**DERECHO REAL DE HIPOTECA / Derecho de persecusión.**

Doctrinariamente, se ha definido el derecho de hipoteca como una *“garantía real que, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, el derecho de embargar y rematar ese inmueble en cualesquiera manos en que se encuentren, y el de cobrar con preferencia sobre el precio"*. A partir de lo anterior y atendiendo el carácter real del derecho de hipoteca, el mismo confiere el derecho de persecución, en virtud del cual, el titular puede perseguir la cosa hipotecada en manos de quien se encuentre.

**DERECHO REAL DE HIPOTECA / Derecho de persecusión / Aplicación cuando se ha perdido la titularidad del bien por prescripción.**

Se advierte que respecto del aludido bien se constituyó una garantía hipotecaria por parte de la Industria Licorera de Boyacá, desde el 20 de diciembre del año 2000, lo que implica la aplicación del derecho de persecución de hipoteca al cual se refiere el artículo 2452 del Código Civil, y en ese sentido, aun cuando ahora el ejecutado- en este caso, el señor GABRIEL MEJÍA MUÑOZ- haya perdido la titularidad del dominio del bien, ello no significa de manera alguna que el mismo no pueda ser objeto de gravamen a favor de la industria licorera de Boyacá, más aún cuando, conforme se encuentra registrado en la anotación No. 4 del citado certificado de tradición del bien, se trata de un embargo ejecutivo con garantía hipotecaria.

**DERECHO REAL DE HIPOTECA / Derecho de persecusión / Desembargo del bien cuando su titularidad recae en un tercero.**

Al advertirse la procedencia del derecho real de persecución respecto del bien objeto de embargo, y ante la aplicación del citado artículo 597 del C.G.P., se puede colegir que por el hecho del nuevo dominio que recae sobre el bien, no puede disponerse el desembargo del mismo dentro del presente asunto - aspecto que igualmente fue destacado por el juez que resolvió otorgar el título de dominio a la recurrente dentro de la providencia emitida en el proceso de pertenencia-; en consecuencia, la Sala dispondrá confirmar la providencia recurrida.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

##### SALA DE DECISIÓN No. 6

**MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Tunja, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIA:** ACCIÓN EJECUTIVA

**EJECUTANTE:** INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ

**EJECUTADO: CARLOS JULIO PUENTES Y GABRIEL MEJÍA MUÑOZ**

**RADICADO:** 15000233100020010155101

1. **ASUNTO A RESOLVER**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad ejecutada contra del auto de 25 de septiembre de 2019, por medio del cual el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, negó la solicitud de levantamiento de embargo y secuestro practicado al predio denominado “EL ENCANTO” ubicado en la vereda “POTRERO GRANDE” identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 083-0028617 de la Oficina de Registro de Instrumentos de Moniquirá.

1. **ANTECEDENTES**

**2.1.- Del incidente de desembargo. -** (fls. 2-5 cuaderno 6) La señora ZENAIDA GRANADOS VALVUENA mediante apoderado judicial, radicó trámite incidental de desembargo del predio denominado “EL ENCANTO” ubicado en la vereda “POTRERO GRANDE” identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 083-0028617 de la Oficina de Registro de Instrumentos de Moniquirá.

Como fundamento de su solicitud, indicó el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Moniquirá, dentro del proceso de pertenencia 15469408900120150004500, emitió sentencia declarando a la incidentante como propietaria por prescripción extraordinaria del predio identificado en precedencia, decisión judicial que ya se encuentra registrada y en consecuencia a la señora GRANADOS VALVUENA no se le puede afectar el derecho reconocido de propiedad respecto del predio adquirido por prescripción y del cual se efectuó la correspondiente diligencia de secuestro. Aunado a lo anterior, adujo en su solicitud que dentro del proceso de pertenencia la Gobernación de Boyacá se limitó a señalar que ostentaba el derecho crediticio de Hipoteca, pero no hizo valer el mismo, al igual que no hizo oposición al mencionado proceso.

**2.2.- La providencia apelada. -** (fls 49-53 cuaderno 6.) Se trata del auto de 25 de septiembre de 2019 proferido por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se negó la solicitud de levantamiento de embargo y secuestro practicado al predio denominado “EL ENCANTO” ubicado en la vereda “POTRERO GRANDE” identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 083-0028617 de la Oficina de Registro de Instrumentos de Moniquirá.

Para arribar a dicha conclusión el juez de primera instancia, luego de hacer referencia a las pruebas obrantes en el informativo y a algunas de las decisiones adoptadas dentro del proceso, abordó lo atinente a la figura de la hipoteca, y precisó que conforme a la providencia emitida por el juez que declaró la pertenencia a favor de la señora ZENAIDA GRANADOS VALBUENA, aquella no se encuentra erigida en la legislación civil como causal de extinción de la hipoteca de conformidad con el artículo 2452 del código Civil, por cuanto la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido, criterio que compartió el Despacho del *a quo*.

A partir de lo anterior, el juez de primera instancia denegó la solicitud de levantamiento de embargo y secuestro solicitado por la señora ZENAIDA GRANADOS VALBUENA.

**2.3.- El recurso de apelación:** Inconforme con la anterior decisión adoptada por el Juez de instancia, la apoderada judicial interpuso recurso en los siguientes términos:

*“La decisión adoptada radica en el derecho de persecución frente al bien, es cierto que la hipoteca no limita el domino y el deudor hipotecario puede transferir el derecho, en ese caso cede la hipoteca al nuevo comprador, hecho diferente a esta situación y al no reconocerle este derecho de dominio y propiedad dentro del incidente de oposición a la señora Zenaida se le estaría limitando este derecho de dominio y propiedad que de una u otra manera el estado le dio mediante sentencia que la declara propietaria y dueña del predio.*

*Entran en juego dos factores fundamentales el de las consecuencias jurídicas de la usucapión y por otro lado las consecuencias jurídicas o el derecho que tiene el acreedor hipotecario a perseguir el bien, es cierto su señoría que no existe una causal para poder extinguir esa obligación hipotecaria con una prescripción adquisitiva de dominio, pero si no existe la causal estaríamos limitando el derecho a la propiedad a pedir por posesión, por vía de usucapión derecho de dominio sobre un predio.*

*La sustitución hipotecaria que pretende la parte actora desde luego no estamos de acuerdo, porque al reconocerse un dominio pleno sobre un predio, el nuevo dueño en este caso la señora Zenaida, no tendrá la obligación de asumir las obligaciones de un acreedor hipotecario es más su señoría teniendo en cuenta que este proceso es de 2001 y la sentencia de pertenencia es de fecha 5 de abril de 2018, posesión que se dio dentro del trámite de la hipoteca al 2018, se vinculó a la Empresa Licorera hoy en día el Departamento, desde mi sentir el hecho de no analizarse las consecuencias jurídicas del fenómeno de la prescripción en favor de un tercero poseedor de buena fe como es el presente caso, no puede estar sometido a las consecuencias jurídicas de la hipoteca y el derecho que ostenta el acreedor hipotecario cuando el bien es garantía de crédito.*

*Estuve totalmente de acuerdo con su señoría, los pronunciamientos durante el fallo corresponden a que efectivamente puede el acreedor hipotecario puede (sic) perseguir el bien, cuando se vende, pero en el presente caso si dejamos el caso en el sentido en que se profirió se estaría dejando que los bienes sometidos a hipoteca nunca serían susceptibles de adquirirse por prescripción., se adquirirá la deuda más nunca el predio, nunca el dominio sobre el inmueble.*

*En ese sentido, para qué pretender ganar un predio por prescripción cuando nos toca asumir una deuda en este momento como lo manifestó el Despacho, trescientos nueve y alguito más, el predio su señoría no vale ni la décima parte de eso, estamos luchando por darle el derecho real, el derecho de dominio a una señora que adquirió el predio por posesión, vía usucapión, pero si nos van a hacer efectiva 309 millones de pesos estamos anulándole ese derecho fundamental a acceder a la propiedad privada, por un acreedor hipotecario que de una u otra manera abandonó ese derecho de perseguir los bienes.”*

1. **CONSIDERACIONES**

**3.1. De la competencia para resolver la apelación.**

Si bien es cierto que en auto de unificación del 29 de enero de 2020 la Sección Tercera del Consejo de Estado[[1]](#footnote-1) determinó que la competencia para proferir esta clase de decisiones radica en el Ponente, también lo es que, con la reforma introducida por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021 al artículo 125 del CPACA, a partir de su entrada en vigor[[2]](#footnote-2), corresponderá a las Salas de Decisión de los Tribunales Administrativos, resolver las apelaciones interpuestas contra las providencias que decretan, niegan o modifican una medida cautelar.

Dicho cambio normativo, además de ser de aplicación inmediata por tratarse de normas de orden procesal, justifica apartarse del precedente de unificación referido.

**3.2. Problema jurídico.**

De acuerdo con el fundamento jurídico de la decisión recurrida y las razones expuestas por el apelante, corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto resulta procedente el levantamiento de la medida cautelar de embargo que recae sobre el bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 083-0028617 solicitada por la señora ZENAIDA GRANADOS VALBUENA.

**3.3. Del derecho real de hipoteca y el derecho de persecución del bien hipotecado**

3.3.1. - De acuerdo a las previsiones del artículo 2432 del Código Civil, *"la hipoteca es un derecho de prenda constituído sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor".*

Doctrinariamente, se ha definido el derecho de hipoteca como una “*garantía real que, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, el derecho de embargar y rematar ese inmueble en cualesquiera manos en que se encuentren, y el de cobrar con preferencia sobre el precio"[[3]](#footnote-3)*.

A partir de lo anterior y atendiendo el carácter real del derecho de hipoteca, el mismo confiere el derecho de persecución, en virtud del cual, el titular puede perseguir la cosa hipotecada en manos de quien se encuentre.

Sobre el particular, el artículo 2452 del Código Civil, consagra el Derecho de persecución de los bienes hipotecados, en los siguientes términos:

***Artículo 2452. Derecho de persecución del bien hipotecado***

*La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.

Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez.

Más, para que esta excepción surta efecto a favor del tercero, deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término de emplazamiento de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate, en el orden que corresponda.

El juez, entretanto, hará consignar el dinero.*

La Corte Suprema de justicia – Sala de Casación Civil, en relación con el derecho de persecución y las garantías reales y personales, precisó lo siguiente:

*"Cuando la persona del deudor, esto es, el sujeto pasivo de la obligación garantizada con hipoteca, es la misma propietaria del inmueble sobre el que recae el gravamen, frente a ella tiene el acreedor doble garantía: una, de tipo personal, consistente en que el patrimonio de aquélla es prenda general de cualquier acreedor; y otra, ya de linaje real, consistente en que el bien raíz hipotecado está prioritaria y directamente afectado al pago de su acreencia. Garantías ambas que las puede ejercitar separada o conjuntamente; la personal y la conjunta por los lineamientos del proceso ejecutivo y la real por los del ejecutivo con título hipotecario o prendario.*

*"Pero donde con mayor claridad puede apreciarse tal aspecto que importa la hipoteca, como quiera que el derecho del acreedor se bifurca, es en el supuesto de que el deudor y el dueño de la cosa sean personas diferentes, bien porque el* ***constituyente del gravamen*** *pierda por cualquier causa la titularidad en el dominio de la misma, ora porque con ella se haya garantizado obligación ajena en los términos del artículo 2439 del Código Civil. Es entonces cuando las dos garantías de que arriba se habló presentan matices diversos, como que, evidentemente, contra el deudor no tendrá el acreedor más que una acción personal, atendiendo precisamente la naturaleza del derecho de crédito que le pertenece; por lo mismo, el patrimonio del deudor, in integrum y hasta el importe de la deuda, constituye en tal caso su garantía personal.* ***Y a la par con ella, está favorecido también con la garantía real de hipoteca,*** *en el evento de que el deudor no cumpla la obligación, que se traduce, quepa repetirlo, en la facultad de perseguir exclusivamente el bien hipotecado, a fin de obtener la venta del mismo y satisfacer su acreencia con el producido, lo cual podrá ejercer mediante acción que dirija contra el dueño de la cosa, sea el que fuere, haya o no constituido el gravamen, exceptuando el caso, claro está, del que lo adquirió en pública subasta en las condiciones previstas en el artículo 2452 del Código Civil.*

*"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.*

*"En la hipótesis comentada, es claro, pues, que contra el deudor no podrá ejercerse la acción real; a su turno, contra el dueño de la cosa se carece de acción personal, como no sea el que garantizó deuda ajena se haya obligado a ello expresamente (parte final del artículo 2439 ya citado). (*Gaceta Judicial, No. 2439, pág. 116).

**3.4 .-Caso Concreto**.

3.4.1.- Ahora bien, revisado el certificado de tradición del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 083.0028617 expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Moniquirá, de fecha 22 de marzo de 2019, se advierte los siguiente (fls. 30-31 cuaderno incidental):

Conforme a la anotación No. 1 de 25 de octubre de 1999, se registra una compraventa del bien inmueble, mediante Escritura Pública No. 1309 de 8 de julio de 1999 emitida por la Notaría Primera de Moniquirá, de ZENAIDA GRANADOS VALBUENA a MEJÍA MUÑOZ GABRIEL (Quien funge como parte ejecutada dentro del presente asunto).

En la anotación No. 2 de 20 de diciembre de 2000, se registra una gravamen- hipoteca de cuerpo cierto abierta de primer grado de cuantía indeterminada, realizada mediante Escritura Pública No. 1309 de 12 de diciembre de 1999, de MEJÍA MUÑOZ GABRIEL a INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ.

En la anotación No. 3 de fecha 8 de octubre de 2002, se registra medida de embargo ejecutivo con acción personal- conforme a oficio 0003692/2331 del 11 de septiembre de 2002 del Tribunal Administrativo de Boyacá, de la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ a MEJÍA MUÑOZ GABRIEL.

Luego, el 21 de febrero de 2017, se registró la anotación No. 4, mediante la cual se aclara la anotación No. 3, en el sentido de indicar que se trata de un embargo ejecutivo con garantía hipotecaria. Esta aclaración se hizo en acatamiento del oficio No. 769 del 5 de noviembre de 2016, emitido por el Juzgado décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

Finalmente, en la anotación No. 5 de 27 de junio de 2018, se registra una declaración judicial de pertenencia- Modo de Adquisición- a favor de la señora GRANADOS VALBUENA ZENAIDA, conforme a la sentencia emitida el 5 de abril de 2018 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Moniquirá

En ese orden de ideas, precisa la Sala inicialmente que en efecto, conforme al fallo emitido en proceso de pertenencia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Moniquirá, se declaró la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio del bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 083-28617 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Moniquirá, a favor de la señora ZENAIDA GRANADOS VLABUENA, lo cual igualmente se advierte del acta de la audiencia allegado al expediente en la que se consigna la aludida decisión judicial emitido en dicho escenario procesal (fls. 6-9 cuaderno incidental).

Con todo, igualmente se advierte que respecto **del aludido bien se constituyó una garantía hipotecaria** por parte de la Industria Licorera de Boyacá, desde el 20 de diciembre del año 2000, lo que implica la aplicación del derecho de persecución de hipoteca al cual se refiere el artículo 2452 del Código Civil, y en ese sentido, aun cuando ahora el ejecutado- en este caso, el señor GABRIEL MEJÍA MUÑOZ- haya perdido la titularidad del dominio del bien, ello no significa de manera alguna que el mismo no pueda ser objeto de gravamen a favor de la industria licorera de Boyacá, más aún cuando, conforme se encuentra registrado en la anotación No. 4 del citado certificado de tradición del bien, se trata de un embargo ejecutivo con garantía hipotecaria.

Al respecto, cabe señalar que conforme a la Escritura Pública No. 2976 de 12 de diciembre de 2000, el señor GABRIEL MEJÍA MUÑOZ otorgó a la INDUSTRIA LICORERA DE BOYACÁ la hipoteca del predio ya identificado, el cual sirve como garantía dentro de la presente ejecución.

Siendo ello así, la Sala precisa que, en el presente caso, queda claro que al contar el bien objeto de embargo con un gravamen real (hipoteca) resulta aplicable el derecho de persecución del mismo, lo que implica la posibilidad del acreedor que garantizar el cumplimiento de la obligación aun cuando la titularidad del inmueble recaiga sobre un tercero.

Lo anterior, claro está, en criterio de la Sala, implicará la eventual vinculación procesal, de quien ahora ostenta la propiedad del bien, de cara a perseguir la garantía real de la obligación por parte del ejecutante, conforme a lo expuesto en precedencia.

3.4.2 y Es que, acompasado a lo anterior, cabe señalar que de acuerdo a las previsiones del artículo 597 -7 del Código general del Proceso, no se puede disponer el levantamiento de una medida cautelar de embargo y secuestro de un bien, cuando se colija de lo consignado en el registro de tradición del inmueble que la parte contra quien se profirió la medida no es la titular del domino del bien:

*Artículo 597: Levantamiento de embargo y secuestro*

*Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:*

*(…)*

*7. Si se trata de embargo sujeto a registro, cuando del certificado del registrador aparezca que la parte contra quien se profirió la medida no es la titular del dominio del respectivo bien, sin perjuicio de lo establecido para la efectividad de la garantía hipotecaria o prendaria.*

Presupuesto que encuentra configurado en el *sub júdice*, esto, en el entendido que la medida de embargo del bien registrada en el Certificado de Tradición del inmueble, recae en contra del señor GABRIEL MEJÍA MUÑOZ quien, se itera, ya no funge como propietario del inmueble.

En suma, al advertirse la procedencia del derecho real de persecución respecto del bien objeto de embargo, y ante la aplicación del citado artículo 597 del C.G.P., se puede colegir que por el hecho del nuevo dominio que recae sobre el bien, no puede disponerse el desembargo del mismo dentro del presente asunto - aspecto que igualmente fue destacado por el juez que resolvió otorgar el título de dominio a la recurrente dentro de la providencia emitida en el proceso de pertenencia-; en consecuencia, la Sala dispondrá confirmar la providencia recurrida.

No habrá condena en costas, como quiera que el trámite del recurso de apelación contra autos implica una decisión de plano, y en tal medida, no se evidencia la generación de gastos procesales ni agencias en derecho.

**IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**V. RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR** el auto proferido el 25 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** En firme ésta providencia, **Devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, para que provea lo pertinente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

1. . Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Auto de unificación del 29 de enero de 2020. Exp: 47001-23-33-000-2019-00075-01 (63931). C.P.: Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-1)
2. . La Ley 2080 de 2021 fue publicada en el diario oficial el 25 de enero de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. MAZEAUD Henry, León y Jean, “Lecciones de Derecho Civil”. parte III, vol. I, pág. 293). Citado en Corte Constitucional, sentencia C-192 de 1996. [↑](#footnote-ref-3)