

6

Luzbian Gutiérrez Marín
Abogada

Señora
JUEZ 19 CIVIL MUNICIPAL DE CALI
ENVIADO VIA CORREO ELECTRONICO

05 ABR 2021
10:44

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO
DEMANDANTE: FONDO DE EMPLEADOS MÉDICOS DE COLOMBIA
DEMANDANDO: RUBEN SILVA DIAZ Y OTROS
RADICACIÓN: 2019-1064
ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN

LUZBIAN GUTIÉRREZ MARÍN, mayor de edad y vecina de Cali, en calidad de apoderada del demandante, encontrándome en termino me permito interponer recurso de reposición y en caso de ser procedente en subsidio de apelación contra el auto de sustanciación de fecha 23 de marzo de 2021, notificado en estados el 25 de marzo del año corriente, mediante el cual se niega librar nuevo oficio de embargo indicando que se hace efectiva la garantía prendaria en los siguientes términos:

Objeto del recurso

Revocar el auto de sustanciación de fecha 23 de marzo de 2021 y en su lugar expedir el oficio en los términos solicitados.

Lo anterior, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

El juzgado manifiesta no es posible corregir el oficio donde se indica el embargo del vehículo en favor del acreedor prendario porque la demanda se tramitó como ejecutivo "MIXTO"

Sin embargo me permito indicar lo siguiente, el despacho inadmitió la demanda mediante auto notificado el 25 de noviembre del 2019 indicando que se estaba incoando un trámite inexistente, sobre este punto se indicó por medio de la subsanación que de conformidad con el art 90 de CGP, el juez tiene facultades para indicar el trámite que legalmente corresponda, además se subsana, corrigiendo el poder y la demanda indicando únicamente como lo expresaba el despacho, que el proceso era llanamente un "PROCESO EJECUTIVO". Al respecto me permito traer a colación la norma que lo contempla:

"ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.

De conformidad con anotado en la norma citada, se observa que, **aunque la parte haya indicado un trámite diferente o equivocado, el juez debe contemplar la máxima "dame los hechos y te daré el derecho" que**

Cali
Teléfonos: 3751766 – celular 3137120219
luzbiang@hotmail.com

Luzbian Gutiérrez Marín
Abogada

en la práctica y en efecto para este caso, se pueden aplicar en aras de las garantías de los derechos sustantivos, pues priman sobre las formas.

De manera que la motivación a la que recurre el juzgado respecto de no permitir la efectividad de los derechos de prenda del acreedor, desconociendo que fueron aportados con la demanda los elementos probatorios como el "contrato de prenda", que a todas luces lleva a deducir que se trata de un proceso EJECUTIVO (de manera genérica) que cuenta con una garantía REAL, resultan lesivos, desproporcionados y discordes con la norma y los derechos y principios constitucionales, más si se tiene en cuenta que tanto en el libelo de la demanda numeral segundo y en las medidas cautelares se indicó al despacho que se había constituido prenda a favor del acreedor, allegando oportunamente el contrato de prenda y los demás soportes necesarios.

Respecto al procedimiento en la ejecución de las garantías reales se indica en el CGP art. 468:

"Cuando el acreedor persiga el pago de una obligación en dinero, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, se observarán las siguientes reglas:

*1. Requisitos de la demanda. La demanda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, **deberá indicar los bienes objeto de gravamen.***

***A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda,** y si se trata de aquella un certificado del registrador respecto de la propiedad del demandado sobre el bien inmueble perseguido y los gravámenes que lo afecten, en un período de diez (10) años si fuere posible. Cuando se trate de prenda sin tenencia, el certificado deberá versar sobre la vigencia del gravamen. El certificado que debe anexarse a la demanda debe haber sido expedido con una antelación no superior a un (1) mes.*

...
*2. Embargo y secuestro. Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo y sin necesidad de caución, el juez decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda, que se persiga en la demanda. **Cuando a pesar del remate o de la adjudicación del bien la obligación no se extinga, el acreedor podrá perseguir otros bienes del ejecutado, sin necesidad de prestar caución, siempre y cuando este sea el deudor de la obligación...***

Como se puede apreciar, uno de los requisitos para hacer efectiva la garantía no es TITULAR LA DEMANDA COMO PROCESO EJECUTIVO CON ACCIÓN REAL O PERSONAL, sino que se requiere mencionar el bien objeto de garantía y aportar constancia de la constitución de la prenda, tal

7

Luzbian Gutiérrez Marín
Abogada

como se hizo en la demanda, y consta en el numeral segundo de los hechos.

Agregar que a pesar de que el proceso ejecutivo mixto pereció cuando entró en vigencia el CGP, no implica que un acreedor tenga que elegir entre una ejecución con garantía real, que puede, no ser suficiente y una ejecución sobre derechos personales, porque como se lee en la norma citada a pesar de iniciar un proceso ejecutivo que persiga un bien con prenda (en este caso), si se estima por el demandante, puede solicitar embargos sobre otros bienes, cuando se evidencie que la prenda dejó de ser garantía suficiente para cubrir el crédito, las agencias y costas.

En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia **STC522-2019**¹, **al-falla en favor del acreedor acción de tutela, en la que se definía la suerte de un proceso ejecutivo "mixto" en el cual no se inscribieron las medidas cautelares, porque el despacho no dispuso en los oficios que se trataba de un EJECUTIVO HIPOTECARIO**, e indicó en similar circunstancia a la que hoy nos convoca a estudio, que no se había denominado la demanda como ACCIÓN EJECUTIVA CON REAL, así:

"Proceso ejecutivo: la denominación de la demanda como **proceso ejecutivo mixto, no anula el derecho de persecución y preferencia que la ley le reconoce a los acreedores hipotecarios**"...

"PROCESO EJECUTIVO - Cualquiera de las acciones, personal o real, elegidas por el ejecutante, no puede desconocer la prelación legal que confieren las normas procesales a la hipoteca en primer grado, sobre la ejecución adelantada por otro acreedor similar de segundo grado

Tesis:

«(...) en este particular caso, el accionante para procurarse el cumplimiento de la prestación debida a cargo de la demandada Lady Diana Rodríguez Tautiva **tiene constituida en su favor una hipoteca de primer grado, que pretende hacer efectiva en el juicio ejecutivo que promovió, y aun cuando en la titulación de la demanda se señala "proceso ejecutivo mixto de mayor cuantía"** ello no es óbice para nulificar el derecho de persecución y preferencia que la ley le reconoce a los acreedores hipotecarios, y que de suyo no desconoció el juzgado accionado en las decisiones esenciales de la ejecución, esto es, el mandamiento de pago y la orden de seguir adelante la ejecución.

Pese a ello, y olvidando que el nuevo estatuto de los ritos civiles unificó el proceso ejecutivo, desapareciendo la diferenciación existente de proceso ejecutivo singular e hipotecario, se han hecho demarcaciones impropias que generan confusión, como la contenida en el oficio 786 de 2017 emitido por la secretaria de ese juzgado que en la referencia del asunto apuntó "EJECUTIVO SINGULAR" y omitió por completo precisar que dicho juicio fue promovido por el acreedor hipotecario del bien a cautelar, lo que llevó a la Oficina de Instrumentos Públicos a realizar una anotación equivocada que permitió su cancelación posterior, al resultar perseguido por el otro acreedor real.

Ciertamente se ha desconocido de forma absoluta por los funcionarios que 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 hipotecario 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

¹ M. PONENTE: MARGARITA CABELLO BLANCO- T 2500022130002018-00326-01

Luzbian Gutiérrez Marín
Abogada

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".

Por su parte, el artículo 228 de la Constitución Política consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que propende porque las normas procesales sean el medio que permita concretar o efectivizar los derechos sustanciales de los ciudadanos.

La Corte Constitucional ha señalado en la sentencia T-268/10 del 19 de Abril de 2010: "que, por disposición del artículo 228 superior las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por "exceso ritual manifiesto" cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales."

La línea jurisprudencial relativa al "exceso ritual manifiesto" tuvo su inicio como tal en la sentencia T-1306 de 2001. En esa oportunidad la Corte precisó:

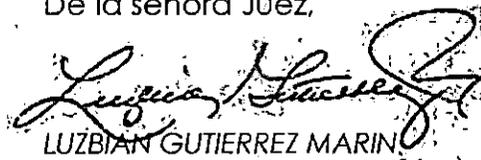
"[L]os jueces deben ser conscientes de la trascendental importancia que tiene el derecho procesal en cuanto a medio garantizador de los derechos materiales dentro del marco de un debido proceso. En consecuencia, el actuar general debe ser guiado por la coexistencia de estas manifestaciones normativas permitiendo que en un marco jurídico preestablecido se solucionen los conflictos de índole material.

Sin embargo, si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228).

De lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material."

Con fundamento en lo anteriormente expuesto ruego a su señoría revocar la decisión y librar el oficio de embargo solicitado, con la anotación sobre la ejecución de garantía prendaria.

De la señora Juez,

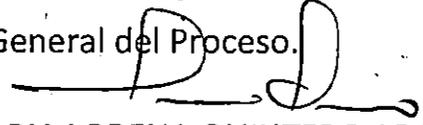


LUZBIAN GUTIERREZ MARIN
C.C. No. 31.863.773 de Cali
T.P. No. 31.793 del C.S.J.

Cali
Teléfonos: 3751766 – celular 3137120219
luzbiang@hotmail.com

LISTA DE TRASLADO

Se fija hoy 12 DE ABRIL DE 2021 en lista de traslado No. 11, el **RECURSO DE REPOSICIÓN** formulado por la apoderada judicial demandante, obrante a folios 6 y 7 del segundo cuaderno; de conformidad con lo estatuido en el artículo 110 del Código General del Proceso.



MARIA LORENA QUINTERO ARCILA
Secretaria.

RAD.:2019-01064-00
Ejecutivo Menor Cía.
ega