

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

Asunto : Apelación de auto interlocutorio

Proceso : Ejecutivo mixto

Ejecutante : Banco Agrario de Colombia SA

Ejecutado (s) : José Mauricio Grisales Ramírez y otros

Procedencia : Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2015-00641-01

 Temas : Legitimación - Ejecución mixta – Hipoteca abierta

Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La apelación que presentó, en el proceso ya referenciado, la apoderada judicial de la parte ejecutante, contra el auto que denegó parcialmente el mandamiento ejecutivo deprecado, de acuerdo a las apreciaciones jurídicas, que a continuación se esgrimen.

1. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Está fechada el día 21-09-2015 y negó la orden de pago en contra de Óscar Fernando Grisales Ramírez y Ana Gloria Ramírez de Grisales, porque no suscribieron el título valor presentado para el cobro y consideró que el otro ejecutado, en forma alguna esta facultado para suscribirlos a nombre de aquellos (Folios 50 y 51, cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Se reclama la revocatoria de la denegación parcial del mandamiento ejecutivo porque se considera que la hipoteca da derecho a promover la venta forzosa del bien gravado, sin miramientos de si el deudor es o no el propietario del inmueble. Aduce que el gravamen fue constituido para respaldar cualquier deuda, ya que específicamente el mutuo no se hizo constar en la escritura pública.

Menciona que en este caso es indudable la exigibilidad de la obligación demandada ejecutivamente y el mérito ejecutivo que rodea a la hipoteca (Folios 54 a 56, cuaderno No.1).

En esta sede, reiteró lo expuesto al recurrir en reposición y además recordó lo dicho por el Alto Tribunal Constitucional, en una sentencia de tutela y dos de constitucionalidad, en cuanto a la viabilidad de la ejecución en los términos aquí invocados (Folios 6 a 9, este cuaderno).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR
	1. La competencia funcional

La facultad jurídica para desatar la litis, radica en esta Sala por el factor funcional (Artículo 26-1, CPC), por ser superiora jerárquica del Juzgado donde cursa el proceso.

* 1. La resolución del problema jurídico
		1. El problema jurídico para resolver

¿Debe modificarse, confirmarse o revocarse el auto del Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, que denegó parcialmente la orden ejecutiva, según los argumentos de la apelación formulada por la parte ejecutante?

* + 1. Los títulos ejecutivos

Con el proceso ejecutivo se pretende hacer efectivos los derechos que en una relación jurídica se hallen incumplidos, sea total o parcial, trátese de una prestación de dar, hacer o no hacer.

Es requisito, indispensable, que con la demanda ejecutiva se allegue un documento, que materialice la obligación y aparezca clara, expresa y exigible. Que sea claro y expreso significa que aparezcan determinadas con exactitud (i) las personas intervinientes en la relación jurídica, deudor y acreedor de la prestación debida, así como (ii) la prestación misma, bien de hacer, no hacer o dar. Esta característica ha sido entendida como redundante por la doctrina patria[[1]](#footnote-1).

Si el documento contiene una obligación clara, expresa y exigible, por mandato legal se presume su autenticidad (Artículo 252-5º, inciso 3º del CPC). Sin embargo, existen otros documentos que expresamente derivan su carácter ejecutivo de normas jurídicas, como las sentencias judiciales, algunas providencias administrativas, entre otros. Para mayor ilustración sobre el tema puede consultarse la obra del profesor Bejarano Guzmán[[2]](#footnote-2).

Cuando quiera que el título esté conformado por varios documentos, estamos en presencia del título ejecutivo complejo o compuesto[[3]](#footnote-3), donde lo importante es su unidad jurídica[[4]](#footnote-4), es decir, que con ese haz documental puedan estructurarse todos y cada uno de los elementos que configuran el título de ejecución, en los precisos términos del artículo 488 del CPC. Ahora, en lo tocante a la expresividad, pertinentes y compartidas son las palabras del procesalista colombiano Parra Quijano[[5]](#footnote-5), quien explica:

... La obligación no es expresa cuando haya que hacer explicaciones, deducciones, o cualquier otro tipo de rodeos mentales para explicar qué es lo que “virtualmente” contiene. (...) Si se permitiera ingresar al ejecutivo con una obligación de este tipo, prácticamente el requisito de expreso habría que predicarlo del intérprete y no de la obligación, lo que resultaría atentatorio de los derechos del ejecutado que tendría que recurrir y defenderse de construcciones mentales y no de realidades manifiestas.

Al explicar la doctrina que el contenido de la obligación reclamada debe ser claro está significando que *“(...) sus elementos aparezcan inequívocamente señalados; tanto su objeto (crédito) como sus sujetos (acreedor y deudor). (...)”[[6]](#footnote-6)*. En el mismo sentido el profesor Jaime Azula Camacho[[7]](#footnote-7).

* + 1. Las modalidades de ejecución

Según los títulos ejecutivos, las obligaciones a ejecutar puede originarse de diferentes fuentes, razón por la cual, los procesos ejecutivos pueden verse en tres modalidades: (i) Con pretensión personal o singular (Sic); (ii) Con pretensión real (Hipotecario o prendario); y (iii) Con pretensión mixta.

En el primero, se siguen las ejecuciones originadas en obligaciones personales que por no tener un respaldo real, son meramente quirografarias y su satisfacción ha de perseguirse, con los bienes del deudor que conforman su patrimonio (Prenda general).

Seguidamente, se encuentran los procesos cuya efectividad emerge de la constitución de una garantía real (Prenda o hipoteca), lo que implica que ya no se trata solo de la acción personal que el acreedor tenga frente al deudor, sino de la real que emerge contra el propietario del bien dado en prenda o hipoteca, quien quiera que sea. En este caso la hipoteca, brinda al acreedor unos beneficios específicos, traducidos en la posibilidad de que su crédito se prefiera a otros, y de que pueda perseguir el bien hipotecado en cabeza de quien esté, sea el propietario a la vez su deudor personal o no.

Ahora, puede hablarse de un proceso hipotecario cuando el deudor personal y el real son una misma persona, es decir, cuando quien debe cumplir la prestación y el propietario del bien gravado son uno mismo, pues en tal caso, lo que se busca es la satisfacción del crédito con la almoneda del bien dado en garantía. De allí que pueda afirmarse que se conjugan acción real y personal. También habrá lugar a un proceso ejecutivo con título hipotecario, cuando a pesar de ser el deudor personal y el garante real personas diferentes, solo se demanda al dueño del bien gravado, porque la finalidad será igualmente la subasta pública del inmueble se pague la deuda que otro adquirió.

Por último está el proceso ejecutivo con acción mixta, que a su vez puede ser, de una parte, el regulado por el inciso cuarto del artículo 554 del CPC o cuando el acreedor busca la satisfacción de la obligación con otros bienes de propiedad del deudor; y de otra, aquel en donde se vincula en una misma ejecución al deudor personal y al real, siendo personas diferentes, pero que a través de una especie de *acumulación subjetiva de pretensiones*[[8]](#footnote-8)(Artículo 82, CPC), se ven ejecutados en un mismo proceso.

Este tipo de ejecuciones, fueron objeto de revisión por el Alto Tribunal Constitucional[[9]](#footnote-9), momento en el que señaló:

**Cuarta.-** **A quién debe demandarse en el proceso de ejecución con título hipotecario.**

Consecuentemente con la norma del artículo 2452 del Código Civil, el inciso tercero del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil, aquí demandado, dispone: "La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o aeronave materia de la hipoteca o de la prenda".

El acreedor hipotecario tiene dos acciones, cuando el crédito garantizado con la hipoteca se hace exigible, para cobrarlo judicialmente: una acción **personal, originada en el derecho de crédito, contra el deudor de éste;** otra, **real, nacida de la hipoteca**, contra el dueño del bien hipotecado. Hay que distinguir, **según sea el dueño del bien hipotecado el mismo deudor o un tercero**. En el primer caso, podrá ejercer contra ese deudor que es al mismo tiempo el dueño actual de la cosa hipotecada, la acción real solamente, o ésta y la acción personal. En el segundo caso, contra el actual dueño sólo podrá ejercer la acción real nacida de la hipoteca; y contra el deudor, sólo la acción personal originada en el crédito exigible. Y si quiere ejercerlas ambas en el mismo proceso, contra el dueño actual del bien hipotecado y contra el deudor, podrá hacerlo, pero se seguirá el procedimiento del proceso ejecutivo singular, como lo prevé el último inciso del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil. (Resaltado propio del texto). (Versalitas de esta Sala).

Dicho fallo, trajo a colación lo dicho por la Sala de Casación Civil de la CSJ[[10]](#footnote-10), cuando consideró el caso de que el derecho del acreedor se bifurca porque el deudor y el dueño de la cosa son personas diferentes, bien porque quien constituye el gravamen pierda la titularidad en el dominio por cualquier causa, o porque con ella se haya garantizado obligación ajena (Artículo 2439, CC). Esa Corporación precisó: *"Nótese que la razón para resultar demandado el tercer poseedor estriba, no en que esté personalmente obligado a la deuda, sino sólo por encontrarse en poder del inmueble hipotecado”.*

Esa posición de la Sala de Casación Civil de la CSJ, fue reiterada en decisión posterior[[11]](#footnote-11), donde también se dijo: *“(…) Además, el propio artículo 2449 del Código Civil reconoce que el ejercicio de la acción hipotecaria deja incólume la acción personal “para hacerse pagar sobre bienes del deudor que no le han sido hipotecados, y puede ejercitarlas ambas conjuntamente”, sin excluir que pueda desarrollarse a través del mismo proceso, se reitera, por la vía del denominado proceso “mixto”, apropiado para cuando la calidad de deudor y propietario de la cosa hipotecada, esté disociada en personas diferentes (…)”.* Sublínea fuera de texto.

* + 1. El alcance de la hipoteca abierta

En principio es necesario recordar que la hipoteca es un derecho real según lo establece el artículo 665 del CC, que se constituye, sobre inmuebles en civil (Como el caso que se analiza) y en comercial sobre las naves (Artículo 1570, CCo), que por el hecho del gravamen a favor del acreedor, no dejan de permanecer en poder del deudor.

Ahora bien, este gravamen puede o no, estar limitado (Artículo 2455, CC), teniendo que cuando se opta por lo primero, se trata de una hipoteca abierta, la cual fue definida en reciente decisión (2016) por la Sala de Casación Civil de la CSJ[[12]](#footnote-12):

*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,… (Resaltado y bastardilla, propios del texto constitucional). (Versalitas propias de esta Sala).

* + 1. El análisis del caso concreto

Desde ya debe anunciarse que la decisión atacada por esta vía, será revocada, con estribo en las argumentaciones jurídicas que a continuación se explicitan.

Como bien se aprecia, la postura de la jueza de instancia, para negar la ejecución en contra de los señores Óscar Fernando Grisales Ramírez y Gloría Ramírez de Grisales, se apoya en la falta de suscripción del título valor objeto de ejecución, y que por ello en forma alguna se convirtieron en deudores de la ejecutante, pero fácil se advierte, acorde con lo dicho sobre la hipoteca abierta y la cláusula cuarta de la escritura pública 1567 del 08-04-2008, que la acción hipotecaria en su contra no dependía de que se constituyeran en deudores.

Para mayor claridad, obsérvese que la mencionada estipulación, en el instrumento público, expresamente refiere:

CUARTA: Que la hipoteca abierta que se constituye con este instrumento garantiza el **BANCO** todas las obligaciones cualquiera que sea su origen sin ninguna limitación de cuantía por capital, más sus intereses y accesorios, gastos, honorarios de abogado y costas judiciales si fuere el caso, y en general a cualquier suma que por cualquier concepto cubra **EL BANCO** por **EL(OS) HIPOTECANTE(S) NUDOS PROPIETARIOS Y USUFRUCTARIA,** así como las que hayan contraído o se llegaren a contraer en el futuro por cualquier concepto por el mismo conjunta o separadamente, en su propio nombre o de terceros a favor de **EL BANCO**, ya impliquen para **EL(OS) HIPOTECANTE(S) NUDOS PROPIETARIOS Y USUFRUCTUARIA** responsabilidad directa o subsidiaria, consten o no en documentos separados o de fechas diferentes, incluidas sus prorrogas y renovaciones, ya se trate de prestamos o créditos de todo orden, ya consten en pagares, letras de cambio, cheques o cualesquiera otros documentos girados, autorizados, ordenados, aceptados, endosados, cedidos o firmados por **EL(OS) HIPOTECANTE(S) NUDOS PROPIETARIOS Y USUFRUCTUARIA** individual o conjuntamente con otras personas o entidades, y bien se hayan girado, endosado o aceptado a favor de **EL BANCO** directamente, o favor de un tercero que los hubiere negociado, endosado o cedido a **EL BANCO** con anterioridad a la fecha de constitución de la presente garantía como hacía el futuro. (Versalitas fuera de texto).

De la lectura de ese clausulado, fácil emerge que la garantía se pactó, bien para respaldar obligaciones individuales o conjuntas de todos los hipotecantes y tanto pasadas como futuras, de manera que la firma del señor José Mauricio Grisales Ramírez del título valor es suficiente para que los señores Óscar Fernando Grisales Ramírez y Gloría Ramírez de Grisales, automáticamente y como garantes de la obligación, a través de la hipoteca constituida, se conviertan en sujetos contra quienes se puede dirigir la acción hipotecaria. Así las cosas, inadmisible es el argumento de primer grado.

Por demás está decirlo, que acorde con lo expuesto en las premisas jurídicas, era acumulable, en la forma propuesta, la ejecución personal contra el señor José Mauricio (Deudor) y la hipotecaria ejercida contra los otros ejecutados (Hipotecantes), dado que ambas acciones pueden ejercerse conjuntamente y a través del mismo proceso, por la vía de la ejecución mixta.

Finalmente, se estima necesario aclarar que ninguna duda ha de prestar en el asunto, y para efectos de la ejecución hipotecaria, la calidad diferente que tienen los señores Óscar Fernando Grisales Ramírez y Gloría Ramírez de Grisales frente al bien, es decir, nudo propietario y usufructuaria, puesto que ambos por disposición legal (Artículo 2443, CC) tienen la facultad de hipotecar los derechos que tienen respecto al inmueble, como en efecto lo hicieron. Potestad que ha sido considerada como viable también por la doctrina nacional[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14).

En conclusión, se revocará el numeral segundo de la decisión impugnada, al tenor de las consideraciones hechas en esta providencia, que acogen el razonamiento del recurrente. Por lo que corresponde examinar los presupuestos procesales en su integridad, para determinar la viabilidad de librar la orden ejecutiva deprecada.

En efecto, hay competencia por el factor objetivo-cuantía y por el territorial (Una vez empiece a regir el CGP, la competencia será privativa[[15]](#footnote-15) del lugar de ubicación del bien – artículo 28-7º), pues la parte ejecutante puede optar por el domicilio de la parte ejecutada o el lugar de ubicación del inmueble, y si bien en este caso no eligió, lo cierto es que en ambos eventos corresponde a esta ciudad (Folio 10, cuaderno No.1); existe capacidad para ser parte y para comparecer, ejecutante es persona jurídica (Folios 27 y 28, ibídem) y ejecutados son personas naturales, mayores de edad (Folio 10, ibídem) por lo que se presume su capacidad negocial (Artículos 1503 y 1504, CC; y 44, CPC). La apoderada judicial tiene derecho de postulación (Artículo 63, CPC) y ya le reconocieron personería.

De otra parte, hay demanda en forma, el escrito cumple las exigencias de los artículos 75, 76, 77, 82 y 84 ib.; el título ejecutivo, pagaré, reúne los requisitos generales y específicos de los artículos 621 y 709 del CCo; se demostró la existencia de la garantía hipotecaria (Folios 10 a 16, cuaderno No.1), con la escritura pública No.1567 de la Notaría Quinta de esta ciudad, así como se allegó el certificado del registrador de IIPP de Pereira (Folios 6 a 8, ídem), en cumplimiento del artículo 554 CPC.

Por lo tanto, es viable librar la orden de pago, precisando que para los intereses de mora se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 884 del CCo, según certifique la Superintendencia Financiera de Colombia.

1. LAS DECISIONES FINALES

En atención a lo explicado antes: (i) Se revocará el numeral segundo del auto de 21-09-2015, para en su lugar, librar mandamiento de pago en contra de los señores Óscar Fernando Grisales Ramírez y Gloría Ramírez de Grisales; (ii) Se advertirá que esta decisión es irrecurrible (Artículo 29, CPC); (iii) Se ordenará devolver el expediente al juzgado de origen; y, (iv) No hay lugar a condena en costas, en esta instancia, pues la alzada triunfó.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria de Decisión,

R E S U E L V E,

1. REVOCAR el numeral segundo del auto de fecha 21-09-2015, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta municipalidad, que denegó la ejecución contra los señores Óscar Fernando Grisales Ramírez y Gloría Ramírez de Grisales.
2. LIBRAR, en su lugar, orden de pago a favor del Banco Agrario Colombia SA y a cargo de los señores Óscar Fernando Grisales Ramírez y Gloría Ramírez de Grisales, por las siguientes cantidades líquidas de dinero:
	1. Ciento doce millones seiscientos treinta y nueve mil pesos ($112.639.000), por concepto de capital.
	2. Por la suma correspondiente a los intereses moratorios, desde el 01-02-2015 hasta la fecha de pago, a la tasa máxima legal, sobre el capital del literal 2.1., siempre que no supere el tope de usura.
	3. Doce millones ochocientos sesenta y nueve mil novecientos nueve pesos ($12.869.909) por concepto de intereses remuneratorios.
	4. Ocho millones trescientos ochenta y siete mil sesenta y cinco pesos ($8.387.065) por otros conceptos.
	5. Sobre las costas, se resolverá en la oportunidad procesal que corresponda.
3. NOTIFICAR personalmente este proveído a la parte ejecutada conjuntamente con el auto fechado 21-09-2015, advirtiéndole que cuenta con cinco (5) días para pagar la obligación y diez (10) para formular las excepciones que estime. Se entregará copia de la demanda con sus anexos.
4. NO CONDENAR en costas, en esta instancia.
5. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
6. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

*DGH / DGD / 2016*

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil, parte especial, 8ª edición, Bogotá DC, Dupré editores, 2004, p.430. [↑](#footnote-ref-1)
2. BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Procesos declarativos, quinta edición, Bogotá DC, Temis, 2011, p.516. [↑](#footnote-ref-2)
3. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. cit., p.475 y 477. [↑](#footnote-ref-3)
4. VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones, Editorial Temis SA, Bogotá DC, 2010, p.585. [↑](#footnote-ref-4)
5. PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho procesal civil, parte especial, Santafé de Bogotá D.C., Ediciones Librería del Profesional, 1995, p.265. [↑](#footnote-ref-5)
6. VELÁSQUEZ GÓMEZ, Juan Guillermo. Los procesos de ejecución, Medellín, Diké 1994, p.49. [↑](#footnote-ref-6)
7. AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil, procesos ejecutivos, editorial Temis, tomo IV, 2009, p.15. [↑](#footnote-ref-7)
8. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código general del proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré editores, 2016, p.259. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-192 de 2006. [↑](#footnote-ref-9)
10. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Publicada en la Gaceta Judicial, No.2439, pág. 116. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia del 02-12-2009, MP: Edgardo Villamil Portilla, expediente No.11001-31-03-009-2003-00596-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia STC1613-2016, MP: Álvaro Fernando García Restrepo. [↑](#footnote-ref-12)
13. ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. De los bienes y su dominio, 1999, 2ª edición, Editorial Faculta de Derecho, Santafé de Bogotá DC, p.524. [↑](#footnote-ref-13)
14. PERES VIVES, Álvaro. Garantías Civiles, 1990, Bogotá DC, Temis, 1990, p.131. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia AC-1019-2015 del 27-02- 2015, MP: Luis Armando Tolosa Villabona. [↑](#footnote-ref-15)