

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

MAGISTRADO PONENTE	: PABLO IGNACIO VILLATE MONROY
CLASE PROCESO	: EJECUTIVO
DEMANDANTE	: JAIRO FARÍAS GUERRERO Y OTRO
DEMANDADO	: INVERSIONES COMASO S.A.S. Y OTROS
RADICACIÓN	: 25269-31-03-001-2019-00039-01
APROBADO	: ACTA No. 17 DE 17 DE SEPTIEMB. DE 2020
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

Bogotá D. C., veintinueve de septiembre de dos mil veinte.

De conformidad con lo dispuesto el Decreto Legislativo No. 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir el recurso de de apelación formulado por el demandado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA a través de su apoderado, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá (Cund.), el día 20 de noviembre de 2019, que ordenó seguir adelante la ejecución.

I. ANTECEDENTES:

JAIRO FARÍAS GUERRERO y JORGE ENRIQUE MEJÍA BUILES, a través de apoderado, demandaron por los trámites del proceso EJECUTIVO a INVERSIONES COMASO S.A.S., OSCAR DE LA PAVA PEÑA y OSCAR DE LA PAVA GUEVARA, con el fin de obtener el pago de las sumas de dinero relacionadas en la demanda, contenidas en los pagarés presentados como títulos ejecutivos, más los intereses moratorios sobre cada uno de los rubros, a la tasa

máxima legal aplicable, liquidados desde que cada una se hizo exigible, hasta el pago de la obligación (Fls. 45 a 51 C-1).

TRÁMITE:

En proveído de fecha 1 de septiembre de 2016 (Fl. 52), se libró mandamiento ejecutivo en la forma solicitada; notificados los demandados, a través de apoderado judicial, contestaron la demanda oponiéndose a sus pretensiones, formulando las siguientes excepciones: "DOBLE COBRO DE LO DEBIDO", "PLEITO PENDIENTE", "PREJUDICIALIDAD" y "ABUSO DEL DERECHO" (Fls. 55 a 59, 102 a 106 y 111 a 115 C-1).

Por auto de fecha 11 de mayo de 2017, no se tuvo en cuenta la contestación de la demanda de la sociedad INVERSIONES COMASO S.A.S., por cuanto fue extemporánea (Fl. 120 C-1).

Practicadas las audiencias de los artículos 372 y 373 del C.G.P., se dictó la sentencia motivo de apelación (Fls. 149, 288, 289, 296 y 297 C-1).

II. LA SENTENCIA APELADA:

La señora Juez de primera instancia, tras encontrar presentes los presupuestos procesales y el título ejecutivo, procedió al análisis de las excepciones y consideró que ninguna de ellas prosperaba por lo que ordenó seguir adelante con la ejecución como se dispuso en el mandamiento de pago; de otro lado advirtió que si bien el apoderado del demandado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA en sus alegatos de conclusión expuso que la cesión de hipoteca no se inscribió en el correspondiente registro y por lo tanto le es inoponible al citado, lo

cierto es que los acreedores persiguen el inmueble hipotecado del cual es titular de derecho real el demandado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido, el demandado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA por conducto de su apoderado formuló recurso de apelación señalando que la cesión de la hipoteca se hizo mediante documento privado y autenticado, pero que no fue inscrito en el correspondiente registro para producir efectos respecto de terceros; que OSCAR DE LA PAVA GUEVARA es un tercero ajeno al contrato inicial, quien adquirió el predio hipotecado sin que se hubiera registrado la cesión de hipoteca como lo ordena el artículo 888 del Código de Comercio, dado que la demandada INVERSIONES COMASO S.A.S., es una sociedad comercial, el demandante JORGE ENRIQUE MEJÍA BUILES es comerciante y el demandante JAIRO FARÍAS GUERRERO es empresario según su dicho en la escritura pública de hipoteca, por lo que si el acto es mercantil, se rige por las normas del Código de Comercio, motivo por el cual los demandantes carecen de legitimación en la causa.

Concedido y tramitado en legal forma el recurso interpuesto, procede la Sala a resolverlo previas las siguientes

IV. CONSIDERACIONES:

PRESUPUESTOS PROCESALES:

Revisado el plenario se establece que los elementos necesarios en toda relación jurídico - procesal para su plena validez se encuentran presentes; pues

por la naturaleza y cuantía del asunto, así como por la calidad de las partes, la competencia se encuentra asignada al señor Juez de primer grado; los extremos del debate han acreditado la capacidad para ser parte y capacidad procesal y la demanda que dio origen al proceso reúne los requisitos de forma que para el caso la ley exige.

También se advierte que no existe en el plenario motivo de nulidad que pueda invalidar todo o parte de lo actuado, pues se observa que los diferentes actos procesales se cumplieron con arreglo a las normas que los gobiernan.

LA ACCIÓN:

Con la demanda génesis del presente asunto se ejerce la acción ejecutiva, instituida por el artículo 422 del Código General del Proceso, cuya finalidad jurídica se orienta a obtener el cumplimiento de una prestación tutelada por la ley sustancial.

Atendiendo las orientaciones normativas del precepto en referencia, se sabe que para la procedencia de esta clase de acción, es necesario que quien la promueve presente con la demanda prueba documental de la existencia de la obligación reclamada, que provenga del deudor o su causante y que aquélla emerja de manera clara, expresa y exigible.

CASO CONCRETO:

Se trata en el presente caso de acción ejecutiva, mediante la cual JAIRO FARÍAS GUERRERO y JORGE ENRIQUE MEJÍA BUILES, a través de apoderado, pretenden obtener de la sociedad INVERSIONES COMASO S.A.S., OSCAR DE LA PAVA PEÑA y OSCAR DE LA PAVA GUEVARA, el pago de las sumas de dinero relacionadas en las pretensiones de la demanda, contenidas en los pagarés allí indicados, más los intereses de mora causados.

La sentencia motivo de apelación, declaró no probadas las excepciones planteadas por la parte demandada, en virtud de lo cual ordenó seguir adelante la ejecución, como se dispuso en el mandamiento de pago, precisándose que si bien en los alegatos de conclusión el apoderado del demandado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA advirtió que la cesión de la hipoteca no fue inscrita en el correspondiente registro, por lo que no le es oponible, lo relevante es que los acreedores persiguen el inmueble hipotecado del cual es titular de derecho real el demandado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA.

Discrepa el ejecutado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA de dicha decisión, señalando que se configura una falta de legitimación en la causa, ya que la cesión de la hipoteca no fue inscrita en el correspondiente registro como lo ordena el artículo 888 del Código de Comercio, por lo que no surte efectos frente a terceros, sumado a que INVERSIONES COMASO S.A.S., es una sociedad comercial, el demandante JORGE ENRIQUE MEJÍA BUILES es comerciante y el demandante JAIRO FARÍAS GUERRERO es un empresario, por lo que si el acto es mercantil, se rige por las normas del Código de Comercio.

Siendo este el argumento del apelante procede la Sala a resolverlo en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 328 C.G.P.

Sea lo primero precisar que el ejecutado OSCAR DE LA PAVA GUEVARA, cuando contestó la demanda no formuló la excepción de legitimación en la causa, bajo el argumento antes esbozado, nótese que tal reparo lo presentó en la etapa de alegatos de conclusión, argumento sorpresivo frente al cual no se pudo defender la parte ejecutante, lo cual violaría su debido proceso.

Y si bien el inciso 4° del artículo 281 del C.G.P dispone que: *"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del*

*derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, **ocurrido después de haberse propuesto la demanda**, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.*" (Resaltado por el Tribunal), advierte la Sala que el hecho alegado por el apelante no cumple con el presupuesto establecido en la norma citada, valga decir, que haya "*ocurrido después de haberse propuesto la demanda*", véase que la cesión de hipoteca se efectuó el 24 de agosto de 2016 (Fl. 32 C-1) y la demanda se presentó el 31 de agosto de 2016 (Fl. 45 C-1).

Empero al margen de lo anterior, encuentra la Sala que el argumento traído por el apelante a último momento, valga decir, que la cesión de hipoteca no fue inscrita en el correspondiente "registro" como lo ordena el artículo 888 del Código de Comercio, por lo que no surte efectos frente a terceros, no cuenta con respaldo jurídico para revocar la sentencia de primera instancia, como pasa a verse:

Para empezar, se observa que el apelante se refiere al "registro", alegando que el acto es **mercantil** por lo que se debe regir por las normas del Código de Comercio y frente a ello observa la Sala que el artículo 26 del Código de Comercio dispone:

"ARTÍCULO 26. El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.

El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos."

Al paso, el artículo 28 del Código de Comercio establece:

"ARTÍCULO 28. Deberán inscribirse en el registro mercantil:

- 1) Las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, quienes lo harán dentro del mes siguiente a la fecha en que inicien actividades;
- 2) Las capitulaciones matrimoniales y las liquidaciones de sociedades conyugales, cuando el marido y la mujer o alguno de ellos sea comerciante;
- 3) La interdicción judicial pronunciada contra comerciantes; las providencias en que se imponga a estos la prohibición de ejercer el comercio; los concordatos preventivos y los celebrados dentro del proceso de *quiebra*; la declaración de *quiebra* y el nombramiento de síndico de ésta y su remoción; la posesión de cargos públicos que inhabiliten para el ejercicio del comercio, y en general, las incapacidades o inhabilidades previstas en la ley para ser comerciante;
- 4) Las autorizaciones que, conforme a la ley, se otorguen a los menores para ejercer el comercio, y la revocación de las mismas;
- 5) Todo acto en virtud del cual se confiera, modifique o revoque la administración parcial o general de bienes o negocios del comerciante;
- 6) La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración
- 7) Los libros de registro de socios o accionistas, y los de actas de asamblea y juntas de socios.
- 8) Los embargos y demandas civiles relacionados con derechos cuya mutación esté sujeta a registro mercantil;
- 9) La constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales, así como la designación de representantes legales y liquidadores, y su remoción. Las compañías vigiladas por la Superintendencia de Sociedades deberán cumplir, además de la formalidad del registro, los requisitos previstos en las disposiciones legales que regulan dicha vigilancia, y
- 10) Los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordene la ley."

Como se aprecia, no hay norma positiva que ordene que la cesión de hipoteca deba inscribirse en el registro mercantil; no obstante, el apelante alega que se debe observar lo previsto en el artículo 888 del Código de Comercio, por ello, la Sala precisa, que si bien tal norma dispone que: "...*Si el contrato consta*

en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado, previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro", es imperioso entender que tal disposición se refiere a los contratos mercantiles del artículo 887 del Código de Comercio y por el contrario, la hipoteca sobre inmuebles es una GARANTÍA REAL, sometida a la reglamentación del Código Civil. Recordemos que el Código de Comercio únicamente regula la hipoteca sobre embarcaciones (art. 1570) y sobre aeronaves (art. 1904).

Cabe precisar, que la hipoteca se debe registrar en la oficina de registro instrumentos públicos correspondiente, pues así lo ordena el artículo 2435 del Código Civil, amén de lo previsto en la Resolución No. 6007 de 13 de mayo de 2019 de la Superintendencia de Notariado y Registro *"por la cual se inhabilitan, modifican y se ordena crear unos códigos de especificación para los actos objeto de inscripción en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y se ordenan otras disposiciones"*, por medio de la cual se asignan los códigos registrales de los actos sometidos al registro inmobiliario. En relación con la hipoteca, dicha resolución asigna los siguientes códigos registrales: a la AMPLIACIÓN DE HIPOTECA el código 0201, a la HIPOTECA el código 0203, a la HIPOTECA ABIERTA el código 0204, a la HIPOTECA CON CUANTÍA INDETERMINADA el código 0205, a la HIPOTECA DE BIENES EN USUFRUCTO el código 0206, a la HIPOTECA DE DERECHOS Y ACCIONES el código 0207, a la HIPOTECA DE GANANCIALES el código 0208, a la HIPOTECA DE MINAS CON ANTECEDENTE REGISTRAL el código 0209, a la HIPOTECA DE UNIDAD AGRÍCOLA FAMILIAR el código 0210, a la HIPOTECA DERECHOS DE CUOTA el código 0211, a la HIPOTECA NUDA PROPIEDAD el código 0213 y a la HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA el código 0219.

En la detallada asignación de códigos registrales contenida en la citada resolución, no aparece como sujeta a registro inmobiliario la CESIÓN DE HIPOTECA. De todo lo anterior se concluye, que la cesión de hipoteca no está sujeta a registro mercantil ni a registro inmobiliario, pues no hay norma positiva que así lo disponga.

No sobra recordar además, que el artículo 2452 del Código Civil señala que: *"La 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."* En este proceso el propietario del inmueble hipotecado es el demandado, hoy apelante, OSCAR DE LA PAVA GUEVARA.

En este orden de ideas, no prosperan los argumentos que sirven de fundamento a la inconformidad del apelante, por ende, la sentencia apelada será confirmada, y se condenará al apelante al pago de costas procesales de segunda instancia (art. 365 – 1° C.G.P.).

V. DECISIÓN:

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala Civil - Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

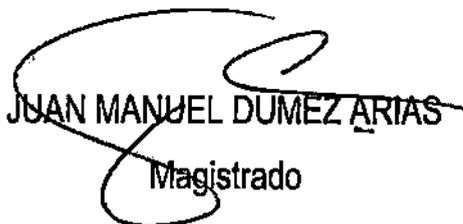
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá (Cund.), el día 20 de noviembre de 2019.

SEGUNDO: Condenar al apelante en costas de segunda instancia.
Líquidense por el juzgado de primera instancia con base en la suma de
\$2.000.000 como agencias en derecho.

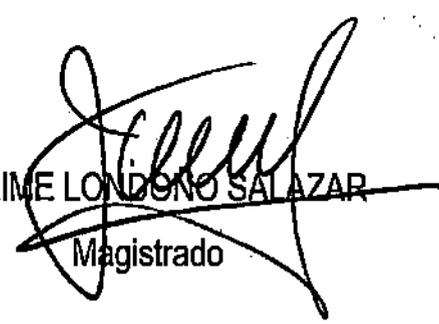
CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

Pablo I. Villate M.
PABLO IGNACIO VILLATE MONROY

Magistrado


JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS

Magistrado


JAIME LONDONO SALAZAR

Magistrado