.

Luego hizo bien la juzgadora al descartar las excepciones propuestas, la mayoría soportadas en que dicha sociedad no es deudora ni suscriptora del pagaré, el cual, contrario a lo que se afirma, sí cumple con los requisitos establecidos en los artículos 621 y 709 del C. de Co., sólo que fue creado por el señor Engativá, quien no es parte en este proceso porque el acreedor, autorizado por la ley sustancial, decidió ejercer acción real contra el actual propietario, y no acción personal o acción mixta (CC, art. 2449, sub. Ley 95 de 1890, art. 28).

b. La segunda, porque el título ejecutivo que soporta la ejecución no es el contrato de hipoteca, sino el pagaré No. 6312 320013831, de 7 de abril de 2014.

En efecto, es en dicho título-valor, cuyo cobro da lugar al procedimiento ejecutivo (C. de Co., art. 793), en el que aparece incorporado el derecho de crédito de Bancolombia y, por supuesto, la obligación por la que debe responder la sociedad demandada, como propietaria del bien hipotecado y hasta el valor que se obtenga por él en la subasta. La hipoteca, como negocio jurídico de garantía, sólo prueba el gravámen, sin que la exigibilidad se desmerezca por el hecho de haberse acordado que es “abierta y sin límite de cuantía” (cláusula primera), puesto que ese rasgo se predica de la obligación (CGP, art. 422), cuyo plazo para el pago se anticipó, como consecuencia de

haberse configurado uno de los eventos de aceleración que fueron pactados (la mora en el pago de las cuotas de amortización).

Por eso el artículo 468 del CGP, para que no quede duda al respecto, precisa que “a la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda...” (num. 1, inc. 2), quedando así claro que el contrato por el se constituyó es el *título de la garantía*, de suyo diferente del *título de la ejecución*.

c. La tercera, porque si el pagaré incorpora un derecho de crédito por \$430'348.800,00, no es posible descalificar su claridad so pretexto de que en la demanda se solicitó el pago de un capital acelerado de \$393'465.677,63, que es inferior a ese monto, menos aún si se considera que, según la cláusula décima del pagaré, relativa a la forma de pago, la suma mutuada se pagaría en 240 cuotas que comprenden, cada una, “intereses y abono a capital” (par. 1; fl. 5), siendo claro, según el artículo 1653 del Código Civil, aplicable a los asuntos mercantiles por remisión directa del artículo 822 del Código de Comercio, que “si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital”, lo que aquí no se demostró.

Pero, además, no se olvide que con sujeción al principio de literalidad, “el suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia” (C. de Co., art. 626). Y como el propietario del bien hipotecado, cuando se ejercita la acción real por el acreedor, debe responder por la deuda hasta el valor que tenga el bien gravado, se impone colegir que también respecto de él produce efectos la norma en cuestión.

Que el representante legal del Banco no hubiere discriminado -en su declaración- los pagos que se hicieron, es asunto que carece de relevancia, toda vez que, de una parte, de la demanda se desprende que el deudor había pagado las cuotas de amortización hasta enero de 2018, todas ellas por valores igual (“cuota mensual fija en pesos por toda la vida del crédito, es decir, las cuotas no varían durante la vigencia de la obligación; a dichas

cuotas se le adicionan los seguros”; fl. 5, cdno. 1), como lo precisa el pagaré (\$4'824.056,81), y de la otra, a ese libelo se acompañó un estado de cuenta en el que se detallan los abonos realizados y la manera como se aplicaron, el último con fecha 18 de enero de 2018.

Y como la sociedad ejecutada no demostró, pese a que tenía esa carga (CGP, art. 167), que la aplicación de los pagos parciales que se hicieron arrojaba un monto inferior al suplicado en la demanda, ni probó que esa liquidación tenía errores, no puede pretender que se de al traste con la ejecución a partir de meras especulaciones, o arrojando un simple manto de duda sobre los valores pretendidos.

d. La cuarta, porque la controversia sobre la cuantía de las agencias en derecho debe canalizarse por la vía señalada en el numeral 5º del artículo 366 del Código General del Proceso.

2. Ahora bien, en lo tocante al recurso de apelación que interpuso el Banco ejecutante, la Sala le concede razón, porque la hipoteca “es indivisible”, lo que significa que “cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.” (C.C., art. 2433).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “**El gravamen pesa sobre la totalidad del bien**, tota in toto et tota in qualibet parte, y da derecho a perseguir su venta en pública subasta o su adjudicación al acreedor por cuenta del crédito, con audiencia o no del deudor, sino del poseedor actual, como quiera que allí se hace efectiva la dicha responsabilidad circunscrita al bien objeto de la pignoración”¹ (se resalta).

En el caso bajo análisis, los señores Edgar Benavides Jurado y Luz Mary Pérez Quinchía le vendieron al señor Daniel Alejandro Engativá Rodríguez el apartamento 603 de la torre 1 del Conjunto Residencial Arboleda del Country Propiedad Horizontal, ubicado en la carrera 19 # 131-69 de Bogotá, al que le corresponden “el uso exclusivo de los GARAJES NÚMEROS OCHENTA Y

¹ G.J. T. CXXIV, p. 32.

NUEVA (89) Y NOVENTA (90), y el uso exclusivo del DEPÓSITO UNO (1)”, como consta en la cláusula primera de la escritura pública No. 1428 de 25 de marzo de 2014, otorgada en la Notaría 24 de Bogotá, a través de la cual también constituyeron un gravamen real a favor de Bancolombia, en el que se acordó, conforme a la primera y sexta de sus estipulaciones, que la hipoteca recaía sobre dicho apartamento, “cuyos linderos, cabida y demás especificaciones obran en la primera parte del presente instrumento público”, sometido al régimen de propiedad horizontal, y que comprendía “sus mejoras, anexidades, construcciones, frutos y dependencias”, como igualmente lo precisaba, en relación con la venta, el parágrafo 2do de la mencionada cláusula primera (fl. 11, 12, 14 vto. y 16, cdno. 1).

Asimismo, en la escritura pública No. 20 de 12 de enero de 2018, otorgada en la misma Notaría 24 de Bogotá, que incorpora la venta que el señor Engativá le hizo a la sociedad ejecutada, quedó claro que ese negocio jurídico concernía al apartamento 603, que incluía “el uso exclusivo de los garajes números ochenta y nueve (89) y noventa (90), y el depósito uno (1) que forman parte del Conjunto Residencial Arboleda del Country” (fl. 64, cdno. 1).

Luego no es posible sostener, como lo hizo la juzgadora de primer grado, que la hipoteca no se extiende a tales garajes y depósito, pues unos y otro hacen parte de las anexidades y usos que le son inherentes al apartamento 603. Con otras palabras, si la hipoteca se constituyó sobre este último inmueble, en el gravamen quedó comprendido el derecho al uso exclusivo de tales parqueaderos y sitio de almacenamiento.

En este punto es bueno recordar que la ley 675 de 2001 definió, en su artículo 22, los bienes comunes de uso exclusivo como aquellos “no necesarios para el disfrute y goce de los bienes de dominio particular, y en general, aquellos cuyo uso comunal limitaría el libre goce y disfrute de un bien privado, tales como terrazas, cubiertas, patios interiores y retiros”, los cuales, por tanto, “podrán ser asignados de manera exclusiva a los propietarios de los bienes privados que por su localización puedan disfrutarlos”. Igualmente, se previó en la misma disposición que “los parqueaderos destinados a los vehículos de los propietarios del edificio o conjunto podrán ser objeto de asignación al uso

exclusivo de cada uno de los propietarios de bienes privados en manera equitativa”.

Se trata, en palabras de la Corte Constitucional, de bienes “no necesarios para el goce comunal, los que de destinarse al uso de todos limitarían el libre uso y goce de las unidades independientes”².

Por supuesto que, en cuanto bienes comunes, no están hipotecados. Por eso no están embargados por la vía del registro, dado que, además, carecen de folio de matrícula separado. Lo que se afirma es que el gravamen constituido sobre el apartamento se extiende al derecho al uso exclusivo sobre los garajes y el depósito, que son anexos y usos de aquel.

3. Luego se modificará el numeral 1º de la sentencia, en cuanto declaró probada la excepción de “acción confusa y equivocada”, para que quede claro que la ejecución forzada continúa, con inclusión del derecho al uso exclusivo de esos bienes. Así se precisará en su numeral 3º.

También se modificará el numeral 5º, porque la condena en costas debe hacerse por el 100%.

La parte demandada asumirá las costas de la segunda instancia.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** los numerales 2º y 4º de la sentencia de 8 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 24 Civil del Circuito de la ciudad dentro de este proceso, y **modifica** sus numerales 1º, 3º y 5º, los cuales quedarán así:

PRIMERO. Declarar no probadas todas las excepciones de mérito propuestas por Diaman7e S.A.S.

² Corte Constitucional. Sentencia C-488/02 de 26 de junio de 2002.

TERCERO. Decretar el avalúo y posterior remate del bien con matrícula inmobiliaria No. 50N-20545317, esto es, apartamento 603 de la torre 1 del Conjunto Residencial Arboleda del Country P.H., junto con los usos que legalmente le corresponden (derecho al uso exclusivo de los garajes Nos. 89 y 90, y del depósito 1), ubicado en la Carrera 19 No. 131-69 de esta ciudad, para que con el producto de su venta se paguen a la demandante el crédito y las costas.

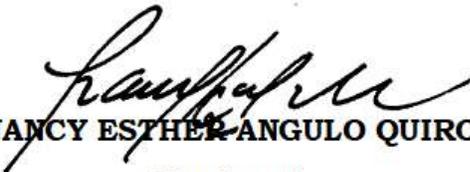
QUINTO: Condenar en costas de primera instancia a la parte ejecutada. Por secretaría liquídense incluyendo la suma de \$13'000.000,00, por concepto de agencias en derecho (suma fijada por la jueza).

Costas del recurso a cargo de la parte demandada. Liquídense.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado



NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
Magistrada



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE
DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

41333cfdd2ab86105d449099cc0fbb7b4d62349c153fb55ea57c969deceb83a3

Documento generado en 03/03/2021 02:03:57 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>