

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE CALI DE ORALIDAD DE CALI
RADICACIÓN No. 76001-4003-002-2019-00628-00**

Santiago de Cali, Veintidós (22) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020).

I.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a través del presente proveído a resolver las objeciones formuladas por los acreedores Banco Davivienda S.A. y Sion Technology S.A.S. dentro del trámite de insolvencia de persona natural no comerciante adelantado en el CENTRO DE CONCILIACIÓN FUNDAFAS por la señora MERCEDES DIAZ DEL CASTILLO BALANTA

II.- ANTECEDENTES

En audiencia de negociación de deudas celebrada el 11 de julio de 2019, en el curso de la misma, los acreedores Banco Davivienda S.A. y Sion Technology S.A.S. formularon objeciones, las cuales tuvieron como sustento, en su orden, la calidad de comerciante de la deudora y la exclusión del bien inmueble relacionado por la deudora como de su propiedad con ocasión a que el mismo ya había sido adjudicado y aprobado el remate, por el Juzgado Primero de Ejecución de Sentencias.

Asimismo el objetante Banco Davivienda S.A. reprochó que la falta de competencia el centro de Conciliación de cara a que el domicilio de la deudora es en municipio de Guapi- Cauca y no en Cali; asimismo se incumplió con el requisito contenido el numeral 6° del artículo 539 del CGP en cuanto a la certificación de ingresos.

Surtido el término de traslado y haciendo uso del mismo, la deudora insolvente descorre el traslado de las objeciones y se opone a cada una de ellas argumentando no ser comerciante por tener cancelada la matrícula mercantil y por no ejercer actos de comercio, respecto de la exclusión del bien inmueble alega que la tradición del mismo no se había efectuado. Por otro parte alega que en el proceso ejecutivo se incurrió en nulidad por ello, no es válido ni el remate ni la adjudicación.

III.- CONSIDERACIONES

Revisadas las presentes diligencias advierte el suscrito que en concordancia a lo previsto en el artículo 552 del C.G. del P., este despacho es competente para emitir pronunciamiento de fondo frente a las objeciones impetradas, por lo que no encontrando reparo que invalide lo aquí actuado.

De cara al escenario fáctico de la presente controversia, se procede a resolver la cuestión litigiosa planteando como problemas jurídicos a despejar, en primer lugar, si efectivamente puede predicarse la calidad de comerciante de la señora Mercedes Díaz del Castillo; en segundo lugar, e íntima relación con el anterior problema, si la sola circunstancia de que los créditos que aquí se recaudan fueron adquiridos cuando la insolvente fungía como comerciante, le impide acceder a este proceso; en tercer lugar, si la omisión del requisito de que trata el numeral 6° del artículo 539 del CGP tiene la virtud dar al traste con el proceso; por último, pero no por menos importante, si al no haberse registrado el acta de remate y el auto aprobatorio del mismo, antes del inicio del proceso de negociación de deudas, sobre el folio de matrícula inmobiliaria No. 370- 59325, conlleva a que el inmueble adjudicado no pueda ser incluido o relacionado como un bien del deudor.

Así las cosas, demarcados los derroteros sobre los cuales habrá de pronunciarme, en lo concerniente a la actividad de comerciante que se aduce ostentar el deudor insolvente, es propicio traer a colación que

el artículo 10 del Código de Comercio define al comerciante como la persona que profesionalmente se ocupa de alguna actividad considerada como mercantil, adicional a ello precisa el enunciado mandato que la calidad de comerciante se adquiere aun en ejercicio por interpuesta persona, apoderado o intermediario.

En esos términos, el profesionalismo en el acto de comercio exigido por la norma, se traduce en la dedicación constante de una persona para ejercer actos mercantiles, de ahí que no pueda ser considerada comerciante una persona que ocasionalmente ejecuta operaciones mercantiles¹.

Ahora, en el caso de marras se enuncia que la deudora insolvente tiene la calidad de comerciante basado en que aquella cancelo pocos días antes del inicio de este proceso la matricula mercantil ,asimismo que algunas de las deudas aquí relacionadas se adquirieron en su calidad de comerciante, aunado el inicio de un proceso de reorganización ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guapi – Cauca.

No existe duda que la deudora fue comerciante, según lo ha manifestado en el escrito contentivo de la solicitud de negociación de deudas, tampoco la hay que los créditos del Banco Davivienda, Nadelco y Depósitos La Colmena fueron otorgados en el contexto de una actividad comercial. Empero que ello sea así no implica que es prueba la calidad de comerciante actual de la deudora, por el contrario, según obra folio 8, el establecimiento de comercio en el cual desplegaba su actividad comercial, ha sido cancelado más allá de las suspicacias que pueda generar la poca deferencia de días entre ese hecho y el inicio de este proceso, al paso, y adicionalmente, que no hay evidencia actual que continúe ejercido actos de comercio.

¹ Artículo 11 del C.Co.

Y es que en punto a lo que se viene sosteniendo hay que decir que la ley mercantil no establece o regula hasta cuando un comerciante deja de ser tal —salvo las hipótesis del artículo 17 del C de Co, que no es el caso—, menos aún estipula que una vez se es comerciante nunca se dejara de ser tal. Empero lo que si estipula es que se es tal mientras despliegue actividades mercantiles (teoría objetiva del acto de comercio) o se funja como comerciante (teoría subjetiva).

En sana lógica, quien es calificado de comerciante por desplegar actos de comercio o estar inscrito como tal, deja de ser comerciante cuando deja de desplegar tales actos, inscrito o no, claro está sin perjuicio de la presunción de que trata el numeral 1° del artículo 13 del Código de Comercio.

Empero, la pregunta que se viene a la mente, es ¿A quién corresponde probar que se despliegan actos de comercio, para endilgar a una persona que ella es comerciante? A la luz de las reglas del proceso de negociación de deudas, en especial del trámite de la objeción, los acreedores tienen tal carga, porque al deudor, salvo la presunción de que trata el numeral 1° del artículo 13 del Código de Comercio, les es por lo demás difícil demostrar —negación indefinida— que no ejerce actos de comercio.

Entonces si la deudora aquí ha dicho que ya no es comerciante, porque por un lado ya no está inscrita —lo que conlleva a que no opere presunción alguna de que es comerciante—, por otro, ha dicho que no ejerce ya actos de comercio, lo que impone concluir que ya no es comerciante, de allí que bien pueda acudir a este trámite pues tal calidad no se conserva —al menos así no lo estipula norma alguna—por haber sido comerciante en el pasado y tener obligaciones vigentes cuando era tal.

Desde una óptica pragmática, una conclusión contraria sería inadmisibles, pues recuérdese que a diferencia de la persona jurídica no

existe una separación patrimonial entre el ente societario y el socio individualmente considerado, de allí que al o la excomerciante se le aplique la máxima de que trata el artículo 2488 del Código civil en tanto de que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros.

Y es bajo esa prenda general que el deudor, pero bajo las reglas de la insolvencia de persona natural no comerciante, responda con su patrimonio por las deudas que adquirió cuando era comerciante.

Dicho de otra manera en estos casos, no hay algo así como un bipartición del patrimonio del deudor, en patrimonio en calidad de comerciante y patrimonio de no comerciante.

Con fundamento en lo anterior responderemos, en su orden, a los dos primeros problemas jurídicos: *i)* que la señora Marilu Gómez Castañeda, no es actualmente comerciante y; *ii)* que la sola circunstancia de que los créditos que aquí se recaudan fueron adquiridos cuando la insolvente fungía como comerciante, no le impiden acceder a este proceso, y la prueba de tal calidad tampoco la aportó la copia de la providencia que decretó el desistimiento tácito, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guapi, pues con ella se prueba que en ese entonces se acudió en ese trámite cuando era comerciante, lo que no riñe con que ahora no lo sea; y con cuanta mayor razón si ese proceso data del año 2010.

Apoyada en esas obligaciones de la deudora también se puso en duda la competencia del Centro de Conciliación basado en que la deudora tenía su domicilio en Guapi, empero todo ello demuestra que en algún momento aquella tuvo su domicilio en ese municipio pero no prueba que actualmente continúe siendo el mismo y no Cali.

Despejados los anteriores puntos, conviene dirigir la mirada al tercer problema jurídico consistente en que en tercer lugar, si la omisión del requisito de que trata el numeral 6° del artículo 539 del CGP tiene la virtud dar al traste con este proceso.

Dispone el numeral 6° del artículo 539 del CGP, que se debe aportar un certificado de ingresos del deudor expedida por su empleador o, en caso de ser trabajador independiente, una declaración de los mismos, que se entenderá rendida bajo la gravedad de juramento.

Contrario a lo manifestado por el sensor, si hay una declaración de ingresos muy a pesar que la fuente de los mismos no luzca confiable o seria, pues la ley sobre el particular no establece criterio alguno de procedencia de ingresos sino a efectos de determinar el monto con que se va a contar para atender las obligaciones. Ahora, el hecho de que la fuente de los ingresos no sea confiable o no luzca seria conllevaría, en sana lógica a que los acreedores no voten positivamente el acuerdo pero no a su inadmisión y meno aun al rechazo.

Es por lo anterior que este punto concreto de controversia habrá de ser desestimado, lo que impone dirigir la mirada al último punto de discordia, consistente en que al no haberse registrado el acta de remate y el auto aprobatorio del mismo, antes del inicio del proceso de negociación de deudas, sobre el folio de matrícula inmobiliaria No. 370- 59325, conlleva a que el inmueble adjudicado no pueda ser incluido o relacionado como un bien del deudor.

Tratase esta discusión de una controversia relativa a la inclusión o exclusión de un bien en el haber del deudor, carente de regulación legal entre los artículos 531 a 576 del Código General del Proceso.

Reza el artículo 12 de nuestro estatuto procesal civil que cualquier vacío en las disposiciones de éste con las normas que regulen casos análogos, y falta de éstas, el juez determinará la forma de realizar los actor procesales, con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.

Sostiene Ricardo Guastini que en el lenguaje jurídico suele llamarse “aplicación analógica” a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma, es decir, por este método se integra el derecho en presencia de lagunas.

Continúa sosteniendo el prenombrado autor que se llama argumento analógico o *a simili* el procedimiento discursivo que se emplea para justificar o motivar la aplicación analógica. La estructura del argumento analógico es la siguiente:

1. Se parte, en primer lugar de que un determinado supuesto de hecho (F1) no viene disciplinado por ninguna norma explícita; es decir, el derecho presenta, *prima facie*, lagunas.

2. Se parte, en segundo término, de que el supuesto de hecho no disciplinado (F1) guarda una semejanza relevante o esencial con otro supuesto de hecho (F2) regulado por una norma jurídica que le atribuye una determinada consecuencia jurídica. La estructura lógica es la siguiente “si F2, entonces G”

3. Se concluye construyendo una norma que también atribuye la misma consecuencia jurídica al supuesto de hecho no previsto. La estructura lógica es la siguiente “si F1, entonces G”.

4. La norma formada de este modo puede emplearse luego como fundamento de una decisión judicial.

En nuestro estatuto procesal civil, solo el artículo 501, en armonía con el 505, contempla la objeción basada en la exclusión de bienes ora porque son bienes propios del cónyuge sobreviviente o porque se promovió proceso sobre la propiedad del bien inventariado si bien,

Ya por fuera del Código General del Proceso, La ley 1116 de 2006 en sus artículos 55 y 56 regula lo relativo a los bienes que no forma parte del patrimonio a liquidar y el trámite para la entrega de dichos bienes excluidos.

No sin desconocer que tales normas tienen un ámbito de aplicación en el contexto de una liquidación patrimonial, lo cual aquí no ocurre porque este proceso está en la fase de negociación, hay que decir que desde el punto de vista de la objeción o controversia planteada —relativa a la exclusión de un bien— cabe utilizar con preferencia las normas atrás mencionadas de la Ley 1116, por revestir grandes rasgos con las situación problemática aquí a solucionar —semejanza fáctica— y regulativa desde el punto de vista del diseño normativo y teleológico, y ni que decir axiológico entre la insolvencia de persona natural no comerciante y la referida Ley. Cosa que no ocurre con los artículos 501 y 505 del CGP, con todo que el proceso sucesorio también es de naturaleza liquidatoria.

Consagra de manera taxativa el artículo 55, una lista de 9 bienes que se encuentran excluidos de la liquidación, entre las que más se

asemejan a este caso es la última de esas situaciones, la cual dispone lo siguientes:

Los bienes inmuebles destinados a vivienda respecto de los cuales el deudor hubiere otorgado la escritura pública de venta que no estuviere registrada. En atención a esa circunstancia, el juez del concurso, previa solicitud del adquirente, dispondrá el levantamiento de la cautela que recaiga sobre el inmueble, **a fin de facilitar la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.**

En el evento que el adquirente tenga sumas pendientes de cancelar como consecuencia de la operación, el levantamiento de la cautela quedará condicionado a la previa consignación por su parte a órdenes del Juez del concurso del saldo por pagar.

Si los bienes descritos en este numeral están gravados con hipoteca de mayor extensión constituida por el deudor a favor de un acreedor para garantizar las obligaciones por él contraídas, el juez del concurso dispondrá, a solicitud de los acreedores, de manera simultánea con el levantamiento de la cautela y la cancelación del gravamen de mayor extensión.

Por su parte, el artículo 56 dispone, en lo relativo al proceso de para entregar bienes excluidos, que:

Para la entrega de los bienes que no forman parte del patrimonio a liquidar por parte del liquidador, el solicitante, dentro de los seis (6) meses siguientes al inicio del proceso de liquidación judicial, deberá presentarse al proceso y solicitar al juez del concurso la restitución del bien, acompañando prueba siquiera sumaria del derecho que le asiste.

Cumplidos los requisitos anteriores, se procederá a la entrega de los bienes, en el término señalado por el juez del concurso, quien deberá fijar dicho plazo atendiendo la naturaleza del bien; o en su defecto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en la cual el juez del concurso

imparta la orden respectiva. Para ello, el liquidador levantará un acta en la que identificará el bien que restituye, así como el estado del mismo, la que deberá suscribirse por el liquidador y quien lo reciba.

Analizando dichas normas, el patrón fáctico que aquí se debate es semejante, por supuesto con sus diferencias semánticas, más no de tipo situacional. Veamos.

Con el escrito de controversia la sociedad Sion Technology S.A.S. allegó prueba documental en la se demostró con el acta de remate y adjudicación adiada el 27 de noviembre de 2018, que el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-59325 de propiedad de la señora Mercedes Díaz del Castillo, fue adjudicado a dicha compañía dentro del proceso ejecutivo el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de esta ciudad; que con providencia No. 8653 notificado en estado el 19 de diciembre de 2018. La insolvencia inició el 13 de junio del año 2019.

Como se sabe el remate es considerado en el ordenamiento jurídico colombiano como una forma de las “*ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta*”, en los términos del artículo 741 del Código Civil, cuyos trámites y ritualidades propias se regulan mediante el Código General del Proceso. De la venta por remate bien puede decirse que el juez obra en nombre del propietario deudor, así lo dice la precitada norma al disponer el artículo 741, inciso 3°, *ibídem*, “*en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal.*”

De suerte que en este asunto hubo venta por parte del deudor, ello por ministerio de la ley, a través del juez, si bien no mediante escritura pública sino mediante remate, adjudicación y aprobación de la almoneda (Arts 452 y 455 del CGP), restado solo tal como aquí ocurrió el registro, el

que se dio con posterioridad al inicio de este trámite más exactamente el 20 de agosto del año 2019. Entonces los hechos de este caso frente la norma en cita tienen patrones situacionales idénticos, pues según se extrae del certificado de tradición se trata de una casa de habitación, cuya venta se dio ante del inicio de la insolvencia la cual acaeció el 13 de junio de 2019, faltando solamente por hacerse la tradición, la cual ya ocurrió pero se insiste con posterioridad al inicio de este trámite.

De suerte, que en aplicación del artículo 55 en análisis, se trata de un bien excluido de la masa bienes del deudor, y por ello habrá de accederse a la objeción no sin antes decir que la supuesta nulidad en que se incurrió ante el Juez de la ejecución hipotecaria, debió haber sido alegada allá y no acá.

Aunque lo anterior es más que suficiente para despachar favorablemente la objeción, hay que aunar los siguientes argumentos. Veamos.

No está en discusión y por el contrario está probado, que tanto el remate como la aprobación del mismo acaeció antes del inicio del trámite de negociación de deudas, si ello es así ningún efecto jurídico tendría respecto de esas providencias la admisión adiada el 13 de junio de 2019, pues según las voces del artículo 545 en armonía con los artículos 133-3 y 548 del CGP, la suspensión de los procesos acece a partir de la admisión, luego todo lo que ocurra a partir de esa fecha está viciado de nulidad, empero respecto de actuaciones procesales, y no así sustanciales como la tradición que nuestro ordenamiento patrio se hace mediante la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria.

De suerte, que no es posible darle efectos retroactivos a la aceptación, o admisión al trámite de negociación de deudas ocurrido el 13 de junio de 2019, y dejar sin efecto las providencias del 27 de noviembre y 19 de diciembre de 2018, la cuales están ejecutoriadas y en firme. Razones

de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y el respeto al debido proceso, apoya esta hermenéutica.

En compendio de todo lo aquí resuelto, las controversias relativas a la calidad de comerciante, la de falta de competencia y respecto del requisito de certificación de los ingresos han fracasado, no así la objeción para excluir un bien del inventario de la deudora.

IV.- RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS las objeciones presentadas por BANCO DAVIVIENDA, conforme las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la objeción presentada por **SIÓN TECHNOLOGY S.A.S.**, conforme las razones expuestas en este proveído. EN CONSECUENCIA, se excluye del inventario de bienes de la señora MERCEDES DIAZ DEL CASTILLO BALANTA, el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-59325, ubicado en la carrera 73 No. 5-19 Barrio Ciudad Capri.

TERCERO: DEVUÉLVANSE las presentes diligencias al CENTRO DE CONCILIACIÓN ASOPROPAZ para que continúe con el trámite de negociación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
El Juez,

DONALD HERNAN GIRALDO SEPÚLVEDA

@