TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISION CIVIL

Medellín, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2012)
Ref.: Exp.: 05266 31 03 002 2019 00356 01.
Magistrado Ponente: JOSE OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Proceso: Ejecutivo hipotecario.
Demandantes: ÁLVARO ENRIQUE FERNÁNDEZ TAMAYO y otra.
Demandada: LEIDY JOHANNA MARTÍNEZ TOBÓN.
Extracto: 1) El Código de Comercio deja en claro que en los asuntos comerciales que no estuvieran regulados por tal ordenamiento, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil, por lo que la misma resulta ser la llamada a considerar tratándose de hipotecas sobre inmuebles. 2) El ordenamiento jurídico da la posibilidad que sobre inmuebles se constituyan gravámenes abiertos y sin límite de cuantía, a fin de garantizar obligaciones presentes o futuras. 2) Satisfaciéndose los requisitos de ley, la acción ejecutiva está llamada a prosperar. Confirma.

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por la demandada LEIDY JOHANNA MARTÍNEZ TOBÓN, contra la sentencia anticipada calendada el veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Envigado, dentro del proceso ejecutivo hipotecario instaurado por ÁLVARO ENRIQUE FERNÁNDEZ TAMAYO y LUZ BEATRIZ DE FÁTIMA MORENO GAVIRIA.

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

Se presentó pretensión ejecutiva con garantía real en contra de la demandada, para que previa venta en remate de los inmuebles gravados con hipoteca, se paguen las siguientes sumas de dinero:

1. $110’000.000.oo como capital contenido en el pagaré número “1”, más los intereses moratorios a la tasa máxima permitida, a partir del 1º de octubre de 2019 y hasta el pago total de la obligación.
2. $110’000.000.oo por concepto de capital incorporado en el pagaré “2”, más los intereses moratorios a la tasa máxima permitida, a partir del 1º de octubre de 2019 y hasta la solución de la deuda.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones, consistieron en que el 23 de julio de 2018 los actores dieron en mutuo a CATALINA ARANGO LOPERA la suma de $220’000.000.oo, para ser pagados en un (1) año, por lo que esta suscribió dos (2) pagarés, cada uno por $110.000.000.oo, en lo que también asumió pagar intereses de plazo al 2% mensual y moratorios a la tasa máxima permitida.

Que desde octubre de 2019 la obligada no paga los intereses, y la obligación se hizo exigible desde el 23 de julio de 2019, sin que se hubiera sido solucionada.

Que mediante la Escritura Pública 1829 del 23 de julio de 2018 corrida la Notaría 17 de Medellín, la señora ARANGO constituyó en favor de los demandantes, hipoteca abierta de primer grado y sin límite en la cuantía sobre los bienes inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias 001-951780 y 001-951788 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, Zona Sur, de Medellín.

Por la Escritura Pública 2184 del 26 de agosto de 2019 de la misma Notaría, ARANGO transfirió en venta tales inmuebles a LEIDY JOHANNA MARTÍNEZ TOBÓN, por lo que es a esta a quien se demanda conforme el artículo 2452 del Código Civil.

DE LA CONTRADICCIÓN:

La demandada respondió a la acción centrándose en que no hizo parte del negocio causal, por lo que lo pertinente, no le consta; pero como en la hipoteca se tiene como cuantía $20’000.000.oo, conforme el artículo 2455 del Código Civil ese es el importe ficto o presunto, lo cual concuerda con el certificado de libertad y tradición, sin que conociera de los pagarés hoy demandados.

Con base en ello propuso las excepciones de mérito que denominó:

1. “*NULIDAD ABSOLUTA DE LA ESCRITURA HIPOTECARIA 1.829 DE JULIO 23 DE 2018*”, arguyendo que la escritura hipotecaria tiene vicios que impiden su nacimiento a la vida jurídica, pues la legislación a aplicar es la comercial, la que exige que las hipotecas abiertas deben indicar la cuantía máxima que garantiza, requisito ausente y que vicia de nulidad absoluta el acto jurídico.

2. “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, indicando que no hizo parte del negocio jurídico que dio origen a los pagarés en cobro, por lo que no asumió la obligación de pagarlos, y nunca tuvo conocimiento de su existencia.

3. “*EL LÍMITE IMPUESTO EN EL ARTÍCULO 2455 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO*” argumentando que el gravamen hipotecario se constituyó por $20.000.000.oo, y así consta en los certificados de libertad correspondientes, lo que la llevó a considerar que esa era la suma adeudaba, desconociendo la existencia de los pagarés en recaudo, por lo que conforme el artículo 2455 del C. C., dicho crédito no puede exceder el duplo

de la obligación garantizada, lo que conlleva a la reducción del exceso.

4. "*GENERICA*", según se encuentre probado.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Después de referir a la acción, contradicción y observar el cumplimiento de los presupuestos procesales, particularizando en las condiciones probatorias para proferir sentencia anticipada, en la parte considerativa al resolver el caso en concreto, señaló que los instrumentos sustento de la acción y la hipoteca, cumplen los requisitos de ley.

Que la hipoteca se constituyó "*abierta y sin límite en la cuantía*", sobre los inmuebles con matrículas inmobiliarias 001-951780 y 001-951788, garantizándose "*las obligaciones contraídas, presentes o futuras*", y en efecto los mismos se encuentran en cabeza de la opositora, quien inicialmente no contrajo la obligación pero adquirió el bien hipotecado cuyo gravamen se encuentra vigente.

De la primera excepción (*nulidad absoluta de la escritura de hipoteca*), que la constitución del gravamen cumplió con las exigencias legales, fue suscrita por personas capaces, con objeto y causa licita, y se hizo por medio de Escritura Pública registrada, por lo que no concurre ninguna nulidad.

Frente a los medios de defensa rotulados como "*COBRO DE LO NO DEBIDO y LÍMITE IMPUESTO EN EL ARTÍCULO 2455 DEL CÓDIGO CIVIL*", como "*la una va ligada a la otra*", la demanda se dirigió contra el actual propietario del inmueble, y si se ejerció contra este la acción real, ello era legítimo, por lo que citando la cláusula 6ª de la hipoteca, el pacto

fue para respaldar obligaciones de la hipotecante y tanto pasadas como futuras, por lo que lo asumido por la señora ARANGO se garantiza con la garantía de marras.

Como los bienes hipotecados fueron adquiridos a título de compraventa, la acción real se transmitió a la compradora hoy demandada, por lo que debe responder por lo reclamado, para lo que se apoya en la cláusula 13 hipotecaria, de la que la cifra de $20’000.000 solo fue para efectos fiscales, sin que este sea el monto del mutuo, lo que es ratificado con la carta de crédito que expidieron los acreedores, aunado que en el certificado de libertad se dice “ESPECIFICACIÓN: HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA: 0219 HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA CRÉDITO INICIAL APROBADO $20.000.000 – ESTE Y OTRO”.

De todo lo anterior concluyó en desestimar las excepciones y seguir adelante la ejecución, precisando que la obligación se limita a lo que se pueda cubrir de la obligación con el valor del inmueble dado en hipoteca.

DE LA APELACION:

La demandada apeló y sustentó en los siguientes términos:

1. “*Defecto fáctico en la valoración probatoria*”, considerando que el negocio de hipoteca es comercial por lo que la legislación aplicable es la mercantil (artículos 1570 y siguientes C. de Co.), ello si se considera la existencia de pagarés regulados por la ley comercial, aunado que quienes suscribieron el negocio causal son comerciantes. En el mismo error se incurrió en relación a la cuantía de la hipoteca ya que la misma literalmente es por $20’000.000, y así se plasmó en las matrículas inmobiliarias, por

lo que lo máximo a cobrar sería $40’000.000. También critica que el *a quo* dijera que no se probó que el dinero que recibió la ejecutada fue en calidad de mutuo, pues si así fuera no habría lugar al cobro de intereses.

Que cuando la demandada adquirió el bien (25 de agosto de 2019), estaba hipotecado desde el 23 de julio de 2018 en hipoteca abierta por $20’000.000, negocio celebrado entre comerciantes, insistiendo en que la normatividad a aplicar es la comercial.

2. “*Defectos sustantivo en la aplicación de la norma error IN JUDICANDO*”, exponiendo que se dio tratamiento de civil a un negocio comercial, concluyendo que la hipoteca adolece de nulidad absoluta por no existir certeza del monto de la deuda (parágrafo artículo 1571 C. de Co.), y tampoco existe certeza en cuanto a su exigibilidad; nulidad que no se ha saneado, siendo inexistente el contrato que preste mérito ejecutivo.

3. “*Defectos sustantivo en la aplicación de la norma error IN JUDICANDO*”, repitiendo tal intitulado agregó que al aplicarse el artículo 2455 del C. C., se confunde la legitimidad por pasiva con lo garantizado con la hipoteca, pues debió atenderse a lo dicho en el gravamen. En este punto se recalca que el negocio es comercial, y se desconoció el límite impuesto en el artículo 2455 del C. C., además que si el límite no es determinable acarrea la nulidad del contrato; aunque de todos modos, el límite lo establecieron las partes en $20.000.000,oo.

4. “*Desconocimiento del precedente judicial sin justificación*”. Apoyándose en el artículo 7º del C. G. del P., que se desatendieron diversos precedentes, comenzando por uno dimanado de esta Sala de Decisión (sentencia del 2 de julio de 2020 expediente 05129310300120170020001), el que trata del

límite de la hipoteca según el artículo 2455 del C.C., del que se pide su aplicación.

Así las cosas, no concurriendo causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, debe resolverse la alzada, previas;

CONSIDERACIONES:

INTROITO:

Satisfechos los presupuestos procesales y verificado que en la actuación procesal no se observa irregularidad que invalide lo actuado, se tienen como satisfechas las condiciones necesarias para proferir sentencia de segunda instancia.

Conforme a la competencia restringida en sede de apelación (artículo 328 C. G del P.), estando ante apelante único la Sala se circunscribirá a lo expuesto como motivos de inconformidad en atención al principio de limitación.

Entonces, dentro de lo que nos ocupa, los problemas jurídicos a resolver se formulan, así:

¿Cuál es la legislación aplicable para resolver la controversia en estudio, la civil o la comercial?

¿El gravamen garantía de la obligación en cobro debe tenerse como abierto y sin límite de cuantía, o limitado?

¿De no existir certeza del monto de la deuda genera la nulidad de la hipoteca?

DE LA ACCION EJECUTIVA HIPOTECARIA EN RECAUDO:

En el asunto en estudio se tiene que la hipoteca soporte de la acción se otorgó por Escritura Pública, cumpliéndose así lo previsto en el artículo 2434 del C. C., además que se cumple con el requisito previsto en el artículo 80 del decreto 960 de 1.970, pues del folio 20 cuaderno "*01DemandaAnexos*" del expediente digital, se trata de primera copia y cuenta con la atestación que refiere la norma en cita, punto que tampoco fue objeto de cuestionamiento. De los pagarés en sí mismos, no se puso en entredicho sus requisitos formales o sustanciales, lo que nos releva de hacer consideraciones sobre el particular[1].

---

[1] De tales requisitos la doctrina ha dicho:

"*De estas normas se deriva que los títulos ejecutivos deben gozar de dos tipos de condiciones: formales y sustanciales.*

"Las primeras exigen que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación "(i) sean auténticos y (ii) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme."

"Desde esta perspectiva, el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos.

"Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada.

"De manera que toda obligación que se ajuste a los preceptos y requisitos generales indicados presta mérito ejecutivo, por lo tanto, en el trámite de un proceso ejecutivo, el juez debe determinar si en el caso que se somete a su consideración se dan los supuestos exigidos en la norma referida." Corte Constitucional, sentencia T-747/13. 24 de octubre de 2013

En esos términos, ha de recordarse que la hipoteca es; "… *un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.*", tal como lo preceptúa el artículo 2432 del C.C., donde el gravamen es indivisible (artículo 2433 ídem).

DE LA SOLUCION AL CASO EN CONCRETO:

De la legislación aplicable para resolver la controversia:

Sobre este primer aspecto, hemos de recordar que los dos primeros artículos del C. de Co., señalan:

> *"ARTÍCULO 1o. APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.*
>
> *"ARTÍCULO 2o. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil."*

Con base en el primer supuesto normativo, ciertamente en asuntos mercantiles, como son, entre otros, los mencionados en el artículo 20 del C. de Co. (pues también está lo comprendido en el artículo 21 ibídem), para resolver las controversias que se presenten frente a los mismos ha de acudirse a la legislación comercial, posición que refuerza el artículo 22 del Estatuto de los Comerciantes, cuando dice: "*Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial*.".

Lo anterior es claro, pero también lo es que cuando la ley comercial no alcanza a abarcar o regular el punto, así sea analógicamente dentro del

mismo ordenamiento, se deberá acudir para el efecto a la legislación civil.

En nuestro asunto dice el recurrente que debió resolverse el asunto bajo la égida de la legislación comercial, pues las partes contractuales primigenias son comerciantes, se suscribieron títulos valores de los regulados en el código de comercio, y el negocio causal fue el de mutuo con intereses, aspectos todos estos regulados por el C. de Co..

En principio tendría razón el recurrente; sin embargo, al observar la normatividad comercial de la hipoteca, la misma se circunscribe a la de embarcaciones, para lo que basta ver los artículos 1570 al 1577 del Estatuto Comercial, regulación que hace parte del denominado "*crédito naval*", normas han de verse en armonía con los artículos 1446, 1449, 1456, 1471 y 1501.7.b., de la misma obra.

Claro que el C. de Co. también regula la hipoteca de aeronaves (artículos 1904 a 1907), bienes estos muy diferente al que nos ocupa, por lo que son aplicables las consideraciones atrás hechas en relación a las naves.

Si lo anterior es así, tratándose de hipoteca de inmuebles no es la legislación mercantil la llamada a fijar las reglas para resolver el caso, por lo que hemos de acudir a la legislación civil para el efecto, pues así se desprende precisamente del artículo 2º del C. de Co..

Por ende, el primer punto de impugnación está llamado al fracaso, concluyéndose parcialmente que la legislación aplicada por el *a quo* para resolver el caso fue la adecuada, ya que el límite que prevé el numeral 2º del artículo 1571 del C. de Co., es imperativo pero tratándose de hipotecas sobre embarcaciones.

Sobre si el gravamen garantía de la obligación era o no abierto:

Para resolver este reparo, primero definamos la diferencia entre la hipoteca abierta y la limitada en la cuantía. Sobre ello la Corte Constitucional aludiendo al artículo 2438 del C. Civil, ha indicado:

> *"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".* (las subrayas no son del texto original)

"Con fundamento en esta disposición, la doctrina jurídica ha aceptado uniformemente el otorgamiento de la llamada *"hipoteca abierta"*, también denominada *"cláusula de garantía general hipotecaria"*, muy utilizada en sus operaciones de crédito por las entidades financieras, en virtud de la cual se garantizan obligaciones indeterminadas en cuanto a su naturaleza, es decir, todo tipo de obligaciones, que pueden ser puras y simples o sometidas a plazo o condición, actuales o futuras, civiles o comerciales, etc., que haya contraído o contraiga la persona señalada en ella. Entre dichas obligaciones se destacan las futuras, cuya existencia condiciona la eficacia de la hipoteca.

"Dicha forma de garantía se contrapone a la hipoteca *"especial"* o *"cerrada",* que solamente garantiza una o más obligaciones determinadas en el acto de constitución de aquella."" Cursivas y subrayados dentro del texto. Corte Constitucional Sentencia T-321/04.

Sobre el mismo punto la Corte Suprema de Justicia, haciendo un recuento de sus propios precedentes, ha indicado:

"Al respecto, sobre la garantía hipotecaria, la Corte ha considerado que:

> *"«*[E]*s una prestación de seguridad (praes, garante; tare, estar como), esto es, un deber de certeza, certidumbre y seguridad frente a determinados riesgos cuya ocurrencia, efectos y consecuencias se cubren, amparan o garantizan (arts. 2361 ss. C.C.; 2455 y 1219 C. de Co.; Cas. 31 de mayo 1938, XLVI, p. 572; 5 de marzo de 1940, XLIX, 177; Cas. Civ. 7 de junio de 1951, LXIX, 688; 27 de noviembre de 1952, LXXXIII, 728; 12 de julio de 1955, LXXX, 688; 30 de noviembre de 1955, XLIII, 178 ss.; Cas. 21 mayo 1968 CXXIV, p. 174; 11 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; 30 de enero de 2001, no publicada 27 febrero de 1968, CXXIV, 32).*

"La acción real inherente a la hipoteca se dirige contra el propietario poseedor actual del bien, quien no siendo deudor de la obligación principal, sea porque adquirió la cosa con posterioridad, ora porque amparó una deuda ajena, contrae frente al acreedor una responsabilidad sin débito propio limitada a la cosa gravada, el valor del crédito y sus accesorios, pudiendo 'abandonársela, y mientras no se haya consumado la adjudicación, de recobrarla, pagando el monto de la obligación y los gastos que este abandono hubiere causado', pues 'no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado' y 'no habrá acción personal contra él si no se ha sometido expresamente a ella' (art. 2454 C.C.); siendo deudor, el acreedor puede ejercer en su contra, ya la acción personal como quirografario con posibilidad de perseguir todo el patrimonio debitoris, ya la acción real como preferencial, bien acción mixta conjuntamente (arts. 28, Ley 95 de 1890 subrogatorio del art. 2449 y 1583 [1], 2418, 2452 Código Civil y 554 [3] C. de P.C.; Cas. Civ..15 diciembre de 1936, XLIV, 541 y 542; 19 de mayo de 1937, XLV, 118 y 13 de agosto de 1946, LXII, 59; 27 febrero de 1968, CXXIV, 32).

"Las precedentes referencias a la regulación legal del contrato hipotecario, son útiles para desentrañar el recto entendimiento del artículo 2455 del Código Civil cuya errónea interpretación se enrostra al sentenciador, pues, la intentío legis, ratio o mens legis de un precepto no puede auscultarse en forma aislada del contexto sino con fundamento en todos los factores per incidens, a su pertenencia previniendo, ya una significación legislativa deficiente (lex mínus voluit, quam dixit) o más de cuanto se quería (lex plus dixít, quoam voluit), en tanto lex, ubi voluit, dixít,- ubi noluít tacuít (la ley, cuando quiso decir, dijo; cuando no quiso, calló).

"El de hipoteca, según se puntualizó, tiene por función práctica o económica social garantizar el cumplimiento de una obligación principal a la cual accede.

"El rasgo característico de la relación obligatoria es su objeto, rectíus, prestación (praes tare, A. GUARINO, Díritto privato romano, Jovene, Napoli, 1981, No. 74. 2, p. 693; G. GROSSO, Obligazioní, Contenuto e requisíti della prestazione, 3a. ed. Torino, s.d., 1970, pp. 33 ss.; ID. Las obligaciones, contenido y requisitos de la prestación, trad. Esp. M. TALAMANCA Obbligazioni -diritto romano-, en Enc. del Díritto, XXIX, Milano, 1979, pp. 1 y ss.), esto es, 'lo que debe el deudor', deber de conducta positivo (facere) o negativo (non facere) proyectado sobre cosas o servicios (POTHIER, Tratado de las obligaciones, trad. esp. SIVIS, Madrid, s.d. Nos. 129 ss.), que podrá ser de garantía, exigible desde su constitución (pura o simple) o en cierto plazo (término simple o esencial) o luego de determinada contingencia (condición).

"La prestación debe observar requisitos mínimos concernientes a su posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad y, alguna doctrina, agrega su patrimonialidad. La posibilidad física y jurídica de la prestación, concierne a su ejecución, esto es, cuando es susceptible de verificarse u observarse conforme a la naturaleza y al ordenamiento jurídico. En tal sentido, según el artículo 1518 Código Civil, sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan' y, de ordinario, se supone la existencia actual (in rerum natura), mas nada se opone a la futura, así el artículo 1869 Código Civil, relativo a la compraventa aplicable por analogía legis a la prestación- permite la venta de cosas que no existen cuya existencia se espera y sujeta a la condición de existir (reí speratae) , salvo que se exprese otra cosa o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte' (rel speí), es decir, en el primer caso, la existencia es una condición (condicío jurís, naturalia negotía) y, en el segundo, la eventualidad, riesgo, alea o esperanza (spes) es bastante.

> *"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 (arbitríum boni víri),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, 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).*
>
> *…*
>
> "6.Bajo esa perspectiva, no cabe duda de que en el caso bajo estudio las partes pactaron una hipoteca abierta sin límite de cuantía, la cual, como ya se dijo, tiene por objeto garantizar obligaciones pasadas o futuras, determinadas o determinables, de manera que, contrario a lo considerado por el Juzgado accionado, esa garantía también amparaba los créditos representados en los pagarés objeto de recaudo…". Citas y cursivas dentro del texto, subrayado intencional. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. Sentencia STC1613-2016. Rad. 05001-22-03-000-2015-00848-01. 11 febrero de 2016.

Tan copiosa jurisprudencia, nos sirve para dilucidar si la hipoteca soporte del recaudo era o no abierta. Para el efecto no existe opción diferente a rever las cláusulas contractuales.

En la cláusula SEXTA se indicó:

> *"Que esta hipoteca tiene por objeto garantizar a ÁLVARO ENRIQUE FERNÁNDEZ TAMAYO y LUZ BEATRIZ DE FÁTIMA MORENO GAVIRIA cualquier obligación presente o futura que por cualquier concepto tuviere la hipotecante, individualmente o conjuntamente o en unión de otras personas naturales o jurídicas a favor o a la orden de ÁLVARO ENRIQUE FERNÁNDEZ TAMAYO y LUZ BEATRIZ DE FÁTIMA MORENO GAVIRIA ya sea que consten en pagarés, letras de cambio o cualquier otro título. Esta garantía respalda a ÁLVARO ENRIQUE FERNÁNDEZ TAMAYO y LUZ BEATRIZ DE FÁTIMA MORENO GAVIRIA no solamente el capital de las obligaciones garantizadas y sus intereses remuneratorios y moratorios, sino los gastos de cobranza si fuere el caso y demás accesorios no computables como intereses legalmente aplicables sobre las deudas aquí caucionadas. Esta hipoteca respalda obligaciones contraídas por la deudora no sólo con anterioridad a la fecha de esta escritura, sino las que contraiga en lo sucesivo hasta su total cancelación".*

La anterior cláusula, deja en claro que la hipoteca era abierta pues se dejó la posibilidad de garantizar "*cualquier obligación presente o futura que por cualquier concepto tuviere la hipotecante*", por lo que aplicando la regla de prevalencia de la intención (artículo 1618 C.C.), a ello debemos atenernos, además que esa es la interpretación que debe darse en los términos del artículo 1620 ibídem, pues ese era el efecto que se perseguía, por lo que no por nada los instrumentos en cobro se suscribieron posteriormente.

Es más, también ello es lo que se ajusta dentro de una interpretación sistemática (artículo 1622 ibídem), pues en el mismo instrumento se dejó por sentado, que:

> *"DÉCIMO TERCERO: (…) b) Que obrando en la calidad antes indicada aceptan la presente escritura, hipoteca abierta de primer grado y sin límite de cuantía, que por medio de ella se constituye a su favor por CATALINA ARANGO LOPERA y todas las demás estipulaciones que se hacen constar en este instrumento a su favor. "Con el fin de dar cumplimiento a lo exigido por la Resolución Nro. 0858 del 31 de enero de 2018 de la Superintendencia de Notariado y Registro y con el objeto de liquidar los derechos notariales y de registro, se protocoliza la carta de crédito por medio de la cual ÁLVARO ENRIQUE FERNÁNDEZ TAMAYO y LUZ BEATRIZ DE FÁTIMA MORENO GAVIRIA certifican que el crédito otorgado a CATALINA ARANGO LOPERA es por la suma de "VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($20.000.000), el cual será garantizado con hipoteca abierta sin límite de cuantía. Es entendido que el valor antes indicado se fija solo para efectos estrictamente fiscales…*".

Como se puede ver, la atestación relacionada con una suma de dinero, $20'000.000.oo, solo era para efectos fiscales, pues como se sabe, por esos actos escriturales se pagan derechos notariales y contribuciones fiscales, las cuales necesitan de una base para su liquidación, pero sin que con ello, con la literalidad atrás relacionada, se desdibuje que se trata de una garantía abierta.

Ahora, en cuanto a la atestación que se hace en nota de la misma fecha -23 julio de 2018- anexa al acto escritural (ver folio 19 cuaderno "01DemandaAnexos" expediente digital), queda en claro que hubo un crédito por $20'000.000,oo en favor de la señora ARANGO, pero ahí mismo se itera que la hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, y de ese valor, se insiste es "*solo para efectos estrictamente fiscales*"[2].

Refuerza la anterior idea la correspondiente anotación -14, folio 32 cuaderno "01DemandaAnexos" expediente digital-, realizada en el registro inmobiliario, según la cual se reseñó: "*ESPECIFICACIÓN: HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA: 0219 HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA CRÉDITO INICIAL APROBADO $ 20.000.000 – ESTE Y OTRO*".

La anterior consiste en la publicidad del acto para que los eventuales adquirientes tuvieran de presente que sobre los predios de marras existía "*HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA*", donde el monto anotado era un crédito inicial que en nada se oponía que se constituyeran obligaciones futuras.

Entonces, si la hipoteca se constituyó el 23 julio de 2018, las obligaciones en cobro se asumieron esa misma fecha, el registro de la hipoteca lo fue el día 31 de ese mismo mes y año, y la hoy demandada adquirió los inmuebles el 26 de agosto de 2019, resulta claro que era la llamada a responder por la acción hipotecaria, pero sobre todo, estaba informada del gravamen con las características ya anotadas.

---

[2] En tal documento se anotó: "*ÁLVARO ENRIQUE FERNÁNDEZ TAMAYO y LUZ BEATRIZ MORENO GAVIRIA, mayores de edad, domiciliados en Medellín, identificados con las cédulas de ciudadanía números 70.084.300 y 32.539.450, respectivamente, y con el fin de dar cumplimiento a lo exigido por la Resolución Nro. 0858 del 31 de enero de 2018 de la Superintendencia de Notariado y Registro, certificamos: "Que el crédito otorgado a CATALINA ARANGO LOPERA, mayor de edad, domiciliada en Medellín, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.020.425.832, es por la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($ 20.000.000) el cual será garantizado con HIPOTECA ABIERTA Y SIN LÍMITE DE CUANTÍA. "Es entendido que el valor antes indicado se fija sólo para efectos estrictamente fiscales…*".

En este punto se queja el recurrente que el *a quo* no atendió el precedente dimanado de esta misma Sala de Decisión calendado el 2 de julio de 2020 y proferido en el proceso 05129310300120170020001.

Pues bien, los supuestos fácticos que se contemplaron en aquel precedente horizontal, son diferentes a los que nos ocupan, ya que en aquella ocasión en la correspondiente cláusula contractual se expresó que la garantía sería hasta por $100’000.000,oo, lo que constituye una limitación que es ajena en las presentes tal como se ha explicado, lo que en su momento nos llevó a indicar que:

> *“… con lo que se limitó la misma, sin que se pueda concluir que la denominación de hipoteca abierta implique per se cuantía indeterminada, pues se itera, la característica de abierta corresponde a la pluralidad de obligaciones que se convienen respaldar, y esa pluralidad de acreencias a su vez se pueden limitar o no en la cuantía, siendo lo primero lo que se aconteció en el sub judice.”*

Por ello concluimos que al “*posterior adquirente del inmueble no se le podían cobrar sumas de dinero que excedieran el valor pactado en la hipoteca, puesto que las mismas no se encontraban respaldadas con la mencionada garantía, dada la limitación pactada por quien en principio la otorgó, y en ese sentido solo estaría obligado a responder por la suma convenida en el instrumento público con sus respectivos intereses*.”, cuestión diferente a la que nos ocupa en la que se aclaró que la hipoteca era abierta y en cuantía indeterminada.

Es más, diferente a lo que hoy nos ocupa, en aquella ocasión expusimos:

> *“Refuerza la anterior idea el mismo certificado de libertad allegado con la acción, en que en su anotación No. 23 dice que el valor del acto es la suma antes mencionada, es decir $100’000.000,oo, información pública que también ampara a los posteriores*

> *adquirentes de un predio, que si bien lo adquieren con los gravámenes que los mismos tengan, también están amparados en las condiciones que lo están haciendo de cara a posteriores acciones."*

Ya podemos responder el problema jurídico que corresponde a este intitulado. La hipoteca garantía de la obligación en cobro, se constituyó como abierta y sin límite de cuantía, por lo que el cobro se ajusta al ordenamiento jurídico. En ese sentido, el reproche en estudio no está llamado a prosperar.

De la nulidad de la hipoteca:

Lo anterior se esgrimió arguyéndose lo incierto del monto de la deuda. Al respecto no se puede confundir que la hipoteca es un derecho accesorio que garantiza una obligación principal (artículos 2432 y 2433 C.C.), obligación que de cara al caso en estudio está incorporada en los pagarés objeto de recaudo los cuales son claros en este aspecto y no fueron redargüidos de manera alguna, ni se trató como puntos de inconformidad en relación a la decisión de primera instancia.

Otra cosa es que la hipoteca fuera abierta y sin límite de cuantía, cosa que ya se dilucidó, pero ello no enerva la ejecución al satisfacerse el requisito claridad en cuando al monto de lo cobrado. Si ello es así, no hay nulidad alguna, pues si a lo que se refiere el recurrente es a "*la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos*" (aparte del artículo 1741 C.C.), el constituirse una hipoteca abierta y sin límite de cuantía, no va contra tal prohibición; por ende, el cargo tampoco prospera[3].

---

[3] Se reitera que la hipoteca debe otorgarse por escritura pública (artículo 2434 C. C.), cuestión que satisface la arrimada con la acción, además de cumplir el requisito previsto en el artículo

CONCLUSION:

Considerando que tratándose de una acción ejecutiva hipotecaria y que la demanda se dirigirá contra "*el actual propietario del inmueble*" (artículo 468 C.G. del P.) siendo una hipoteca abierta y sin límite de cuantía, y como quiera que los instrumentos base del recaudo cumplen con los requisitos exigidos para cobrar la obligación por la vía escogida, se debe seguir con el remate de los inmuebles objeto de la hipoteca.

Finalmente, en cuanto a costas en esta instancia, se condenará en ellas al recurrente tal como lo prevé el artículo 361.1 del C. G. del P., fijándose como agencias en derecho en cuanto a esta instancia corresponde, el equivalente a UN (1) SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE en favor de la parte actora y en contra de la demandada recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia anticipada calendada el veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Envigado, según lo motivado.

---

80 del decreto 960 de 1.970, pues se trata de primera copia y cuenta con la atestación que refiere la norma en cita.

SEGUNDO: Se CONDENA en costas en esta segunda instancia a la parte demandada y recurrente, fijándose como agencias en derecho en cuanto a esta instancia corresponde, el equivalente a UN (1) SALARIO MINIMO LEGAL MENSAUAL VIGENTE en favor de la parte actora.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia actuación al *a quo* para lo de su cargo.

Notifíquese;

JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO

SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
MAGISTRADO

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO