

SECRETARIA. Santiago de Cali, 21 de junio de 2022. A despacho del señor Juez. Informándole que la parte ejecutante a través de su apoderado interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto mediante el cual se negó la reforma de la demanda. Sírvase proveer.

La secretaria,

Linda Xiomara Baron Rojas

AUTO No. 119
76001-31-03-0004-2020-00131-00
JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO

Santiago de Cali, veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)

Mediante providencia No. 072 del 15 de febrero de 2022, el Despacho negó por improcedente la solicitud de reforma a la demanda por no cumplir con las exigencias del artículo 93 del CGP. La parte demandante oportunamente interpuso recurso de reposición.

El recurrente expone como fundamento de su inconformidad que el artículo 93 del CGP indica que habrá reforma de la demanda, entre otros casos, cuando se allegan nuevas pruebas y cuando se alteren las pretensiones, lo cual se cumple a cabalidad en la reforma que fue negada por el despacho y que es objeto de recurso, como se indicó en el memorial con el que se aportó la reforma de la demanda, en la demanda reformada se enfatiza en que se trata de un proceso ejecutivo en el que además de perseguir el bien hipotecado, también se persiguen los demás bienes que puedan servir para el pago de las obligaciones e igualmente se allegó al despacho la escritura pública No. 1.154 del 28 de abril de 2017, otorgada en la Notaría Quinta del Círculo Notarial de Cali, donde consta la hipoteca sobre el inmueble 370-85153, lo cual constituye por sí misma una nueva prueba que debe ser tenida en cuenta para el desarrollo del proceso y que genera per se una nueva pretensión que consiste en librar oficios de embargo con la indicación de que se está haciendo uso de la garantía hipotecaria que se encuentra a favor del acreedor, con el fin de que sea registrado el embargo con las prerrogativas que ello indica, pues de esa forma existe prelación frente a los demás acreedores y es una información que garantiza que la oficina de registro de instrumentos públicos encargada proceda a registrar el embargo, pese a que ya haya un embargo registrado, tal como ocurre en el caso concreto (según nota devolutiva aportada al despacho el 10-09-21), pues en caso contrario, únicamente podría optarse por remanentes, lo cual carece de sentido en tanto la garantía hipotecaria sigue vigente y efectivamente se está haciendo uso de ella.

En síntesis, se está agregando al proceso una nueva prueba que es la escritura pública

No. 1.154 del 28 de abril de 2017, otorgada en la Notaría Quinta del Círculo Notarial de Cali y, por ende, se están agregando dos nuevas pretensiones que son, tramitar el proceso conforme al artículo 422, en el que además de perseguir el bien hipotecado se perseguirán los demás bienes que posea el demandado, como consecuencia de ello, informar a la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali, en el oficio de embargo, la existencia de la hipoteca sobre el inmueble con matrícula 370-85153, con el propósito de que procedan a registrar la medida con tal prerrogativa.

Respecto a la pretensión especial que consiste en enfatizar que se trata de un proceso ejecutivo en el que además de perseguir la garantía hipotecaria también se persiguen otros bienes de los demandados, cabe mencionar que esto fue descrito en la demanda inicial, pero por error involuntario no se aportó la escritura de constitución de la hipoteca, por lo cual no fue tomada en cuenta por el despacho ni señalado como causal de inadmisión al faltar uno de los documentos mencionados en los anexos y requeridos por la ley, razón que llevó al despacho a imprimir a la demanda el trámite del proceso ejecutivo singular, negando el derecho real que se tiene sobre el inmueble hipotecado, situación que posteriormente se manifestó al despacho, aportando la escritura, pero fue negada mediante auto notificado el 07 de diciembre de 2021, con el argumento de que el proceso ejecutivo mixto no existe en el Código General del Proceso, situación que llevó a presentar la reforma de la demanda.

Frente a esto debe traerse a colación el principio de primacía del derecho sustancial sobre el procesal, que se halla en el artículo 228 de la constitución y el 11 del CGP, pues el artículo 2449 del Código Civil permite expresamente perseguir, además de los bienes dados como garantía real, los demás bienes del deudor, por lo que ante la falta de un proceso "ejecutivo mixto" expreso en el CGP, no se deben cercenar ni condicionar los derechos que por la ley sustancial ya tiene un acreedor para satisfacer las obligaciones que el deudor ha incumplido, al poder perseguir los bienes con garantía real y los demás que posea el deudor, guardando la proporcionalidad en relación con la deuda.

Por lo anterior solicita se revoque el auto atacado y en su lugar se dé trámite al escrito mediante el cual se solicitó la reforma de la demanda y se admita.

TRAMITE

El artículo 318 del CGP, habla de la procedencia y oportunidades para proponer el recurso de reposición, su parte pertinente dice: *"... El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá*

interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto...”

El recurso se aduce ante el mismo funcionario que profirió la resolución impugnada, con expresión de las razones que lo sustentan, por medio de escrito, presentado dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto.

El medio de impugnación antes referido se resolverá, sin que sea necesario correr el traslado respectivo a la otra parte por cuanto no se ha trabado la Litis. Para resolver, se tendrá en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El problema jurídico que plantea el recurso gira en torno establecer si es procedente aceptar la reforma a la demanda presentada oportunamente en los términos del artículo 93 del CGP, atendiendo que el trámite del proceso se debe adelantar conforme al artículo 422 del C.G.P. en el que además se persigue el bien hipotecado y demás bienes que posea el demandado.

Al respecto la norma citada dice: *"El demandante podrá corregir, aclarar o reformar la demanda en cualquier momento, **desde su presentación y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial**. La reforma de la demanda procede por una sola vez, conforme a las siguientes reglas: 1. Solamente se considerará que existe reforma de la demanda cuando haya alteración de las partes en el proceso, **o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten**, o se pidan o alleguen nuevas pruebas. 2..."* (Subraya el Despacho)

Así las cosas, de una revisión al escrito de reforma a la demanda se pudo observar que se pretende se le dé a la demanda ejecutiva el trámite en los términos del artículo 422 del C.G.P, en el que además de perseguir los bienes que posean los demandados, también pueda hacerlo con el bien dado en garantía hipotecaria.

Ahora bien, respecto de la denominada acción ejecutiva mixta, en el AC4493-2018, la Corte Suprema de Justicia dijo:

"Prevé el artículo 2449 del Código Civil, que el ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados, y puede ejercitarlas ambas conjuntamente, aún respecto de los herederos del deudor difunto; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera. De donde surge que, para la satisfacción de su deuda, el acreedor hipotecario puede ejercer ante la jurisdicción la acción real, o la personal contra el deudor, o

ambas simultáneamente (mixta), y se estará, inequívocamente, frente al despliegue de un derecho real, cuando se opte por materializar o concretar el cobro de una obligación a través de la prerrogativa de persecución de la condición de acreedor hipotecario (art. 2452 C. C.), y también cuando se persigan, además de los bienes gravados, otros que no son objeto de garantía (art. 2449 C.C.). Procesalmente, cuando el acreedor elige perseguir el pago de la obligación exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, se aplican "las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real", contempladas en los artículos 468 del Código General del Proceso; mientras que cuando la satisfacción del crédito se busca no solo con la subasta o remate del inmueble gravado sino con otros bienes del obligado, las reglas a seguir no son otras que las generales de los artículos 422 y s.s. del aludido estatuto, sin que ello acarree que el acreedor real pierda el privilegio con el que cuenta, o que se convierta, por vía de esa particularidad procesal, en un acreedor quirografario, toda vez que llegado el momento del remate, con el bien gravado se le solucionará preferentemente su crédito, y con los restantes, los no gravados, el pago será proporcional."

De lo atrás transcrito, se concluye que en efecto la solicitud de reforma a la demanda allegada por el apoderado judicial de la entidad demandante es totalmente procedente y no como se indico en el auto recurrido, en tanto que desde el escrito genitor de la demanda, hizo alusión a perseguir el bien dado en garantía hipotecaria por el demandado, pese a no haber allegado la escritura pública que la contiene, sin que se hubiera inadmitido la demanda por ello, lo cual se hizo con el escrito de la solicitud de reforma, donde en sustento de su solicitud de reforma aporto la Escritura Pública No. 1154 de abril 28 de 2017.

Además, que, si bien es cierto en el Código General del Proceso ya no se hace referencia a la clase de procesos ejecutivos que en vigencia del Código de Procedimiento Civil se adelantaban esto es *-hipotecario, prendario, singular y mixto-*, en tanto que se unificó en uno solo su trámite, ello a criterio de este juzgador no lleva a la conclusión de que la acción mixta desapareció, por lo que procede es adecuar la presente demanda ejecutiva singular como inicialmente fue admitida, continuar su tramite como un proceso ejecutivo con acción mixta, debiéndose en consecuencia revocar el auto recurrido.

Por los anteriores argumentos, el Juzgado.

RESUELVE:

1. REPONER para REVOCAR el numeral 1 del auto No. 072 del 15 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. TENER POR REFORMADA la presente demanda, conforme al numeral 1 del artículo 93 del C. General del Proceso, teniéndose en adelante que se trata de un proceso EJECUTIVO MIXTO.

3. LIBRESE COMUNICACIÓN a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, a fin de informarle que, con ocasión de la reforma a la demanda efectuada por el apoderado judicial de la entidad demandante, el proceso que aquí se adelanta es un EJECUTIVO MIXTO, donde se persigue el bien inmueble dado en hipoteca, distinguido con la matrícula inmobiliaria No. **370-85153**, y que en ese sentido debe inscribir la medida que le fuere comunicada mediante oficio fechado el 06 de octubre de 2020.

4. NOTIFIQUESE el presente auto junto con el mandamiento de pago a los demandados que se encuentran pendientes de ser notificados.

5. CORRER traslado a la sociedad demandada FRUTAFINO S.A.S., en la forma establecida en el numeral 4 del artículo 93 del Código General del Proceso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Juez,



RAMIRO ELIAS POLO CRISPINO

**JUZGADO 4 CIVIL DEL CIRCUITO DE
CALI
SECRETARIA**

En Estado No. **093** de hoy se notifica a las partes el auto anterior.

Fecha: **22 DE JUNIO DE 2022**

LINDA XIOMARA BARON ROJAS
La Secretaria