

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado ponente

STC1613-2016

Radicación n.º 05001-22-03-000-2015-00848-01

(Aprobado en sesión de diez de febrero de dos mil dieciséis)

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis
(2016).-

Decide la Corte la impugnación formulada frente al fallo de 26 de noviembre de 2015, proferido por la **Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, dentro de la acción de amparo promovida por **William Dlaikan Arguello** contra el **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Descongestión de la misma ciudad**, trámite al que fueron vinculadas las partes y los intervinientes del asunto al que alude el escrito de tutela.

ANTECEDENTES

1. El gestor del amparo reclama la protección constitucional del derecho fundamental al debido proceso,

presuntamente conculcado por la autoridad judicial accionada, con ocasión de la sentencia de segunda instancia que fue emitida el 31 de agosto de 2015, dentro del juicio ejecutivo mixto promovido por el Banco BBVA Colombia S.A. contra Francy Yaned Jiménez Rueda, Pedro Nel Becerra, Iván Darío Restrepo Ortiz y Robinson Fabio Holguín Vidales.

Solicita entonces, concretamente, que se ordene al despacho convocado, «*dejar sin efectos la sentencia*», y que «*se dicte una nueva*» (fls. 9 y 10 cdno. 1).

2. En apoyo de tales pretensiones, aduce en síntesis, que mediante la escritura pública No. 3194 27 de julio de 2000, la señora Francy Yaned Jiménez Rueda constituyó hipoteca «*abierta y sin límite de cuantía*» a favor del Banco Davivienda S.A., sobre los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 01N-5150122 y 01N-5150134, ubicados en la ciudad de Medellín.

Asevera que el 27 de marzo de 2007 la entidad financiera aludida «*cedió la garantía hipotecaria*» al Banco BBVA Colombia S.A., y posteriormente, Francy Yaned Jiménez Rueda, Pedro Nel Becerra e Iván Darío Restrepo Ortiz, suscribieron tres pagarés a la orden de dicha entidad financiera por las sumas de «*\$5'000.000.00, \$40'000.000.00 y \$21'840.000.00*», respectivamente.

Asegura que el 23 de diciembre de 2009 Francy Yaned Jiménez Rueda y Robinson Fabio Holguín Vidales

consignaron a favor del Banco BBVA Colombia S.A. «\$31'199.980.00», con el propósito de cancelar la «*obligación hipotecaria*».

Sostiene que en aras de obtener el recaudo de los créditos representados en los citados pagarés, el Banco BBVA Colombia S.A. promovió juicio ejecutivo mixto contra Francy Yaned Jiménez Rueda, Pedro Nel Becerra, Iván Darío Restrepo Ortiz y Robinson Fabio Holguín Vidales, este último como propietario de los inmuebles hipotecados y, en sentencia de 10 de octubre de 2014 el Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión de Medellín accedió a dicha pretensión, ordenando seguir adelante con la ejecución y el remate de los predios objeto de garantía real.

Señala que apelada la anterior determinación, mediante fallo de 31 de agosto de 2015 el estrado judicial accionado la revocó parcialmente, en el sentido de cesar la ejecución contra Robinson Fabio Holguín Vidales «*en su condición de propietario de los bienes gravados con hipoteca*», por lo que dispuso el levantamiento de las medidas cautelares que pesaban sobre éstos.

Tras ese relato indica, que como es el actual cesionario de los créditos objeto de cobro judicial, la providencia de segunda instancia conculcó su derecho al debido proceso, toda vez que el Despacho querellado no tuvo en cuenta que la hipoteca constituida respecto de los predios mencionados garantizaba «*las obligaciones anteriores y posteriores a la fecha de ésta*», es decir, no solo el crédito hipotecario sino también los

nuevos créditos, «*que por cierto se adquirieron antes de pagar la obligación cedida con [esa] garantía*»; y que en virtud del numeral 2° del artículo 1668 Código Civil, el propietario de los inmuebles «*se subrogó en las obligaciones garantizadas con la hipoteca*», motivo por el que la ejecución debe continuarse también contra Robinson Fabio Holguín Vidales (fls. 1 a 12 cdno. 1).

LAS RESPUESTAS DEL ACCIONADO Y LOS VINCULADOS

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, alegó que «*revocó el fallo de primera instancia en lo tocante a seguir adelante con la ejecución en contra del señor Robinson Fabio Holguín Vidales, como propietario inscrito de los bienes gravados con hipoteca, ordenándose consecuentemente la medida de embargo y secuestro de los mismos, toda vez que la hipoteca abierta fue constituida por la señora Francy Yaned Jiménez Rueda a favor de una entidad bancaria distinta de la ejecutante, esto es, Banco Davivienda S.A., sin especificarse los créditos que garantizaba, y no obstante ello, dicha hipoteca fue “cedida” al Banco BBVA quien procedió a instaurar demanda ejecutiva pretendiendo amparar con dicho gravamen obligaciones posteriores adquiridas por la señora Jiménez Rueda, misma que enajenó los bienes inmuebles pignorados al señor Robinson Fabio Holguín Vidales a quien se vinculó al proceso como propietario inscrito, configurándose un contrasentido jurídico, en tanto se traspasó una hipoteca desprovista de crédito con el fin de respaldar un crédito de otro acreedor*» (fl. 93 cdno. 1).

Por su parte, la sociedad New Credit S.A.S. adujo, que cedió el derecho de los créditos objeto de cobro judicial a favor del accionante, quien fue reconocido como cesionario

mediante auto de 23 de septiembre de 2013. De otra parte, alegó que la autoridad judicial atacada incurrió en causal de procedencia del amparo, *«al determinar que la escritura de constitución de hipoteca no se indicó el número de obligación»* y es que *«si no se plasmó es porque se trata de un gravamen abierto en el que se garantiza obligaciones pasadas, presentes y futuras que adquieran los deudores»* (fls. 101 a 103 cdno. 1).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín negó la protección reclamada, tras considerar que el Despacho accionado

«entendió, siguiendo el texto del instrumento público acogedor de la hipoteca, que la voluntad de la deudora que constituyó el gravamen iba dirigida a amparar las obligaciones contraídas directamente con el acreedor inicial; luego, a pesar de naturaleza abierta de la hipoteca y de la subrogación que a favor del banco BBVA se hizo, aquella no podía cobijar los créditos objeto de cobro en el proceso, por haber sido contraídos directamente con el cesionario de manera posterior.

Así, la conclusión se adoptó con estribo en la actividad interpretativa que el accionado hizo del compendio normativo plasmado en los considerandos de la decisión, que rige el asunto debatido, así como en los criterios doctrinales evocados, labor que la Sala, en puridad, no encuentra antojadiza, ni arbitraria, ya que para ello es indispensable que la actitud del funcionario desborde la lógica y la razón, situando así su comportamiento al margen del régimen legal» (fls. 105 a 119 ídem).

LA IMPUGNACIÓN

El promotor impugnó el fallo anterior, con argumentos similares a los planteados en la demanda de amparo (fls. 130 a 132 *ibídem*).

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela, como regla general, no resulta viable contra las providencias o actuaciones judiciales, dado que no pertenece al entorno de la justicia constitucional interferir en el escenario de los procesos judiciales en curso o ya terminados, para modificar o sustituir las determinaciones allí pronunciadas por los jueces naturales de las controversias, porque con ello se quebrantarían los principios superiores de autonomía e independencia judicial consagrados en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

Sin embargo, en los precisos casos en los que el funcionario judicial incurre en causal de procedencia del amparo, vale decir, cuando su obrar es arbitrario o caprichoso al punto que lesiona los derechos constitucionales fundamentales, sin que el afectado cuente con otro medio de protección judicial, puede intervenir el juez de tutela, única y exclusivamente para retirar el acto generador de la violación o amenaza de las mencionadas prerrogativas.

2. En el caso bajo estudio, el señor William Dlaikan Arguello cuestiona la sentencia de segunda instancia de 31 de agosto de 2015, emitida por el Juzgado Cuarto Civil del Descongestión de Medellín dentro del juicio ejecutivo mixto promovido por el Banco BBVA Colombia S.A. contra Francy Yaned Jiménez Rueda, Pedro Nel Becerra, Iván Darío Restrepo Ortiz y Robinson Fabio Holguín Vidales, por cuanto resolvió sacar de la ejecución a este último, quien funge como propietario inscrito de los bienes gravados con garantía real.

3. En el fallo referido, luego de que el Despacho atacado realizara una exposición sobre la normatividad que regula la «hipoteca general y la hipoteca abierta» y la «cesión de garantías», estimó la improcedencia de la acción real contra el propietario de los bienes gravados con hipoteca, «*en tanto que Francy Yaned Jiménez Rueda, constituyó hipoteca abierta a favor del Banco Davivienda S.A., mediante escritura pública No. 3194 del 27 de julio de 2000, sin embargo en ese instrumento no se especificó los créditos que garantizaba. Por lo tanto al momento de la cesión que realizó el Banco Davivienda al Banco BBVA mediante documento (cfr fs 19 reverso del C 1), la hipoteca no estaba garantizando ninguna obligación, y posteriormente la ejecutada suscribió pagarés a favor de la entidad cesionaria- Banco BBVA*».

Concluyó que lo anterior «*configura el contrasentido jurídico anunciado en la parte considerativa de la presente providencia, ya que se traspasó una hipoteca sin crédito a que ella accede, para que respaldara otro crédito de otro acreedor (Banco BBVA)*».

Y finalmente consideró que por ello, *«la acción real que pretendió ejercitarse en contra del señor Robinson Fabio Holguín Vidales carece de respaldo jurídico, toda vez que su vinculación al presente proceso, se dio por ser el propietario inscrito de los inmuebles objeto de garantía hipotecaria; sin que las obligaciones contraídas por el resto de codemandados con el BBVA, documentadas a través de los distintos títulos valores base de recaudo, estuviesen amparadas por la referida hipoteca; en consecuencia pertinente es ordenar cesar la ejecución en su contra y revocar la decisión del a quo en dicho sentido».*

4. De conformidad con lo que precede, no cabe duda para la Sala que en el presente asunto el juzgado encartado incurrió en causal de procedencia del amparo, al realizar una indebida valoración probatoria de la cesión del crédito realizada por el Banco Davivienda S.A. a favor del Banco BBVA S.A. y de la escritura pública No. 3194 27 de 27 julio de 2000, mediante la cual Francy Yaned Jiménez Rueda constituyó hipoteca *«abierta y sin límite de cuantía»* a favor de la primera entidad financiera citada, sobre los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 01N-5150122 y 01N-5150134, ubicados en la ciudad de Medellín.

En efecto, el Banco Davivienda S.A. cedió al Banco BBVA S.A. un crédito adquirido por la deudora, acompañado de la garantía real, razón por la que, contrario a lo afirmado por el Juzgado accionado, en el caso bajo estudio la hipoteca no estaba desprovista de obligación; y lo anterior se colige de la manifestación de la entidad cesionaria en el escrito de réplica a las excepciones de la demanda, en la que afirmó haber cancelado el crédito de la deudora al banco cedente,

por lo que aquél se subrogó en la totalidad de los derechos de éste, tal y como lo halló acreditado el Tribunal constitucional de primera instancia (fl. 115 cdno 1).

5. De otra parte, el Despacho atacado desconoció que en la cláusula segunda de la escritura pública No. 3194 de 27 de julio de 2000, Francy Yaned Jiménez Rueda constituyó hipoteca «*abierta y sin límite de cuantía*» a favor del Banco Davivienda S.A. con el objeto de «*garantizar todas las obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de esta escritura que la hipotecante tuviera o llegare a tener a favor de Davivienda*».

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

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

La acción real inherente a la hipoteca se dirige contra el propietario poseedor actual del bien, quien no siendo deudor de la obligación principal, sea porque adquirió la cosa con posterioridad, ora porque amparó una deuda ajena, contrae frente al acreedor una responsabilidad sin débito propio limitada a la cosa gravada, el valor del crédito y sus accesorios, pudiendo 'abandonársela, y mientras no se haya consumado

la adjudicación, de recobrarla, pagando el monto de la obligación y los gastos que este abandono hubiere causado', pues 'no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado' y 'no habrá acción personal contra él si no se ha sometido expresamente a ella' (art. 2454 C.C.); siendo deudor, el acreedor puede ejercer en su contra, ya la acción personal como quirografario con posibilidad de perseguir todo el patrimonio debitoris, ya la acción real como preferencial, bien acción mixta conjuntamente (arts. 28, Ley 95 de 1890 subrogatorio del art. 2449 y 1583 [1], 2418, 2452 Código Civil y 554 [3] C. de P.C.; Cas. Civ..15 diciembre de 1936, XLIV, 541 y 542; 19 de mayo de 1937, XLV, 118 y 13 de agosto de 1946, LXII, 59; 27 febrero de 1968, CXXIV, 32).

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

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

El rasgo característico de la relación obligatoria es su objeto, rectius, prestación (praes tare, A. GUARINO, Diritto privato romano, Jovene, Napoli, 1981, No. 74. 2, p. 693; G. GROSSO, Obligazioni, Contenuto e requisiti della prestazione, 3a. ed. Torino, s.d., 1970, pp. 33 ss.; ID. Las obligaciones, contenido y requisitos de la prestación, trad. Esp. M. TALAMANCA Obbligazioni -diritto romano-, en Enc. del Diritto, XXIX, Milano, 1979, pp. 1 y ss.), esto es, 'lo que debe el deudor', deber de conducta positivo (facere) o negativo (non facere) proyectado sobre

cosas o servicios (POTHIER, Tratado de las obligaciones, trad. esp. SIVIS, Madrid, s.d. Nos. 129 ss.), que podrá ser de garantía, exigible desde su constitución (pura o simple) o en cierto plazo (término simple o esencial) o luego de determinada contingencia (condición).

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

La prestación también debe ser suficientemente determinada, pero nada obsta su determinabilidad con sujeción a las pautas del título o de la ley o, de ambos, por las mismas partes o por terceros (arbitrium boni viri), per relationem, incluso por decisión judicial y por tarde al instante de su ejecución.

Con la locución 'hipoteca abierta', se denota la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen.

Trátase, por consiguiente, de una garantía abierta para varias, diferentes, múltiples, sucesivas obligaciones, por lo común, futuras, indeterminadas y determinables durante su vigencia sin necesidad de

estipulación posterior, siendo así 'general respecto de las obligaciones garantizadas' (Cas. Civ., 3 de junio de 2005, expediente 00040-01).

Por la indeterminación inicial del valor singular de las obligaciones y, en su caso, del monto global de la garantía, usualmente estipulada sin 'límite de cuantía' o de 'cuantía indeterminada', se cuestiona su eficacia por indeterminación, eventual abuso del acreedor con la inclusión generalizada e indiscriminada de toda prestación, fraude al derecho de crédito con la persecución, prelación y preferencia (par conditio creditorum, art.2492 C.C.) o quebranto del patrimonio del deudor sujetándolo injustificadamente en el tiempo e infirmado su derecho a la reducción cuando excede del duplo (art. 2455 Código Civil)» (Subraya la Sala, CSJ SC, 1° jul., de 2008 rad. 2001-00803-01).

6. Bajo esa perspectiva, no cabe duda de que en el caso bajo estudio las partes pactaron una hipoteca abierta sin límite de cuantía, la cual, como ya se dijo, tiene por objeto garantizar obligaciones pasadas o futuras, determinadas o determinables, de manera que, contrario a lo considerado por el Juzgado accionado, esa garantía también amparaba los créditos representados en los pagarés objeto de recaudo y, que el Despacho atacado vulneró la garantía invocada por el accionante, al restarle alcance demostrativo a la cesión del crédito realizada por el Banco Davivienda S.A. a favor del Banco BBVA S.A. y a la escritura pública No. 3194 27 de 27 julio de 2000, mediante la cual Francy Yaned Jiménez Rueda constituyó hipoteca «abierta y sin límite de cuantía» a favor del Banco Davivienda S.A., sobre los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 01N-5150122 y 01N-5150134, lo que conllevó a que concluyera que la acción real que pretendió ejercitarse en

contra del señor Robinson Fabio Holguín Vidales, propietario de los predios hipotecados, carecía de respaldo jurídico.

En torno a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por ausencia de valoración probatoria, la Sala ha puntualizado que:

«[U]no de los supuestos que estructura aquella es el defecto fáctico, en el que incurre el juzgador cuando sin razón justificada niega el decreto o la práctica de una prueba, omite su valoración o la hace en forma incompleta o distorsionando su contenido objetivo; incluso, cuando olvida apreciar el material probativo en conjunto o le confiere mérito probativo a un elemento de juicio que fue indebidamente recaudado. Esto, porque si bien los jueces tienen un amplio margen para valorar el acervo probatorio en el cual deben fundar su decisión y formar libremente su convicción, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (artículos 187 del Código de Procedimiento Civil), también es cierto que jamás pueden ejercer dicho poder de manera arbitraria, irracional o caprichosa. Y es que la ponderación de los medios de persuasión implica la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el fallador; racionales, es decir, que sopesen la magnitud y el impacto de cada elemento de juicio; y riguroso, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se le encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente incorporadas al proceso' (sentencia de 10 de octubre de 2012, exp. 2012-02231-00, reiterada el 8 de mayo de 2013, exp. 2013-00105-01)» (CSJ STC., 27 nov. 2013, rad. 2013-00109-01; criterio reiterado en STC4261-2015).

7. En consecuencia, por las razones anteriormente expuestas, se revocará el fallo impugnado para, en su lugar, brindar protección del derecho fundamental al debido

proceso al accionante, ordenándosele al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín o quien haga sus veces, que a vuelta de retirar del orden jurídico la sentencia de segunda instancia de 31 de agosto de 2015, dicte una nueva atendiendo las consideraciones y lineamientos expuestos en este pronunciamiento.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia objeto de impugnación, para en su lugar, **CONCEDER** el amparo al derecho fundamental al debido proceso a William Dlaikan Arguello.

En consecuencia, se **ORDENA** al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín o quien haga sus veces, que en el término de ocho (8) días contado a partir del recibo del expediente objeto de censura, deje sin valor ni efecto la sentencia calendada 31 de agosto de 2015, y en su lugar, proceda a dictar una nueva de decisión teniendo en cuenta lo expuesto en este fallo.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes, al *a-quo* y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto hacia los magistrados que suscribieron la decisión, me permito consignar las razones por las cuales discrepo del criterio adoptado por la mayoría.

1. La sentencia acusada por vía de tutela negó seguir adelante la ejecución contra el propietario de dos bienes gravados con una hipoteca que amparaba obligaciones personales de otros demandados. En criterio del juzgador, la hipoteca no garantizó las acreencias que se cobraron en el proceso ejecutivo porque éstas fueron contraídas con posterioridad a la celebración del acto constitutivo de la garantía real, por personas diferentes al propietario de los inmuebles gravados y con una entidad financiera distinta.

Específicamente manifestó: *“la acción real que pretendió ejercitarse en contra del señor Robinson Fabio Holguín Vidales carece de respaldo jurídico, toda vez que su vinculación al presente proceso se dio por ser el propietario inscrito de los inmuebles objeto de garantía hipotecaria; sin que las obligaciones contraídas por el resto de los codemandados con el BBVA, documentados a través de los distintos títulos valores base de recaudo, estuviesen amparadas por la referida hipoteca; en consecuencia pertinente es ordenar cesar la ejecución en su contra y revocar la decisión del a quo en dicho sentido”*. [Folio 27]

2. El juzgador de primera instancia en el trámite de la tutela negó el amparo constitucional porque consideró que la decisión cuestionada no fue arbitraria, irrazonable o ilegal, toda vez que la escritura pública de hipoteca expresa que ésta ampara solamente las obligaciones contraídas directamente con el acreedor inicial y no las que posteriormente adquirieron los deudores iniciales con otra entidad financiera.

3. La Sala, en la providencia objeto de este salvamento, expresó que la hipoteca si está llamada a garantizar las obligaciones personales contraídas con posterioridad por los deudores iniciales por ser una garantía real que se constituyó de manera abierta y sin límite de cuantía.

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 accesoria 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 inadmisibile.

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.

La situación se agrava aún más si se tiene en cuenta que la ejecutante está cobrando nuevamente una obligación que ya fue cancelada y cuya extinción por pago total el juez *a quo* se negó a declarar por simple negligencia en la valoración del acervo probatorio.

No existe ninguna prueba que permita inferir que la hipoteca cubrió otras deudas distintas al crédito otorgado para la compra de los inmuebles descritos en escritura pública de constitución del aludido gravamen, crédito que quedó extinto por pago total como lo confesó la misma ejecutante al certificar mediante una relación de pagos que la referida obligación se hallaba en ceros.

Ni en el proceso ejecutivo ni en el trámite de la presente acción constitucional, la entidad ejecutante logró probar que tiene acreencias vigentes que deban ser

solventadas por el propietario inscrito de los inmuebles que alguna vez estuvieron hipotecados, por lo que no existen motivos para inferir a partir de simples conjeturas o suposiciones sin respaldo probatorio, que el gravamen hipotecario tiene que mantenerse indefinidamente en el tiempo.

Es más, si nos atenemos al tenor literal del texto contenido de la garantía real, en él se dijo que el objeto de la hipoteca fue “*garantizar a Davivienda todas las obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de esta escritura que los hipotecantes tuvieran o llegaren a tener **a favor de Davivienda...***” De manera que no hay ninguna razón para creer que la aludida caución se constituyó para amparar todo tipo de obligaciones que de manera indefinida llegasen a contraer los deudores iniciales.

Considero que la decisión adoptada por esta Sede desconoció el fundamento jurídico que llevó al juez del circuito a corregir la sentencia que de manera errónea había dictado el juez *a quo* de la ejecución, y de ese modo terminó por estropear lo que estaba bien decidido, con el agravante de que ahora el propietario del bien sobre el cual pesa una hipoteca sin causa, tendrá que salir a responder con su inmueble por unas obligaciones que no estaban amparadas con ese gravamen y por otra que ya pagó en su totalidad.

La decisión de la cual tomo distancia, en suma, puso al revés lo que estaba al derecho, vulnerando de esa forma el debido proceso, el derecho de defensa y la vivienda digna de la parte accionada.

En los términos precedentes, dejo aclarado mi voto.

De los Señores Magistrados,

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado