

TEMA: EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA REAL- Es deber y facultad del Juez como director del proceso ejercer control de legalidad, tanto en primera como en segunda instancia, respecto de la aportación o no del documento que presta mérito ejecutivo y de sus requisitos./

HECHOS El señor Hernán de Jesús Quiroz, pretende se libre mandamiento por \$190.000.000 por concepto de capital, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera desde el 26 de octubre de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la obligación. El JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD el 30 de septiembre de 2024 profirió sentencia anticipada por cumplirse el presupuesto previsto en el numeral 2° del artículo 278 del CGP, desestimando las excepciones y siguiendo adelante con la ejecución en los términos del mandamiento de pago. Por tanto, el problema jurídico a resolver es si ¿Debe cesar la ejecución por falta de título ejecutivo?

TESIS: Tratándose de proceso ejecutivo la base de la ejecución, la llave jurídica que permite el acceso efectivo a la administración de justicia, es o son los títulos ejecutivos, que cuando se trata del regulado en el Código General de Proceso, son los (1) documentos claros, expresos, actualmente exigibles que provengan del deudor y constituyan plena prueba contra él o (2) las providencias de condena o (3) los documentos que la Ley establezca como tales; (...) artículo 422 del CGP (...) Así, para que un documento o conjunto de documentos puedan valerse en un proceso ejecutivo, deben cumplir con los siguientes requisitos: • El derecho y la correlativa obligación deberán ser expresos, es decir, estar determinados, manifiestos y precisados en el documento o en el conjunto de documentos; de tal manera que de ellos se establezca quién debe, a quién debe, qué se debe, cuánto se debe, cuándo y dónde se paga. • Claro, cuando no queda duda de la comprensión y cristalinidad del derecho y la correlativa obligación consignada en el documento. Hay ausencia de este requisito, cuando para desentrañar el derecho y la obligación se requiera de mecanismos axiológicos o de racionios que se traducirían en apreciaciones interpretativas y subjetivas, a lo que dice el documento en sí mismo. • Exigible, porque para hacerlo valer es puro y simple o no hay pendiente plazo o se cumplió la condición o se agotó la constitución en mora cuando así está determinado en la Ley o se aceleró la exigibilidad. • Que provenga del deudor y constituya plena prueba contra él, no quedando duda que el documento o conjunto de documentos contienen la declaración de voluntad generadora de derechos y correlativas obligaciones por parte del deudor y es plena prueba contra quién o quiénes se quiere hacer valer. Además, si para el surgimiento del derecho están pendientes el cumplimiento de presupuestos fácticos y normativos o de condiciones, deben acaecer antes de formularse la acción ejecutiva y librarse mandamiento de pago.(...)La parte actora, con la demanda pretendió mediante el proceso ejecutivo adelantar el trámite especial para la efectividad de la garantía real previsto en el artículo 468 del CGP, persiguiendo el pago de sus acreencias mediante el embargo del bien objeto de garantía, lo que ha sido interpretado en sede de tutela por la H. Corte Suprema de Justicia: (...) Así, para el acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 CP) y la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 CP), si el acreedor cuenta con un título ejecutivo (artículo 422 del CGP), puede hacer uso del proceso ejecutivo en el que se autoriza la acumulación de la acción personal y la real (si cuenta con prenda o hipoteca) o simplemente la acción personal o la acción real; teniendo presente que el patrimonio del deudor es la prenda general del acreedor (artículo 2488 CC), pudiendo solicitar su venta para satisfacer su acreencia (artículo 2492 CC); lo anterior sin distinción de los alcances que las partes hayan decidido dar a la constitución de la hipoteca como acuerdo de voluntades, por medio de la cual se ampara el cumplimiento de obligaciones contraídas por un deudor principal (artículo 2454), a través de la imposición de un gravamen sobre un bien inmueble (artículo 8° de la ley 1579 de 2012), de manera que ante el incumplimiento, el

acreedor puede acudir a la realización judicial del activo (artículo 2449 del CC).(...)Conforme el artículo 2221 del CC, “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.” El artículo 2222, “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.(...)El contrato de mutuo por si no es constitutivo de un título ejecutivo, para el efecto el documento deberá reunir los requisitos del artículo 422 del CGP en cualquiera de sus tres modalidades; por ello, para verificar la existencia del contrato de mutuo o la obligación por \$250.000.000 como título ejecutivo, que según la parte actora consta en la escritura pública, se procederá con la revisión del instrumento.(...)Del documento se desprende con claridad y expresividad la constitución de la garantía real sobre el predio propiedad de la parte demandada, mediante hipoteca abierta, de primer grado con límite de cuantía (\$250.000.000) sin que se estableciera que este tope, establecido por las partes, constituyera una obligación vigente a cargo del deudor y en favor del acreedor.(...)Confunden y mezclan los contratantes la garantía real como contrato accesorio con la obligación principal que no alcanza la categoría de título ejecutivo por no ser claro, ni expreso ni exigible ni tratarse de providencia de condena ni estar reconocido por la Ley como de tal; mírese que se “constituyó la hipoteca por un plazo de treinta (30) meses contados a partir del 26 de octubre de 2011”; acto seguido se indica que, “mientras no fuere cancelada en forma expresa y mediante otorgamiento de escritura pública firmada por el ACREEDOR la garantía respaldará todas las obligaciones que se causen o adquieran durante su vigencia”; se pactó un interés del 0.9% sobre saldos y el interés moratorio a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Bancaria, sin indicarse sobre cuáles saldos ni desde qué momento y el párrafo refiere “abonos trimestrales” pero no se indica sobre cual capital.(...)Con relación al plazo, refiere a 30 meses contados desde el 26 de octubre de 2011, por lo que se extendería hasta abril de 2014; que armonizado con las 8 cuotas trimestrales de \$30.00000 cada una, se ampliaría por 32 meses; y la última cuota trimestral de \$10.000.000, prolongaría hasta los 35 meses, es decir hasta septiembre de 2014 y no abril de 2014; superando los 30 meses que constan en la escritura pública; restándole claridad, expresividad y exigibilidad. De manera que del clausulado del instrumento público no puede desprenderse que LAURA MARCELA ARISTIZABAL ROJAS y PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO se hayan obligado a través de un documento que presta mérito ejecutivo en favor del demandante por no ser claro, expreso y exigible. (...)Si la parte demandada no recurrió el mandamiento de pago a efectos de atacar la falta de requisitos del título ejecutivo ni lo propuso como excepción de fondo, argumento que se introdujo a la litis con la sustentación del recurso de alzada; es deber del Juez -inclusive en la segunda instancia- revisar la legalidad de la orden ejecutiva al momento de emitir decisión de fondo, con el propósito de no sacrificar el derecho sustancial. En este orden, se encuentra que en la escritura pública 1860 del 26 de mayo de 2011 no se estableció un título que preste mérito ejecutivo para adelantar un proceso ejecutivo. Al no existir ni aportarse a este proceso título ejecutivo, como la llave jurídica para poner en marcha al aparato judicial, procede la cesación de la ejecución y en ese sentido se REVOCARÁ la decisión de primera instancia.

MP: RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

FECHA: 14/02/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Medellín, catorce (14) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

Proceso:	Ejecutivo para la efectividad de la garantía real
Radicado:	05001 31 03 015 2022 00319 01
Demandante:	Hernán de Jesús Quiroz
Demandado:	Laura Marcela Aristizábal Rojas y otro
Providencia:	Sentencia
Tema:	Es deber y facultad del Juez como director del proceso ejercer control de legalidad, tanto en primera como en segunda instancia, respecto de la aportación o no del documento que presta mérito ejecutivo y de sus requisitos. Sin que se acredite la existencia del título ejecutivo, cesa la ejecución.
Decisión:	Revoca sentencia
Sustanciador/ponente:	Ricardo León Carvajal Martínez

De conformidad con la Ley 2213 de 2022 se procede a decidir por escrito, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2024 por el JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, en el proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real adelantado por HERNÁN DE JESÚS QUIROZ GIL en contra de LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS y herederos determinados e indeterminados de PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO.

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escritura pública N°1860 del 26 de mayo de 2011 LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS y PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO se constituyeron deudores de HERNÁN DE JESÚS QUIROZ GIL por \$250.000.000, que serían cancelados en 30 meses contados desde el 26 de octubre de 2011, con intereses de plazo a la tasa del 0.9% mensual; en el documento público se constituyó hipoteca abierta sin límite de cuantía sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria 01N-101434.

- 1.2 Los demandados realizaron dos abonos a capital por (i) \$30.000.000 el 26 de septiembre de 2011 y (ii) \$30.000.000 el 26 de enero de 2012; cancelaron los intereses de plazo hasta septiembre de 2017, incurriendo en mora a partir de octubre de la misma anualidad.
- 1.3 Pretende se libre mandamiento por \$190.000.000 por concepto de capital, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera desde el 26 de octubre de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

2. MANDAMIENTO DE PAGO

El 4 de noviembre de 2022 se libró mandamiento de pago en acción real en favor de HERNÁN DE JESÚS QUIROZ GIL contra LAURA MARCELA ARISTIZABAL ROJAS y herederos determinados e indeterminados de PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO, por **"\$190.000.000, como capital vertido en la Escritura Pública No. 1060 del 26 de mayo de 2011 de la Notaría 11 del Círculo Notarial de Medellín. Más los intereses de mora a la tasa más alta autorizada por la Superintendencia Bancaria sobre el capital, desde el 26 de octubre de 2017 y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación"**; se ordenó el emplazamiento de los herederos indeterminados de PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO y se decretó **"de conformidad con el artículo 468 num 2° del C.G.P... el embargo y secuestro que sobre el inmueble...con M.I 01N-101434 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos- Zona Norte, poseen los señores LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS...y PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO."**

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LAURA MARCELA ARISTIZABAL se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones:

- 3.1 **"EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN"**, como reconoce el demandante en el hecho SEGUNDO de la demanda, **"se pactó un contrato de mutuo con plazo de vencimiento de treinta meses (30), contado a partir del 26 de octubre de 2011 (con fecha de admisión de la demanda luego de su primera inadmisión, el día 8 de Noviembre de 2022, o sea 7 años, 6 meses y 22 días han transcurrido después de la fecha de vencimiento de las obligaciones contenidas en el título hipotecario, cuya fecha de vencimiento era el 26 de octubre de 2014"**; la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el mandamiento de pago se notifique al demandado en el término de 1 año contado a partir del día siguiente a la notificación de la providencia al demandante; **"las acciones de cobro se encuentran marchitas..."**
- 3.2 **"INEPTITUD DE LA DEMANDA"**, por adolecer de caducidad y prescripción las acciones se materializa un defecto legal.
- 3.3 **"COBRO DE LO NO DEBIDO"**, como la obligación desapareció del mundo jurídico, **"si la obligación principal se encuentra marchita, marchitas también está lo accesorio."**

El curador ad litem que representa los intereses de los herederos de PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO, propuso la excepción:

- 3.4 **"PRESCRIPCIÓN FRENTE A LA OBLIGACIÓN"**, se surtió el lapso que exige la Ley sin que se hubiera ejercido la acción; **"solicito se sirva DECLARAR la PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA de la obligación contenida en la Cláusula Primera contenida en la Escritura Pública Nro. 1860 de Mayo 26 de 2011, por cuando ha operado el fenómeno de la prescripción contada a partir de la ya indicada fecha de exigibilidad."**

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD el 30 de septiembre de 2024 profirió sentencia anticipada por cumplirse el presupuesto previsto en el numeral 2° artículo 278 del CGP, desestimando las excepciones y siguiendo adelante con la ejecución en los términos del mandamiento de pago.

El demandante pretende se ordene el importe de la obligación dineraria reclamada con base en la escritura pública N°1860 del 26 de mayo del 2011, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima que establece la Superintendencia Financiera desde el 26 de octubre de 2017, fecha en que dejó de cancelar los intereses de plazo y hasta que se verifique el pago total de la obligación; la parte demandada propuso la excepción de prescripción, indicando a modo general, que como quiera que se pactó una fecha de vencimiento Y se trata de un "**título valor**", por lo cual se deben contar los 3 años establecidos en el artículo 789 del C. de Co, es decir, la acción cambiaria directa, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del CGP, sin que operara la interrupción por no haberse notificado a todas las partes dentro del año siguiente a la notificación del auto admisorio de la demanda.

Los requisitos generales del título valor han sido establecidos en el artículo 621 del C. de Co, además de los requisitos previstos para cada título valor en particular; no le asiste razón a la demandada que "**al pactarse fecha de vencimiento se convierte esta escritura pública en un título valor**"; es un error conceptual, no debe confundirse título valor con un título ejecutivo; luego, al no estar contenida la obligación que se persigue en la presente acción en un título valor, no sale avante la tesis de los resistentes, que indicaron que opera la prescripción de que trata el Art. 789 del C. de Co.

La obligación contenida en la escritura pública presentada al proceso se hizo exigible el 25 de abril de 2014, la prescripción operaría 5 años después en los términos del artículo 2536 del C. Civil (el 25 de abril de 2019); la demanda se presentó el 12 de octubre de 2022, no obstante en el hecho SEXTO de la demanda se indicó, "**La parte demandada canceló los intereses pactados hasta el mes de septiembre de 2017 y a partir del mes de octubre del año 2017 debe intereses de mora**"; lo que no tuvo oposición por los ejecutados, aplicándose lo

dispuesto en el inciso 2° del artículo 2539 del C. Civil que señala que la prescripción se interrumpe naturalmente cuando el deudor reconoce la obligación expresa o tácitamente.

El abono realizado por la demandada en septiembre de 2017 interrumpió la prescripción por el reconocimiento tácito de la prestación; reanudados los términos, los 5 años fenecían en el mes de septiembre de 2022; la demanda se presentó el 12 de octubre de 2022, pero debe aplicarse la suspensión de términos judiciales decretada por el Gobierno Nacional en época de pandemia por el término de 3 meses y 15 días, **"tiempo suficiente que se abona a la contabilización de términos de prescripción de la presente demanda ejecutiva, por lo que finalmente, la prescripción se configuraría en el mes de enero de 2023"**; teniendo en cuenta que la presentación de la demanda logró interrumpir la prescripción, dado que el mandamiento de pago se notificó al demandante el 5 de noviembre de 2022 y la demandada quedó vinculada el 21 de junio de 2023.

La excepción de prescripción se desestima, con ello las demás excepciones que se fundamentan en la existencia de ese fenómeno; se ordena el remate del bien hipotecado y de los que resulten embargados, secuestrados y evaluados.

4. APELACION SENTENCIA

La sentencia debe revocarse por falta de título ejecutivo; la hipoteca abierta sin límite de cuantía como contrato accesorio requiere de la existencia de uno principal a diferencia del contrato de hipoteca común que puede contener la garantía y el mutuo que constituye el título ejecutivo.

Para el ejercicio de la acción, debió aportarse título ejecutivo **"separado"** con las exigencias previstas en el artículo 422 del CGP, lo que no sucedió; no se demostró **"la existencia de obligación dineraria por parte del demandado al demandante puesto que el contenido de la escritura pública aportada no expresa que se ha contraído obligación alguna ya sea por concepto de mutuo o de cualquiera otra obligación que pueda demandarse ejecutivamente. Por el contrario, todo**

el contenido de ella se reduce a establecer las condiciones, modalidades y requisitos del contrato de una hipoteca abierta sin límite en la cuantía."

5. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

¿Debe cesar la ejecución por falta de título ejecutivo?

6. CONSIDERACIONES

6.1 ¿Control de legalidad en segunda instancia?

Tratándose de proceso ejecutivo la base de la ejecución, la llave jurídica que permite el acceso efectivo a la administración de justicia, es o son los **títulos** ejecutivos, que cuando se trata del regulado en el Código General de Proceso, son los (1) documentos claros, expresos, actualmente exigibles que provengan del deudor y constituyan plena prueba contra él o (2) las providencias de condena o (3) los documentos que la Ley establezca como tales; al afecto el artículo 422 del CGP estatuye:

"Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él o los que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción o de otras providencias judiciales o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia y los demás documentos que señale la ley..."

Así, para que un documento o conjunto de documentos puedan valerse en un proceso ejecutivo, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- El derecho y la correlativa obligación deberán ser **expresos**, es decir, estar determinados, manifiestos y precisados en el documento o en el conjunto de

documentos; de tal manera que de ellos se establezca quién debe, a quién debe, qué se debe, cuánto se debe, cuándo y dónde se paga.

- **Claro**, cuando no queda duda de la comprensión y cristalinidad del derecho y la correlativa obligación consignada en el documento. Hay ausencia de este requisito, cuando para desentrañar el derecho y la obligación se requiera de mecanismos axiológicos o de racionios que se traducirían en apreciaciones interpretativas y subjetivas, a lo que dice el documento en sí mismo.
- **Exigible**, porque para hacerlo valer es puro y simple o no hay pendiente plazo o se cumplió la condición o se agotó la constitución en mora cuando así está determinado en la Ley o se aceleró la exigibilidad.
- **Que provenga del deudor y constituya plena prueba contra él**, no quedando duda que el documento o conjunto de documentos contienen la declaración de voluntad generadora de derechos y correlativas obligaciones por parte del deudor y es plena prueba contra quién o quiénes se quiere hacer valer.

Además, si para el surgimiento del derecho están pendientes el cumplimiento de presupuestos fácticos y normativos o de condiciones, deben acaecer antes de formularse la acción ejecutiva y librarse mandamiento de pago.

El Código General del Proceso unificó el proceso ejecutivo de manera que el acreedor puede perseguir el bien gravado con garantía como cualquier otro de propiedad del deudor (artículo 422 y siguientes del CGP), desapareciendo distinciones entre ejecutivo singular, hipotecario y mixto e incorporando un trámite especial para la adjudicación o realización de la garantía real, que permite al acreedor solicitar desde el principio la adjudicación del bien para el pago de su acreencia (artículo 467 del CGP) o para efectividad de la garantía real cuando el acreedor opta por adelantar la ejecución para la satisfacción de su crédito con el producto exclusivo de los bienes dados en garantía (artículo 468 del CGP); siempre y cuando la ejecución vaya fundada en un título ejecutivo.

Sobre los efectos de dicha unificación, se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela STC522-2019, **"...de acuerdo con las copias de las actuaciones surtidas en los juicios ejecutivos objeto de reproche emerge que los despachos accionados desconocen que los derechos de los acreedores con garantía real en modo alguno resultan restringidos o anulados por el hecho de que estos, haciendo efectiva la prenda general de los acreedores, opten por perseguir ejecutivamente bienes distintos a los grabados, pues justamente el objeto de los procedimientos es hacer efectivos los derechos reconocidos en las normas sustanciales, de manera que para procurarse el cumplimiento de sus acreencias podrán hacer uso de los distintos procedimientos extrajudiciales o judiciales autorizados en la ley para ese propósito."**

La parte actora, con la demanda pretendió mediante el proceso ejecutivo adelantar el trámite especial para la efectividad de la garantía real previsto en el artículo 468 del CGP, persiguiendo el pago de sus acreencias mediante el embargo del bien objeto de garantía, lo que ha sido interpretado en sede de tutela por la H. Corte Suprema de Justicia en providencia citada:

"...el Código General del Proceso eliminó la dualidad de procedimientos existentes para cuando se promovía ejecutivo con acción personal o real -más allá de que hubiera dispuesto unas reglas especiales para los eventos en que los acreedores hipotecarios pretendan el pago, en principio, con el solo producto de la venta en pública subasta del bien gravado-, de manera que sea cual fuera la opción escogida no se merman los derechos sobre la hipoteca, por lo que el embargo que se decreta para la efectividad de dicha garantía real estará revestido de la prelación legal que le confieren las normas sustanciales y procesales, sin que en modo alguno pudieran ser ignorados por la promoción de una nueva ejecución adelantada por otro acreedor de similar categoría pero de segundo grado, quien -valga anotar- no podía hacerse a la "adjudicación o realización especial de la garantía real" ante la prohibición expresa consagrada en el artículo 467 del C.G.P., que restringe esa

posibilidad, cuando el bien se encuentre embargado o existan acreedores con garantía real de mejor derecho, ni adelantar el ejecutivo sin la convocatoria forzada de quien aparece en el certificado de tradición como acreedor hipotecario."

Desde el marco del derecho sustancial y con fundamento en teoría clásica de la clasificación de bienes corporales (que tienen materialidad en la medida que pueden ser percibidos por cualesquiera de los sentidos – artículos 653 y ss. del CC) y bienes incorporeales (que son los derechos y las acciones que de ellos se desprenden – artículos 664 y ss. del CC); el acreedor de un crédito puede ejercer acción personal para su efectividad y si está constituida en su favor garantía real (como la hipoteca), puede perseguir exclusivamente la garantía real o la acción personal o acumularla con la real.

Así, para el acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 CP) y la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 CP), si el acreedor cuenta con un **título ejecutivo** (artículo 422 del CGP), puede hacer uso del proceso ejecutivo en el que se autoriza la acumulación de la acción personal y la real (si cuenta con prenda o hipoteca) o simplemente la acción personal o la acción real; teniendo presente que el patrimonio del deudor es la prenda general del acreedor (artículo 2488 CC), pudiendo solicitar su venta para satisfacer su acreencia (artículo 2492 CC); lo anterior sin distinción de los alcances que las partes hayan decidido dar a la constitución de la hipoteca como acuerdo de voluntades, por medio de la cual se ampara el cumplimiento de obligaciones contraídas por un deudor principal (artículo 2454), a través de la imposición de un gravamen sobre un bien inmueble (artículo 8° de la ley 1579 de 2012), de manera que ante el incumplimiento, el acreedor puede acudir a la realización judicial del activo (artículo 2449 del CC).

Tratándose del contrato de hipoteca, según los artículos 2434, 2464 y 2537 del CC, es una convención accesorio; asimilada con la prenda, frente a la cual el legislador previó en el artículo 2410 *ibid.*, que es un **"contrato...que supone siempre una obligación a la que accede"**; lo que no implica que los créditos cubiertos deban ser preexistentes a la garantía, nada obsta para que se constituya de forma previa tal y

como lo entrevé el artículo 2438, **"Podrá asimismo otorgarse -la hipoteca- en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda."**

La Corte, **"En nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía"** (SC, 1° jul. 2008, rad. n.° 2001-00803-01); por lo tanto, en el contrato de constitución de garantía hipotecaria, es posible que se respalden créditos que surjan con posterioridad bajo la misma garantía.

Se plantea la existencia de 3 clases de hipotecas, lo que es referido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC3097 de 2022:

"Hipoteca: (I) Cerrada, que se caracteriza porque la garantía comprende únicamente determinados créditos preexistentes y hasta el límite de éstos; (II) Abierta con límite de cuantía, en la que, si bien el gravamen comprende obligaciones determinadas, también se prevé la cobertura de créditos futuros, pero hasta un máximo prefijado por los interesados; y (III) Abierta sin límite de cuantía, es «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'» (SC, 3 jul. 2005, rad. n.° 00040- 01); en otras palabras, es «la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen» (SC, 1° jul. 2008, rad. n.° 2001-00803-01)."

Reconociéndose valor jurídico a la hipoteca abierta con límite de cuantía, con la precisión que, **"incluso en este evento, conserva aplicación el artículo 2455 del Código Civil, en el sentido de que el límite a la garantía debe establecerse, no a la constitución, sino al ejercicio de la acción judicial respectiva, bien por el acreedor hipotecario al ejecutar los créditos insatisfechos pero cubiertos, o por el deudor hipotecario cuando acuda a la acción de reducción, también conocida como rescisión por lesión enorme"** (SC3097-2022).

Lo que encuentra apoyo en el artículo 35 del Decreto 1250 de 1970 sustituido por el artículo 16 de la Ley 1579 de 2021, en el cual se impuso, para el registro de cualquier instrumento público, la previa **"comprobación de que reúne las exigencias de la ley para acceder al registro"**, eliminando la exigencia que se identifiquen las obligaciones principales y el monto máximo de la cobertura.

Por tanto, al tratarse de hipoteca abierta sin límite de cuantía puede constituirse en el mismo documento público el contrato de mutuo celebrado entre las partes, porque esta clase de hipoteca constituye **"una garantía abierta para varias, diferentes, múltiples o sucesivas obligaciones, por lo común, futuras, indeterminadas y determinables durante su vigencia"**; lo que no obsta para que el Juez al librar mandamiento de pago ejerza control de legalidad sobre los requisitos del escrito de demanda y del documento que se aporta como título ejecutivo, dando aplicación a lo prescrito en el artículo 430 del actual CGP en cuanto a que, **"...el juez librará mandamiento de pago ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquél considere legal..."**

Librada la orden de apremio, **"Los requisitos formales del título ejecutivo... podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo"**; si el demandado interpone recurso de reposición contra dicha providencia, el Juez deberá ejercer un nuevo estudio de legalidad del documento aportado como base de la ejecución. Rigidez de la norma morigerado por diversos pronunciamientos de esta Sala de Decisión Civil como precedente horizontal y basados en providencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que el control oficioso de legalidad del título ejecutivo se debe efectuar tanto en primera como en segunda instancia antes de proferir sentencia o auto ordenando seguir adelante con la ejecución (STC- 3298-2019 MP Luis Armando Tolosa; STC-922-2019 MP Margarita Cabello Blanco).

Así, el Juez de primera y de segunda instancia tienen el deber y la facultad de realizar un estudio oficioso del título ejecutivo hasta antes de la emisión de sentencia o del auto que correspondan como lo estatuye el artículo 430 del CGP en armonía

con el artículo 132 del CGP al consagrar el control de legalidad, como el deber que tiene el Juez de revisar la actuación cuando en ella se avizoren irregularidades o vicios en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 y 7 artículo 42 ibid, expresando la primera norma:

“Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren... irregularidades del proceso...”

Control de legalidad que tiene sustento en el bloque de constitucionalidad, como lo consagran los artículos 93 y 94; en el preámbulo, artículos 1, 2, 4, 29, 228, 229 y 230, entre otros, de la Constitución Política; artículos 1, 2 y 3, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; y artículos 1, 2, 4, 7, 11, 13, 14, 42, 132, 430, entre otros, del Código General del Proceso; para garantizar la prevalencia del derecho sustancial y el efectivo acceso a la Administración de Justicia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC3274 de 2024, analizó el principio de seguridad jurídica de cara a la facultad que tiene el Juez de revisar la legalidad de la orden ejecutiva al momento de emitir decisión de fondo, tal proceder resulta acertado con el propósito de no sacrificar el derecho sustancial.

En sentencia STC18432-2016 recordó la revisión oficiosa del título ejecutivo:

“...Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la

estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restringida derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada.

Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que, si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejusdem, amén del mandato constitucional enantes aludido...

De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañadero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem. Y es que, como la jurisprudencia de esta Sala lo pregonó en plurales oportunidades relativamente al efecto demarcado por el Código de Procedimiento Civil, lo cual ahora también hace en punto de las reglas del Código General

del Proceso, para así reiterar ello de cara al nuevo ordenamiento civil adjetivo, ese proceder es del todo garantista de los derechos sustanciales de las partes trabadas en contienda, por lo que no meramente se erige como una potestad de los jueces, sino más bien se convierte en un «deber» para que se logre «la igualdad real de las partes» (artículos 4º y 42-2º del Código General del Proceso) y «la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial» (artículo 11º *ibidem*)” (CSJ. CSJ.STC 1121-2015, STC 20186-2017, STC 11143-2018, STC2778-2018 STC1121-2015, STC1018-2023, STC9529-2023 y, STC11278-2023, entre otras).

6.2 ¿Con la presentación de la demanda se acreditó el título ejecutivo?

Conforme el artículo 2221 del CC, ***“El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”***

El artículo 2222, ***“No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.***

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22 de marzo de 2000. Exp. 5335:

“...el mutuario o prestatario no recibe las cosas objeto del contrato para usarlas y devolverlas, sino para consumirlas, natural o jurídicamente, con cargo a devolver otras de la misma especie y calidad” (Sentencia del 27 de marzo de 1.998, exp. 4798). De ahí que un grupo de autores no dude en engastar al mutuo - igualmente conocido a través de la dicente locución como “préstamo de consumo” - en la categoría de los “contratos constitutivos” o “traslativos de propiedad”, atendido el aludido cometido ... el mutuo “sólo se perfecciona con la tradición de la cosa prestada, pues es así como se produce la transferencia de la propiedad de ella, del mutuante al mutuario, quien por tanto queda obligado a la restitución de

otra del mismo género y calidad” (Se subraya. Sent. marzo 27/98), restitución que sólo se justifica, stricto sensu, en la medida en que previamente se hubiere producido una entrega con la anunciada finalidad (tantum dem eiusdem generis et qualitatis).”

El contrato de mutuo por si no es constitutivo de un título ejecutivo, para el efecto el documento deberá reunir los requisitos del artículo 422 del CGP en cualquiera de sus tres modalidades; por ello, para verificar la existencia del contrato de mutuo o la obligación por \$250.000.000 como título ejecutivo, que según la parte actora consta en la escritura pública, se procederá con la revisión del instrumento.

Mediante la escritura pública 1860 del 26 de mayo de 2011 se celebraron 2 actos, la (i) el descrito en la cláusula PRIMERA, mediante el cual se constituye en favor de HERNÁN DE JESÚS QUIROZ GIL, hipoteca abierta de primer grado hasta por \$250.000.000 sobre el bien inmueble con matrícula inmobiliaria N°01N-101434; que según la cláusula TERCERA garantiza al acreedor ***“toda clase de obligaciones causadas o que se causen en el futuro a su cargo y a favor del citado acreedor hipotecario, directas o indirectas y por cualquier concepto, en sus propios nombres o con otra u otras firmas, conjunta o separadamente...se trate de préstamos, descuentos...endoso o cesión de instrumentos negociables o de créditos de otro orden, de garantías bancarias, de avales o de cualquier otro género de obligaciones, ya consten en pagarés, letras de cambio, cheques, etc. O en cualesquiera otros documentos comerciales o civiles, girados, aceptados, endosados, cedidos o firmados por la PARTE HIPOTECANTE individual o conjuntamente con otra u otras personas o entidades y bien se hayan girado, endosado o aceptado a favor del ACREEDOR directamente o a favor de un tercero que los hubiere negociado, endosado o cedido al ACREEDOR HIPOTECARIO, directamente 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, etc., y aun sin la intervención o contra la voluntad del HIPOTECANTE, todo hasta la citada cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$250.000.000.00) MONEDA CORRIENTE, por concepto de capital, garantizándose además del capital los intereses,***

honorarios de abogado y demás gastos hasta el pago efectivo total"; según la cláusula SEXTA, ***"Esta hipoteca se constituye por un plazo de treinta (30) meses, contados a partir del 26 de octubre de 2011, siendo entendido que mientras no fuere cancelada en forma expresa y mediante otorgamiento de escritura pública firmada por el ACREEDOR la garantía respaldará todas las obligaciones que se causen o adquieran durante su vigencia, ya sea que EL HIPOTECANTE continúe o no como propietario por traspasos o enajenaciones totales o parciales del inmueble hipotecado, pues la hipoteca produce sus efectos jurídicos contra terceros mientras no sea cancelada su inscripción. - Que durante este tiempo El DEUDOR reconocerá un interés mensual vencido del cero punto nueve por ciento (0.9%) sobre saldos, y en caso de mora un interés a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Bancaria. PARÁGRAFO: Los deudores harán el pago de capital de la siguiente manera: Con abonos trimestrales de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00) cada uno, a partir del día 26 de octubre de 2011."***

Del documento se desprende con claridad y expresividad la constitución de la garantía real sobre el predio propiedad de la parte demandada, mediante hipoteca abierta, de primer grado con límite de cuantía (\$250.000.000) sin que se estableciera que este tope, establecido por las partes, constituyera una obligación vigente a cargo del deudor y en favor del acreedor.

Si bien en el párrafo se hace alusión a lo que puede determinarse como "forma de pago", no se estatuyó en ninguna cláusula cuál es el crédito en que se delinea obligación alguna.

Confunden y mezclan los contratantes la garantía real como contrato accesorio con la obligación principal que no alcanza la categoría de título ejecutivo por no ser claro, ni expreso ni exigible ni tratarse de providencia de condena ni estar reconocido por la Ley como de tal; mírese que se ***"constituyó la hipoteca por un plazo de treinta (30) meses contados a partir del 26 de octubre de 2011"***; acto seguido se indica que, ***"mientras no fuere cancelada en forma expresa y mediante otorgamiento de escritura pública firmada por el ACREEDOR la garantía respaldará todas***

las obligaciones que se causen o adquieran durante su vigencia"; se pactó un interés del 0.9% sobre saldos y el interés moratorio a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Bancaria, sin indicarse sobre cuáles saldos ni desde qué momento y el párrafo refiere "abonos trimestrales" pero no se indica sobre cual capital.

Si en gracia de discusión tomamos los \$250.000.000 y los dividimos en cuotas de \$30.000.000, no es claro y expreso, porque daría como resultado 8 cuotas trimestrales de \$30.000.000 cada una, para un total \$240.000.000; y una 9 cuota trimestral de \$10.000.000.

Con relación al plazo, refiere a 30 meses contados desde el 26 de octubre de 2011, por lo que se extendería hasta abril de 2014; que armonizado con las 8 cuotas trimestrales de \$30.000.000 cada una, se ampliaría por 32 meses; y la última cuota trimestral de \$10.000.000, prolongaría hasta los 35 meses, es decir hasta septiembre de 2014 y no abril de 2014; superando los 30 meses que constan en la escritura pública; restándole claridad, expresividad y exigibilidad.

De manera que del clausulado del instrumento público no puede desprenderse que LAURA MARCELA ARISTIZABAL ROJAS y PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO se hayan obligado a través de un documento que presta mérito ejecutivo en favor del demandante por no ser claro, expreso y exigible.

Si la parte demandada no recurrió el mandamiento de pago a efectos de atacar la falta de requisitos del título ejecutivo ni lo propuso como excepción de fondo, argumento que se introdujo a la litis con la sustentación del recurso de alzada; es deber del Juez -inclusive en la segunda instancia- revisar la legalidad de la orden ejecutiva al momento de emitir decisión de fondo, con el propósito de no sacrificar el derecho sustancial.

En este orden, se encuentra que en la escritura pública 1860 del 26 de mayo de 2011 no se estableció un título que preste mérito ejecutivo para adelantar un proceso ejecutivo. Al no existir ni aportarse a este proceso título ejecutivo, como la

llave jurídica para poner en marcha al aparato judicial, procede la cesación de la ejecución y en ese sentido se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia.

9. COSTAS

Puesto que la sentencia se **REVOCARÁ**, se condenará en costas a la parte demandante y en favor de la parte demandada, en primera y segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 4 del artículo 365 del CGP.

10. AGENCIAS EN DERECHO

De acuerdo con lo establecido por el artículo 365 del CGP en concordancia con el artículo 5 numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, en esta instancia, se fijan como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada.

DECISIÓN

La **SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: Por las razones expuestas, se **REVOCA** la sentencia de la referencia y en consecuencia se ordena cesar la ejecución.

SEGUNDO: Se ordena el levantamiento de la medida cautelar decretada y practicada sobre el bien inmueble objeto de garantía, consistente en "***el embargo y secuestro que sobre el inmueble identificado con M.I 01N-101434 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos- Zona Norte, poseen los señores***

LAURA MARCELA ARISTIZABAL ROJAS...y PASCUAL DE JESÚS LONDOÑO RESTREPO."

SEGUNDO: Se **CONDENA EN COSTAS** a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada en ambas instancias.

TERCERO: Se fijan como **AGENCIAS EN DERECHO** el equivalente a UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.

LOS MAGISTRADOS

(firma electrónica)

RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA

Firmado Por:
Ricardo Leon Carvajal Martinez
Juez
Sala 09 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **a37a9a9d637fca85ffc493748418bee7072db0c9f4b3c2611703ece5427ff2**

Documento generado en 28/02/2025 11:02:04 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>