



Proceso	Ejecutivo hipotecario
Demandante	Bancolombia S.A.
Demandado	Banco Davivienda S.A.
Radicado	No. 05266-31-03-002-2019-00286-01
Procedencia	Juzgado 2º Civil del Circuito de Oralidad de Envigado
Instancia	Segunda
Ponente	Luís Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 028
Decisión	Revoca parcialmente
Tema	Títulos valores
Subtemas	Obligaciones garantizadas con hipoteca. Obligaciones que garantiza la hipoteca. Extinción de la hipoteca. Jurisprudencia.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISION CIVIL

Medellín (Ant.), doce de diciembre de dos mil veintidós

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo, contra la sentencia proferida por el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE ENVIGADO (ANT.)**, en el proceso ejecutivo hipotecario

instaurado por **BANCOLOMBIA S.A.**, contra **BANCO DAVIVIENDA S.A.**

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: El demandante solicita librar mandamiento de pago a su favor y en contra de la demandada por: (i) pagaré No. 600082751 por \$128.181.828,00, más intereses de mora a la tasa del 26.01% o a la máxima legal permitida desde el 27 de septiembre de 2018 hasta su pago total; (ii) pagaré No. 6000082420 por \$39.554.842,00, más intereses de mora a la tasa del 25.81% o a la máxima legal permitida desde el 20 de octubre de 2018 hasta su pago total; (iii) pagaré No. 600082241 por \$15.977.614,00, más intereses de mora a la tasa del 25.81% o a la máxima legal permitida desde el 22 de octubre de 2018 hasta su pago total; (iv) pagaré No. 600082715 por \$43.968.856,00, más intereses de mora a la tasa del 25.64% o a la máxima legal permitida desde el 07 de noviembre de 2018 hasta su pago total; (v) pagaré sin número por \$17.551.092,00, más intereses de mora a la tasa del 25.64% o a la máxima legal permitida desde el 07 de noviembre de 2018 hasta su pago total; (vi) pagaré No. 3100091170 por \$14.658.748,00, más intereses de mora a la tasa máxima legal permitida desde el 28 de febrero de 2019 hasta su pago total y, (vii) pagaré sin número por \$41.794.921,00, más intereses de mora a la tasa máxima legal permitida desde el 26 de enero de 2019 hasta su pago total; así mismo, se ordene la venta en pública subasta de los inmuebles objeto del gravamen hipotecario para el pago de la

acreencia; por último solicita, se condene en costas a la parte demandada.

Elementos fácticos: El señor Gabriel Ignacio Barrera Uribe suscribió a favor del demandante los primeros seis (6) pagarés a que se contraen las pretensiones de la demanda y, la señora María Angélica Baquero Daza, suscribió el otro pagaré; los señores Barrera Uribe y Baquero Daza, garantizaron todas las obligaciones contraídas con Bancolombia S.A. con hipoteca abierta sin límite de cuantía, contenida en la escritura pública 5686 del 06 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría Quince de Medellín, constituida sobre el apartamento 0805, parqueadero 02017 y cuarto útil 04055, ubicados en el conjunto de uso mixto Misoni P.H., localizado en la carrera 43A No. 63 Sur – 120 del municipio de Sabaneta (Ant.); distinguidos con las matrículas inmobiliarias Nos. 001-1203410, 001-1203016 y 001-1203217, cuyo propietario inscrito es el Banco Davivienda S.A.; por último, afirma que en los reseñados pagarés consta una obligación clara, expresa y exigible y, por lo tanto, prestan mérito ejecutivo.

Mandamiento de pago: Se libró el 26 de septiembre de 2019; la demandada se tuvo por notificada por conducta concluyente por auto del 29 de julio de 2020; quien replicó la demanda, se opuso a las pretensiones y como medios de defensa propuso los siguientes: **i) novación del crédito genitivo y por ende la extinción de la garantía hipotecaria de la que dimana el derecho real de persecución; ii) extinción de la garantía hipotecaria**

como consecuencia del pago del crédito de vivienda y, iii) ausencia de relación de causalidad en los pagarés arrimados con la demanda y el crédito original que da origen a la hipoteca (crédito de vivienda).

SENTENCIA: Se profirió el 16 de diciembre de 2020, con la siguiente resolución:

"PRIMERO: Ordenar seguir adelante la ejecución a favor de BANCOLOMBIA S.A., y en contra BANCO DAVIVIENDA S.A., para que con el producto de los bienes dados en hipoteca, embargados, secuestrados y valuados, se pague el capital, sus intereses y las costas de este proceso.

"SEGUNDO: Declarar infundadas las excepciones propuestas.

"TERCERO: Condenar en costas a la demandada; al liquidarse por secretaría, inclúyanse por concepto de agencias en derecho la suma de \$11.000.000.

"CUARTO: Autorizar a las partes para que a partir de la ejecutoria de la presente decisión se liquide el crédito en la forma prevista en el artículo 446 del Estatuto Procesal".

Para esta decisión indica que los siete (7) pagarés adosados al proceso cumplen con las exigencias de los arts. 621 y 709 del C. de Comercio; las excepciones formuladas no contienen ningún sustento en cuanto a la formalidad de los títulos valores, ni tampoco frente al contenido de las obligaciones, ni a la forma como fueron llenados o a la existencia o violación

de la carta de instrucciones, no surtiendo ningún efecto los cuestionamientos frente al incumplimiento de esos requisitos; advierte, que las obligaciones que adquirieron Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza están respaldadas con la hipoteca contenida en la escritura pública 5686 del 06 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría Quince de Medellín, con la cual los obligados constituyeron hipoteca abierta a favor de Bancolombia sobre los inmuebles distinguidos con las matrículas inmobiliarias 001-1203410, 001-1203016 y 001-1203217 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín; estos documentos contienen una obligación clara, expresa y exigible, de donde Davivienda S.A., como actual propietaria de los bienes objeto del gravamen hipotecario, es deudor de Bancolombia S.A., de los saldos insolutos de los pagarés base de la ejecución con sus correspondientes intereses.

Frente al contenido de los pagarés, la hipoteca y los medios exceptivos propuestos señala que se tiene que resolver conforme al acuerdo de las partes, que está contenido en la escritura de hipoteca, que prueba que los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza garantizaron todas las obligaciones contraídas con Bancolombia, mediante la constitución de hipoteca sobre el apartamento 805, parqueadero 2017 y cuarto útil 4055, que hacen parte del conjunto de uso mixto Misoni P.H., ubicado en la carrera 43A No. 63Sur -120 del Municipio de Sabaneta, distinguidos con las matriculas inmobiliarias 001-1203410, 001-1203016 y 001-1203217; el otro aspecto objeto de discusión en el proceso, es que se demostró que por escritura

pública 760 del 07 de febrero de 2017, Davivienda S.A., adquirió dichos inmuebles y es su actual propietaria conforme a las matrículas inmobiliarias traídas al proceso; con ello resulta claro que quien adquiere un inmueble con hipoteca debe responder por ese gravamen, de manera que Davivienda al adquirir los bienes con hipoteca registrada asumió las obligaciones que tenían quienes para ese entonces fungieron como vendedores, los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza y no se trata de una sorpresa para la entidad bancaria demandada, porque ésta tenía la obligación de realizar el estudio de títulos y corroborar la existencia o no del gravamen.

Conforme a las excepciones formuladas y se escuchó en las alegaciones finales, para Davivienda la hipoteca está expirada porque la obligación que respaldaba se extinguió; para establecer si esa obligación efectivamente está extinguida así como la hipoteca, se debe ir al texto de la escritura de hipoteca, encontrar su sentido conforme a las normas del Código Civil, referentes a la extinción de la hipoteca; mediante esa escritura los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza adquirieron por compraventa los bienes inmuebles; la cláusula séptima que refiere al precio reza: *“El precio total de esta venta es la suma de \$153.779.000.00, que el comprador pagará así: La suma de \$49.199.000.00, como cuota inicial que la entidad vendedora los declara tener recibidos de contado y a entera satisfacción”*; pero lo que más interesa, es el literal b), de dicha cláusula: *“Y el saldo o sea la suma de \$104.580.000.00 con el producto de*

un préstamo que le concederá Bancolombia, como se dirá más adelante”.

Como lo dijo la accionada en las alegaciones y admitió la representante legal de Bancolombia en el interrogatorio de parte y consta en la certificación traída al proceso, está demostrado que Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza al vender a Davivienda se obligaron a cancelar la hipoteca y cancelaron el crédito de vivienda a Bancolombia, tal como consta en la escritura No. 760 del 07 de febrero de 2017, conforme a la certificación que se trajo; y es por esa razón que la ejecutada fundamenta sus excepciones y solicita la absolución porque se trata de un préstamo de vivienda el cual está cancelado y que con base en ello se extinguió la hipoteca; todo lo cual se resuelve con fundamento en lo acordado al momento de constituir la hipoteca, tal como consta en la escritura pública No. 5686 del 06 de mayo de 2016, más concretamente en el acto No. 3, referido a la hipoteca, donde se describe que la hipoteca que celebran es abierta y sin límite de cuantía; además, el numeral 4º de ese acto hace una amplia descripción y establece:

“Que con la presente hipoteca se garantiza un crédito hipotecario de vivienda individual a largo plazo aprobada por el acreedor al hipotecante por la suma de \$104.580.000.00, moneda corriente mes vencido, lo que será pagado dentro de un plazo de 15 años, en 180 cuotas mensuales, la primera de las cuales se cancelará un mes después del desembolso y cubre también toda clase de obligaciones que el hipotecante conjunta o separadamente haya contraído o contraiga en el

futuro en favor del acreedor...”; la hipoteca respalda un préstamo por \$104.580.000.00 pagadero en 180 cuotas mensuales, pero también cubre toda clase de obligaciones que el hipotecante conjunta o separadamente haya contraído o contraiga en favor del acreedor y, la cláusula continúa estableciendo: “Así como y bajo la consideración de que esta hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, la misma garantiza al acreedor no solamente el crédito hipotecario indicado en esta cláusula y sus intereses remuneratorios y moratorios, sino también toda clase de obligaciones expresadas en moneda legal o en UVR o en cualquiera otra unidad que lo sustituya ya causadas y/o que se causen en el futuro a cargo del hipotecante conjunta, separada o individualmente, y sin ninguna limitación respecto a la cuantía de las obligaciones garantizadas, sus intereses, costas, gastos y honorarios de abogado, bien sean directas o indirectas o por cualquier concepto adquirido en su propio nombre o con otra persona o con otras firmas, conjunta o separadamente, ya se trate de préstamos, descuentos, endosos o cesión de instrumentos negociables o de créditos de otro orden, de garantías bancarias, de avales, de cartas de crédito, de sobregiros en cuenta corriente, tarjetas de crédito o de cualquier otro género de obligaciones ya consten en pagarés, letras de cambio, cheques, certificados, notas débito o en cualquier otro documento comercial o civil girado, aceptado, endosado, cedido o firmado por el hipotecante individual o conjuntamente con otra u otras personas o entidades, y bien se haya girado, endosado, cedido o aceptado a favor del acreedor directamente o a favor de un tercero que los hubiere negociado, endosado o cedido al acreedor o que los negociare,

endosare o cedere en el futuro por cualquier concepto, esto es, por valor recibido, por valor en garantía, por dación en pago entre otros y aún sin la intervención o contra la voluntad del hipotecante. Esta hipoteca garantiza las obligaciones en la forma y condiciones que consten en los documentos correspondientes y no se extingue por el solo hecho de prorrogarse, cambiarse o renovarse las citadas obligaciones, continuando vigentes hasta la cancelación total de las mismas".

Dicha cláusula describe en forma amplia que Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza, garantizaban tanto la obligación hipotecaria como cualquiera otra y las ya contraídas o cualquiera otra que llegaren a contraer, fueran directa o indirectamente convenidas y para rematar, dice que la hipoteca continúa vigente hasta la cancelación total de las mismas; esto es, del crédito de vivienda como de cualquier otra obligación presente, pasada o futura; cuando se contrae una hipoteca abierta y el hipotecante garantiza varias obligaciones, el gravamen está vigente mientras una de las obligaciones lo esté y la extinción de alguna de ellas, no puede traer consigo la extinción de la garantía hipotecaria, como lo ha enseñado la jurisprudencia y, al adquirir otras obligaciones se tiene que predicar que no se dio una novación del crédito, ni operó la extinción de la hipoteca, porque los títulos objeto de recaudo así fueren obligaciones adquiridas con posterioridad a la cancelación del préstamo de vivienda y a la venta del inmueble a Davivienda, encuentran claro respaldo en la hipoteca y, por lo tanto, se tienen que declarar infundadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo;

a lo que continúa indicando el a quo, que no echa mano de la jurisprudencia traída por la demandada en las alegaciones de conclusión, porque no fue expuesta en su integridad y corresponde a un proceso ordinario que difiere del presente; además, considera que se debe resaltar lo afirmado por la representante de la demandante, en cuanto conocieron la hipoteca al momento de presentar la demanda y que a Bancolombia nunca le solicitaron que la cancelara y, por ende, los bienes inmuebles objeto del gravamen se pueden perseguir en cabeza de quien estén.

Apelación: Lo interpuso la parte demandada y como disenso expuso: La sentencia no realizó una valoración del pago de la obligación por parte de Davivienda a Bancolombia, el cual se efectuó conforme la certificación expedida por Bancolombia; pues la situación hubiera sido diferente si el pago se realiza sin esa certificación; pero, fue la parte demandante la que certificó que esa era la obligación hipotecaria pendiente de pago, así como del saldo, sobre el que realizó el pago; por lo tanto, esta situación no fue analizada ni se relacionó con el inciso 1º del art. 245; igualmente, echa de menos la certificación frente a la teoría del acto propio, en razón de que es frente a la misma que el banco procede; no tuvo en cuenta la declaración de la representante legal de Bancolombia, en relación al pagaré que se denomina crédito de libranza por \$64.854.347.00, al cual se realizaron modificaciones en su tasa de interés y en la forma de amortización de las cuotas; modificaciones que reestructuran la obligación y, por lo tanto, resulta aplicable lo previsto en los arts. 1701 y 1708 y, en general, todo lo concerniente a la novación de la obligación

que se ha venido predicando; no aludió al pagaré tarjeta de crédito que carece de carta de instrucciones; a pesar de la aplicación inextenso de la cláusula 4ª de la garantía hipotecaria, no se tuvo en cuenta que se originó para un crédito de vivienda y, finalmente, no advirtió nada en cuanto a que los pagarés menos, el de tarjeta de crédito, fueron otorgados con posterioridad a la adquisición de los inmuebles por parte del Banco Davivienda.

Al descorrer el traslado en segunda instancia, aduce que los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza, por escritura pública No. 5686 del 06 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría Quince de Medellín, constituyeron hipoteca abierta y sin límite de cuantía a favor de Bancolombia S.A.; financiación destinada a la adquisición de vivienda como consta en la carta de aprobación protocolizada con el acto escritural; crédito para vivienda que como se demostró se canceló en su totalidad por Davivienda S.A., sin obtener del acreedor hipotecario la cancelación del gravamen; según certificación expedida por Bancolombia S.A., el 28 de febrero de 2017, los deudores hipotecarios adeudaban \$102.921.569,16, que canceló a favor del acreedor hipotecario el Banco Davivienda S.A.; mediante cheque No. 504503 extinguiendo el gravamen hipotecario, toda vez, que había financiado un crédito leasing habitacional a favor del señor Diego Alejandro Balcázar Gómez, según contrato No. 060035100091180, para lo cual otorgó la escritura pública No. 760 del 07 de febrero de 2017, extendida en la Notaría 15 de la ciudad, entre los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza y Banco

Davivienda S.A., dicha escritura se confeccionó estando vigente el gravamen hipotecario constituido a favor de Bancolombia S.A., muy a pesar que ya se había cancelado el crédito hipotecario que le dio origen.

Con posterioridad a la compra de los bienes hipotecados por parte de Banco Davivienda S.A., por escritura No. 760 del 07 de febrero de 2017, de la Notaría 15 de Medellín y registrada en las matrículas inmobiliarias el 16 de los mismos mes y año, los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza, sin tener en cuenta que el crédito que dio origen al gravamen ya había sido cancelado y que los inmuebles hacían parte del patrimonio del Banco Davivienda, solicitaron y otorgaron nuevos créditos; la certificación expedida por el acreedor hipotecario el 28 de febrero de 2017, solo dio cuenta de \$102.921.569,16, respecto del crédito No. 1099 320299225, dejando de lado cualquier otro crédito porque no estaban atados al gravamen hipotecario; tomado por sorpresa al Banco Davivienda S.A., con la formulación del presente proceso ejecutivo hipotecario.

La sentencia desestimó que Banco Davivienda S.A., canceló a Bancolombia S.A., el crédito de vivienda que dio origen a la hipoteca y que el pago daba lugar a la extinción de la hipoteca, porque no existían otros créditos avalados con esa garantía, desconociendo el art. 1701 del C. Civil; además, al contrario de lo argüido por el Juzgado, se debe tener en cuenta que el pago que hizo a Bancolombia S.A., acorde con la certificación que expidió el 28 de febrero de 2017 y que el 09 de marzo adiado, certificó que la obligación estaba cancelada; amén,

que como el crédito hipotecario tuvo como objeto el de financiamiento de vivienda, que finalmente se pagó, la garantía se extingue conforme con el art. 2457 Ib.; puesto que la hipoteca es un contrato accesorio al principal, como lo indica el salvamento de voto frente a la sentencia STC 1613 de 2016; además, se debe tener presente lo señalado por el Tribunal Superior de Bogotá, frente a los créditos para vivienda y la garantía con relación a otros créditos de distinta naturaleza o destinación; amén, que si la garantía hipotecaria fue abierta y sin límite de cuantía y dice que a más del crédito de vivienda garantiza otra clase de obligaciones, por vía jurisprudencial se ha interpretado que no es posible, porque el crédito de vivienda es el que da origen a la hipoteca, el cual en el presente caso fue cancelado y, por ende, se debió extinguir la garantía hipotecaria; sin que se pueda pasar por alto que Bancolombia S.A., otorgó los nuevos créditos a los otrora deudores hipotecarios, cuando éstos ya no eran titulares del derecho real de dominio de los bienes gravados, estando Bancolombia S.A., obligado a conocer el estado jurídico de los inmuebles, previo a la concesión de los nuevos créditos.

Igualmente se dejó de lado lo concerniente a la teoría del acto propio, porque la representante legal de Bancolombia S.A., al absolver el interrogatorio de parte manifestó que la entidad que representa entendía como obligación hipotecaria aquella que estaba destinada a cubrir un crédito hipotecario; de donde infiere que la única obligación atada a la hipoteca fue la certificada y que canceló el Banco Davivienda S.A.; por lo que es inapropiado pretender el cobro de otras obligaciones no

certificadas y vincularlas a la hipoteca; lo que además desconoce el principio de la buena fe y pone en situación de inferioridad a la contraparte; afectando el acto propio como elemento esencial de dicho principio conforme la jurisprudencia constitucional.

Además, no se puede pasar por alto que a pesar que la representante legal de la sociedad demandante en la declaración de parte, afirmó que el pagaré conocido como tarjeta de crédito, que es el único que tiene existencia antes de la adquisición de los inmuebles por Davivienda S.A., si contaba con carta de instrucciones, no es así como se infiere del análisis detallado del cartular; amén, que el documento titulado "*Convenio de vinculación personas naturales*", no cumple con los requisitos de una verdadera carta de instrucciones; además, el titulo valor es complejo, siendo necesario para que tenga fuerza ejecutiva que traiga aparejada la carta de instrucciones, pues como está demostrado, fue suscrito por el deudor con espacios en blanco, los que se tenían que diligenciar acorde con la carta de instrucciones y como la misma no fue aportada, hace imposible determinar si el pagaré se diligenció conforme a dicho documento; pues en caso contrario, carecería de exigibilidad; lo que resulta acorde con lo previsto en el art. 620 del C. de Comercio, en las sentencias T-673 de 2020 y T-943 de 2006; y en el concepto No. 2006023024-002-000 del 24 de mayo de 2006, de la Superintendencia Financiera.

Por último, señala que el Juzgado desconoció que el pagaré denominado de libranza, fue reestructurado; porque el

aportado tiene un valor de \$64.854.347,00, al que anexó una carta de instrucciones con fecha 11 de marzo de 2019 y cambia el valor de la cuota mensual a partir del 04 de abril de 2019 y varía la tasa de interés; lo que conjuga una novación al tenor del art. 1693 del C. Civil, lo que hace necesario interpretar los arts. 1687, 1701 y 1708. Solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia.

Por su parte, el extremo activo al descorrer el traslado expresa que se debe tener presente lo pactado en la cláusula cuarta del tercer acto de la escritura pública No. 5686 del 06 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría 15 de Medellín, donde se constituyó el gravamen hipotecario a favor de Bancolombia S.A.; de donde es claro la existencia de otros créditos perfectamente válidos y garantizados con la hipoteca; amén, que se estableció que se trataba de una hipoteca abierta y sin límite de cuantía y, donde expresamente dijo que garantiza las demás obligaciones que individual o conjuntamente tuvieran y las que contraigan los deudores; cláusula que el Banco Davivienda S.A., también incluye en sus hipotecas, por lo que no podía dejar en manos de un tercero la cancelación del gravamen hipotecario y debía asegurar su cancelación y que no existieran otros créditos; pues solo indagó por el crédito inicial y no más; además, Davivienda S.A., conoce perfectamente el manejo y amplitud de dichas cláusulas, por lo que no puede alegar un desconocimiento del alcance de la hipoteca y, mucho menos, considerarse víctima o alegar una novación; toda vez, que la reseñada cláusula como viene de indicarse, no deja duda que la hipoteca no solo ampara el crédito de vivienda sino que incluye todo tipo de

créditos presentes y futuros a cargo de los deudores; hipoteca que puede estar vigente durante muchos años, mientras los otorgantes no soliciten su cancelación y, por ello, no es posible afirmar que solo garantizaba el crédito hipotecario; de donde colige, que todas y cada una de las obligaciones causadas y no canceladas adquiridas conjunta o separadamente por los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza están garantizadas con la hipoteca abierta y sin límite de cuantía, contenida en la escritura No. 5686 del 06 de mayo de 2016, otorgado en la Notaría 15 de Medellín; por estas razones, se opone a los argumentos del recurrente y solicita confirmar la sentencia.

III. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado plantea los siguientes problemas jurídicos que la Sala debe resolver: ¿se valoraron y desataron en debida forma los medios de defensa propuestos? ¿se debe seguir adelante con la ejecución?

El caso concreto: Como base del recaudo ejecutivo la parte demandante allegó los títulos valores a saber:

Deudor	Número pagaré	Fecha obligación	Capital
Gabriel Ignacio Barrera Uribe	600082751	26/02/2018	\$137.322.865,00
Gabriel Ignacio Barrera Uribe	600082420	14/07/2017	\$42.517.237,00
Gabriel Ignacio Barrera Uribe	600082421	14/07/2017	\$17.137.852,00
Gabriel Ignacio Barrera Uribe	6000082715	06/02/2018	\$46.132.594,00

Gabriel Ignacio Barrea Uribe	Sin número	26/03/2016	\$17.551.092,00
Gabriel Ignacio Barrera Uribe	3100091170	31/03/2017	\$20.000.000,00
María Angélica Baquero Daza	Sin número	26/02/2018	\$64.854.347,00

Los obligados cambiarios, señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza, habían garantizado Bancolombia S.A., todas las obligaciones contraídas y las que contrajeran en el futuro, con hipoteca abierta sin límite de cuantía, según acto escriturario No. 5686 del 06 de mayo de 2016, otorgado en la Notaría Quince de Medellín, sobre el apartamento 0805, parqueadero 02017 y cuarto útil 04055, ubicados en el conjunto de uso mixto MISONI P.H., localizado en la carrera 43A No. 63 Sur-120 del municipio de Sabaneta (Ant.); distinguidos con las matrículas inmobiliarias 001-1203410, 001-1203016 y 001-1203217, respectivamente, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín - Zona Sur, bienes que adquirió el demandado de manos de los señores Barrera Uribe y Baquero Daza, por escritura pública No. 760 del 07 de febrero de 2017, otorgada en la Notaria 15 de Medellín y registrada en los folios de matrícula inmobiliaria el 16 de los mismos mes y año.

De donde se sigue, que los señores Barrera Uribe y Baquero Daza ya no eran propietarios de los inmuebles que habían dado en garantía hipotecaria, ya que fungía como titular del derecho real de dominio el Banco Davivienda S.A., para la fecha en que suscribieron los pagarés: No. 600082751 por \$137.322.865,00 el 28 de febrero de 2018; No. 600082420 por \$42.517.237,00 el 14 de julio de 2017; No. 600082421 por \$17.137.852,00 el 14 de julio de 2017; No. 6000082715

por \$46.132.594,00 el 06 de febrero de 2018; No. 3100091170 por \$20.000.000,00 el 31 de marzo de 2017 y, el sin número por valor de \$64.854.347,00 el 28 de febrero de 2018, con excepción del pagaré sin número por \$17.551.092,00, suscrito el 31 de marzo de 2016, lo que significa que tales obligaciones no quedaron amparadas con la garantía hipotecaria abierta y sin límite de cuantía que habían constituido a favor de Bancolombia S.A., se itera, porque los bienes ya no eran de su propiedad para el momento en que se obligaron y, bajo estas circunstancias; pues una conclusión contraria, lleva al absurdo de sostener que se pueden adquirir obligaciones garantizadas con bienes ajenos sin el consentimiento o autorización de su propietario; en este sentido el art. 2439 del C. Civil, establece:

“Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si este no se ha sometido expresamente a ella”.

De donde resulta palmario que como las obligaciones reseñadas líneas atrás, objeto de cobro, fueron otorgadas con posterioridad a la enajenación de los inmuebles a favor de Banco Davivienda S.A., no quedaron garantizadas con el gravamen hipotecario; se itera, porque a los señores Barrera Uribe y Baquero Daza, ya no les era dable enajenar o disponer de unos bienes que no estaban en su patrimonio porque ya los había vendido y, de contera, implica que las obligaciones que con posterioridad adquirieron con Bancolombia no quedaron respaldadas con esos bienes raíces, pues no se

advierte que haya mediado el consentimiento de su nuevo propietario.

Sumado a lo anterior, advierte el Tribunal que el extremo pasivo aportó certificación expedida por Bancolombia S.A., donde consta que la señora María Angélica Baquero Daza, tiene con Bancolombia S.A., una garantía hipotecaria de la obligación No. 1099320299225, con un saldo para el 28 de febrero de 2017 de \$102.921.659,16; por este monto, el Banco Davivienda S.A., expidió el cheque No. 50450-3 y lo entregó a la señora Baquero Daza para que la cancelara; pago que resultó efectivo y como consecuencia, la sociedad demandante Bancolombia S.A., expidió el 09 de marzo de 2017, comunicación en la que informa que la señora María Angélica Baquero Daza, con c.c. No. 39.684.931 a la fecha tiene con el banco los siguientes productos: Crédito hipotecario, obligación No. 320299225, estado de la deuda a la fecha cancelado / \$0.00; esto es, que para el 09 de marzo de 2017, fecha de expedición de la certificación y posterior a la enajenación de los bienes inmuebles por parte de los señores Gabriel Ignacio Barrera Uribe y María Angélica Baquero Daza, al Banco Davivienda S.A. (07 de febrero de 2017), la señora Baquero Daza no tenía ninguna otra obligación vigente o pendiente con Bancolombia S.A., que estuviera respaldada con la hipoteca; como el único crédito que respaldaba el mencionado gravamen se extinguió por pago, de contera, quedó extinguida la hipoteca constituida por la citada señora como obligación accesorio.

Sobre el particular es concluyente el salvamento de voto del doctor Ariel Salazar Ramírez, a la sentencia proferida en sede de tutela por la Sala de Casación Civil, el 11 de febrero de 2016, STC1613-2016, radicado No. 05001-22-03-000-2015-00848-01; donde precisó:

"4. En mi criterio, los motivos señalados por esta Corporación no son suficientes para considerar que la decisión acusada vulneró el debido proceso del ejecutante, por las siguientes razones:

"De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 2457 del Código Civil, "la hipoteca se extingue junto con la obligación principal".

"Esta disposición expresa que la esencia de la hipoteca radica en ser un "derecho real accesorio", pues su fin último no es otro que respaldar el cumplimiento de una obligación principal.

"Según el artículo 1499 de la ley sustantiva civil, un contrato es accesorio "cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella".

"En un sentido similar, el artículo 65 de la misma codificación define la caución del siguiente modo: "Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".

"A partir de este postulado general que hace de la hipoteca una garantía real accesorio se desprende la consecuencia evidente e ineluctable de que ésta no puede existir sin la obligación principal a la que respalda. Si la obligación se extingue, necesariamente el gravamen desaparece con ella. La extinción de esta garantía se produce, por tanto, de pleno derecho al fenecer la prestación principal, por lo que la intervención del juez en esta precisa materia se circunscribe a constatar dicha extinción, para lo cual habrá de declarar que ésta se produjo en la misma fecha en que desapareció la obligación principal, debiendo ordenar la cancelación inmediata del gravamen al funcionario del registro correspondiente.

"Ahora bien, es cierto que el inciso final del artículo 2438 del ordenamiento civil permite que la hipoteca se otorgue "en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda", lo que significa que el derecho real accesorio puede constituirse con antelación o con posterioridad a la obligación principal.

*"Dentro de esta categoría de hipotecas eventuales o condicionales se encuentra una que es muy utilizada en el sector financiero bajo la denominación de **hipoteca abierta**, que consiste en una garantía que constituye el deudor a favor del banco acreedor para respaldar el crédito que éste le otorga.*

"Esta modalidad, sin embargo, no es indeterminada o

ilimitada al punto de desconocer la naturaleza accesorio 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.

“5. No puede admitirse, por ir en contra de las normas que regulan la institución de la hipoteca, que una vez extinta la obligación principal se niegue la cancelación del gravamen accesorio bajo la excusa injustificada de que el deudor adquirió otras obligaciones que no tienen ninguna relación de causalidad con la prestación originaria, pues tuvieron un propósito completamente distinto al que motivó la constitución del crédito inicial que se respaldó con esa garantía. Tampoco es posible aceptar que el acreedor puede “ceder” su posición en el contrato para que el cesionario del crédito otorgue nuevos créditos sin ningún límite y los ampare, por su solo querer, con la hipoteca que se constituyó para garantizar una obligación completamente distinta.

“Lo anterior es aún más evidente cuando se trata de una hipoteca que se constituyó con la específica finalidad de amparar un préstamo para la adquisición de vivienda familiar, modalidad que se encuentra regulada por normas de orden público aplicables únicamente a esta clase de créditos, los cuales están cobijados por unos privilegios especiales tales

como el interés que se puede cobrar, que no puede sobrepasar los límites legales. De ahí que una hipoteca que nació como una garantía accesorio de un crédito para la compra de vivienda no puede cederse para garantizar una obligación distinta a aquella para la cual fue concebida, pues ello supondría una violación de las disposiciones que regulan la financiación de vivienda.

“Argumentar de tal manera comportaría una inversión de la naturaleza de esta figura, así como de los principios que rigen el derecho probatorio, pues se estaría suponiendo la continuación de la mencionada caución cuando está probada la extinción de la obligación principal, lo cual es a todas luces irrazonable y jurídicamente desacertado, sobre todo en el caso que se examina, donde quedó demostrado que el acreedor inicial cedió la obligación principal a la que accedía la hipoteca a otra entidad financiera que realizó negocios distintos al que amparó la garantía inicial, pues estos créditos fueron de libre inversión y se garantizaron con otros medios como la pignoración de un vehículo”.

Se pone de presente, que lo dicho frente a estas obligaciones, es suficiente para que se imponga la revocatoria de la sentencia de primer grado, dejando de lado otras consideraciones por sustracción de materia, como la novación a que refiere la impugnación frente al pagaré por valor de \$64.854.374.00.

Dilucidado lo anterior y como se indicó líneas atrás, el pagaré sin número por \$17.551.092,00 fue suscrito el 31 de marzo

de 2016, por el señor Gabriel Ignacio Barrera Uribe; esto es, con anterioridad a la venta de los bienes objeto del gravamen hipotecario al Banco Davivienda S.A., lo que pone de presente que está garantizado con la hipoteca constituida por el mencionado deudor, con la precisión que para nada afectan el derecho de propiedad que correspondía a la señora María Angélica Baquero Daza y que pasó a ser de propiedad del Banco de Davivienda, porque ella no aparece como obligada en este cambial, a lo que se agrega que una lectura del contrato de hipoteca, que en lo pertinente se transcribió al consignar los fundamentos de la sentencia de primer grado, que es objeto de revisión, a pesar de la amplitud con que se detalla las obligaciones que quedaron respaldadas, no se advierte que la señora Baquero Daza con su cuota proindiviso hubiera garantizado obligaciones ajenas como las del deudor Gabriel Ignacio Barrera Uribe, como tampoco éste garantizó las obligaciones de aquella.

De esta obligación, el recurrente se duele porque la decisión de primer grado no aludió al reseñado pagaré por tarjeta de crédito que carece de carta de instrucciones. Al efecto, se pone de presente que, al contrario de lo afirmado por el recurrente, sí existe la carta de instrucciones para llenar el mencionado pagaré, en la que consta que el denominado "*Convenio de vinculación personas naturales*", allegado como anexo de la demanda y suscrito por el señor Gabriel Ignacio Barrera Uribe, el 28 de marzo de 2016, en el acápite titulado "*PAGARÉS*", en lo pertinente consigna:

“EL CLIENTE ha firmado y entregado a EL BANCO, tres (3) pagarés a la orden, con el ánimo de hacerlos negociables, en los cuales se han dejado los espacios relativos a la cuantía, intereses y fecha de vencimiento, los cuales están destinados a instrumentar para el cobro, las obligaciones en favor de EL BANCO en razón de las operaciones que se celebren en desarrollo del presente contrato. Uno de ellos estará destinado a instrumentar las obligaciones derivadas del contrato de cuenta corriente y que pueden originar sobregiro o sobregiro disponible; el segundo estará destinado a instrumentar las obligaciones derivadas del uso de Tarjetas de crédito y tarjeta de crédito Virtual; y el tercero estará destinado a instrumentar las obligaciones derivadas de la utilización del crédito preautorizado. EL BANCO, llenará los pagarés destinados a instrumentar las obligaciones derivadas del contrato de cuenta corriente y/o tarjetas de crédito siguiendo las siguientes instrucciones: 1- EL BANCO para diligenciar el pagaré no requiere dar aviso a los firmantes del mismo. 2- EL BANCO podrá llenar el pagaré en el evento en que EL CLIENTE incumpla en el pago de cualquiera de las obligaciones derivadas de estos contratos. 3- La cuantía del pagaré será el total de las obligaciones que adeude en razón de sobregiros y utilizaciones de tarjetas de crédito, etc. (...) 4- La fecha de vencimiento del pagaré será aquella en que se presente el incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas de los contratos indicados, sea por capital o intereses, pues el no pago de alguna hace exigible el total de obligaciones. 5- Si el pagaré instrumenta obligaciones en moneda legal, la tasa de interés será la más alta permitida para las obligaciones en mora por las autoridades

colombianas. 6- EL BANCO además de los eventos de aceleración de los plazos previstos en la Ley o en los documentos, contratos o títulos de deuda respectivos, podrá llenar el pagaré en cualquiera de los siguientes casos: (...) Las anteriores instrucciones se dan de conformidad con el artículo 622 del Código de Comercio”.

Por lo demás, no se acreditó que el demandante hubiera contrariado la carta de instrucciones, por incurrir en alguna inconsistencia o en un llenado abusivo del pagaré.

Conclusión: Consecuente con lo anterior, se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, el cual quedará así: Se ordenará seguir adelante la ejecución a favor de BANCOLOMBIA S.A., y en contra BANCO DAVIVIENDA S.A. por el pagaré por un monto de \$17.551.092,00, suscrito el 31 de marzo de 2016, por el señor Gabriel Ignacio Barrera Uribe, con los intereses a la tasa del 25.64% o a la máxima legal permitida desde el 07 de noviembre de 2018 hasta el pago total de la obligación y con el producto de los bienes que en hipoteca dio el señor Barrera Uribe, embargados, secuestrados y valuados se pagará el capital, sus intereses y las costas de este proceso.

Se revocará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se ordenará cesar la ejecución por las obligaciones contenidas en los siguientes pagarés: No. 600082751 por \$137.322.865,00 el 28 de febrero de 2018; No. 600082420 por \$42.517.237,00 el 14 de julio de 2017; No. 600082421 por \$17.137.852,00 el 14 de

julio de 2017; No. 6000082715 por \$46.132.594,00 el 06 de febrero de 2018; No. 3100091170 por \$20.000.000,00 el 31 de marzo de 2017 y, el sin número por valor de \$64.854.347,00 el 28 de febrero de 2018.

Se revocará parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión de primera instancia y, en su lugar, se condenará en costas a la parte demandada a favor de la demandante, reducidas en un ochenta y cinco por ciento (85%). Las agencias en derecho serán fijadas por el señor Juez a quo.

Se confirmará el numeral cuarto de la sentencia de primer grado.

No hay lugar a condenar al pago de costas en segunda instancia, dado que el recurso de apelación no prosperó en su totalidad.

IV. RESOLUCIÓN:

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

- 1.** Se modifica el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, el cual queda así: Se ordena

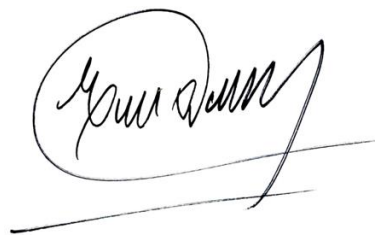
seguir adelante la ejecución a favor de BANCOLOMBIA S.A., y en contra BANCO DAVIVIENDA S.A. por el pagaré por un monto de \$17.551.092,00, suscrito el 31 de marzo de 2016, por el señor Gabriel Ignacio Barrera Uribe, con los intereses a la tasa del 25.64% o a la máxima legal permitida desde el 07 de noviembre de 2018 hasta el pago total de la obligación y con el producto de los bienes que en hipoteca dio el señor Barrera Uribe, embargados, secuestrados y valuados, se pagará el capital, sus intereses y las costas de este proceso.

- 2.** Se revoca el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se ordena cesar la ejecución por las obligaciones contenidas en los siguientes pagarés: No. 600082751 por \$137.322.865,00 el 28 de febrero de 2018; No. 600082420 por \$42.517.237,00 el 14 de julio de 2017; No. 600082421 por \$17.137.852,00 el 14 de julio de 2017; No. 600082715 por \$46.132.594,00 el 06 de febrero de 2018; No. 3100091170 por \$20.000.000,00 el 31 de marzo de 2017 y, el sin número por valor de \$64.854.347,00 el 28 de febrero de 2018.
- 3.** Se revoca parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión de primera instancia y, en su lugar, se condena en costas a la parte demandada a favor de la demandante, reducidas en un 85%. Las agencias en derecho serán fijadas por el señor Juez a quo.

4. Se confirma el numeral cuarto de la sentencia de primer grado.
5. No hay lugar a condena en costas en segunda instancia, por lo indicado.
6. Devuélvase el expediente al lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ