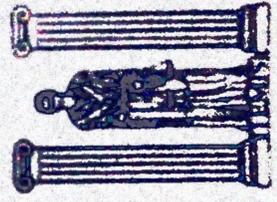


RAMIRO BEJARANO GUZMÁN
Profesor del Externado de Colombia
y de la Universidad de los Andes

PROCESOS DECLARATIVOS, ARBITRALES Y EJECUTIVOS

Séptima edición



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2016



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos, materiales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por el derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia. Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuestrá en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a cogér la última flor de esa especie.

© Ramiro Bejarano Guzmán, 2016.
© Editorial Temis S. A., 2016.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Diagonal 18 Bis núm. 41-17, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1121-9
2873 20160037220

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

Superior de la Judicatura implante los mecanismos de ayuda para apoyar a los jueces en lo relacionado con la liquidación de los créditos, expirará la autorización.

28. PROCESO EJECUTIVO DE ACCIÓN MIXTA

Sabido es que de los derechos personales y reales se desprenden las acciones personales y reales, según rezan los artículos 665 y 666 del Código Civil. Al decir del profesor José J. GÓMEZ, las acciones personales "se dirigen contra una persona determinada, o sea la que se obligó en virtud de un título comprendido en cualquiera de las fuentes de las obligaciones", mientras que "las acciones reales, en cambio, no se dirigen individualmente contra una persona, sino contra la persona que tiene la cosa sobre la cual recae el derecho, que puede ser hoy una y mañana otra"¹³.

La ley procesal permite el ejercicio de la acción personal, mediante el proceso ejecutivo singular sin garantía real, personal o quirografario, en el cual el acreedor puede perseguir la totalidad de los bienes del deudor, en ejercicio de la llamada prenda general de los acreedores, prevista en el artículo 2488 del Código Civil. Así mismo, el estatuto procesal permite ejercer la acción real por medio del proceso ejecutivo con garantía real (hipoteca o prenda), en el que solamente puede perseguirse el bien afectado con hipoteca o prenda.

El acreedor que tiene constituido en su favor una garantía hipotecaria o prendaria para asegurar el pago de la prestación no por ello renuncia a la prenda general de los acreedores y puede perseguir también todos los demás bienes de su deudor, además del que fue dado en garantía. Cuando el acreedor hipotecario o prendario decide perseguir en un mismo proceso tanto el bien dado en garantía como los demás de propiedad del deudor, ejerce la denominada acción mixta, pues en un mismo trámite ejerce la acción personal y la real.

En el Código General del Proceso ya no existe norma que indique cómo ha de tramitarse el proceso ejecutivo cuando a través suyo se ejerce la acción mixta, por la sencilla razón de que el proceso ejecutivo es uno para todos los acreedores, no importa su naturaleza. En consecuencia, el proceso ejecutivo de acción mixta se somete a las reglas generales del ejecutivo que ya examinamos. Ello no significa que el acreedor con garantía real que opte por ejecutar con fundamento en las normas generales de la ejecución esté renunciando al privilegio que tiene respecto del bien dado en garantía hipotecaria o prendaria.

Un ejemplo debe aclarar lo que se explica. Pedro es deudor de una obligación dineraria en favor de Davivienda, por lo cual constituye garantía hipotecaria sobre un inmueble de su propiedad. Dado que Pedro incumple el pago de la prestación,

¹³ José J. GómeZ, *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 124.

Da vivienda interpone proceso ejecutivo mixto, en el que pide y obtiene el embargo del inmueble hipotecado, más tres cuartos de propiedad del deudor. De rematarse tanto el bien hipotecado como los demás, el producto de la venta forzada del inmueble será exclusivamente para Da vivienda, por ser esta acreedora privilegiada; pero respecto de los vehículos, el producido de esta subasta, si además de Da vivienda comparecen otros acreedores quirografarios, será distribuido entre todos a prorrata de sus acreencias.

Así las cosas, un acreedor que tiene constituido en su favor una garantía hipotecaria o prendaria, tiene las siguientes opciones para demandar a su deudor: 1) promover ejecutivo con garantía real, para perseguir exclusivamente el bien hipotecado o dado en prenda; 2) promover un ejecutivo singular quirografario, en el que perseguirá solamente los demás bienes del deudor, y 3) promover un ejecutivo mixto, en el que perseguirá el bien dado en garantía y los demás de propiedad del deudor, que se tramitará como si fuere un ejecutivo singular quirografario o personal.

A) Razones probables para acudir al ejercicio de la acción mixta

El acreedor con garantía real tiene plena autonomía para optar por una cualquiera de las tres vías procesales para demandar a su deudor. No obstante, a manera de orientación, conviene esbozar algunas de las razones que deben determinar al acreedor con garantía real a no perseguir solamente el bien dado en hipoteca o prenda, sino además la totalidad de los bienes de propiedad del ejecutado.

a) *Cuando el valor del bien hipotecado o dado en prenda se ha depreciado o es del todo inferior al del crédito cuyo cobro forzado se pretende.* En este caso el acreedor, si bien tiene constituida una garantía hipotecaria o prendaria, abierta o cerrada, el bien afectado, por diversas razones tiene un valor muy inferior al del crédito. Ante esa situación, el acreedor sabe que de interponer el ejecutivo con garantía real, solo podrá pretender el pago del crédito hasta la concurrencia del valor del bien, por lo que si rematado este no se cubre la totalidad de la prestación, ese acreedor podría solicitar que a continuación de ese proceso se persiguieran más bienes de propiedad del deudor, en aplicación del numeral 6 del artículo 468 del Código General del Proceso.

Precisamente, para evitar esa situación, el acreedor puede decidir desde el principio perseguir tanto el bien dado en garantía como los demás de propiedad del deudor, promoviendo el ejecutivo mixto, que, como se indicó, se tramitará como un ejecutivo singular quirografario o personal. El acreedor tiene esa opción así la hipoteca o la prenda, sea cerrada o abierta.

b) Cuando el valor de los demás bienes de propiedad del deudor resultan mayores y más atractivos que el del bien dado en hipoteca o prenda. En esta hipótesis el acreedor sabe de la existencia de otros bienes de propiedad del deudor, diferentes del que soporta la garantía, que por su mayor valor pueden resultar más atractivos de perseguir, porque se obtendría más fácilmente el recaudo de la prestación.

Si, por ejemplo, el acreedor sabe que el deudor tiene depositados mil millones de pesos en un CDT extendido por un banco y la deuda asciende a 150 millones, mientras que el bien dado en garantía vale 200 millones, le puede resultar más efectivo empezar un ejecutivo mixto, en el que además de perseguir el bien dado en garantía, pida y obtenga el embargo y retención del dinero depositado en el CDT.

c) Cuando por ser el deudor persona diferente del titular del bien dado en garantía, el acreedor tiene interés o necesidad de perseguir la cosa hipotecada o dada en prenda en cabeza del actual propietario y los demás bienes de propiedad del obligado. Esta situación se puede dar cuando el deudor es persona diferente del propietario del bien dado en hipoteca o prenda, sea porque se constituyó el gravamen para garantizar el pago de una deuda ajena, o porque después de constituida la hipoteca o la prenda el deudor enajenó a un tercero el bien dado en garantía.

Si el acreedor que tiene constituida en su favor la garantía cuya propiedad está en cabeza distinta del deudor quiere simultáneamente perseguir la cosa y además los demás bienes del deudor, es decir, tanto al propietario como al obligado, el camino procesal que se lo permite es la proposición de un ejecutivo mixto. En tal caso, la demanda se dirigirá tanto contra el propietario como contra el obligado: frente al propietario, para perseguir únicamente el bien dado en garantía que está en su cabeza; y en lo que hace al deudor, para perseguirle los demás bienes de su propiedad.

29. CONCURRENCIA DE EMBARGOS

El numeral 6 del artículo 468 del Código General del Proceso regula la que denominó "conurrencia de embargos, y antes se llamaba "prelación de embargos" sin duda expresión esta última más afortunada que la actual, porque lo que aquí se contempla es cuál medida cautelar ha de prevalecer cuando concurre con otra de igual naturaleza sobre un mismo bien.

Dado que son varias las hipótesis de prelación de embargos que establece el artículo 468 del Código General del Proceso, en aras de la claridad se explicarán separadamente.



MARIA CAMILA PICO M.

ABOGADA

Bulevar Santander 23-53 OFICINA JURIDICA 103 SAN FRANCISCO

Tel. 6320261 EXT 3 Cel. 3006962890

Email: mariacamilapico@gmail.com

Bucaramanga - Santander

Señor

Juez cuarto civil del circuito

Bucaramanga

Ref.: Proceso Ejecutivo con acción mixta
De: LEONOR GUZMAN DE RUEDA CC.27.955.767
Contra: JULIETH PAOLA QUINTERO MENDOZA CC.1.098.797.442
IVON ANDREA QUINTERO ARRIETA CC.1.005.220.952
IVAN LORENZO QUINTERO CONTRERAS CC.91.445.508
FABIAN ROLANDO MENDEZ CACERES CC. 13.715.548

REF: **presento recurso de reposición contra el auto del 24 de noviembre del 2023 en lo que respecta al numeral 3**

Rad: 20230011300

MARIA CAMILA PICO MACARENO, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional N° 263686, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, mayor de edad identificada con la cedula de ciudadanía N° 1.098.731.391 de Bucaramanga, obrando como endosataria en procuración para el cobro judicial de **LEONOR GUZMAN DE RUEDA**, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con cedula de ciudadanía No. CC.27.955.767, comedidamente manifiesto al Señor Juez que por medio del presente escrito me permito de manera respetuosa presentar recurso de reposición contra el auto proferido por su Despacho el 24 de noviembre del 2023 en lo concerniente al numeral 3 en el que manifiestan lo siguiente

“En relación con la petición invocada por la parte demandante, tendiente a que se aclare el oficio remitido a la Registro de Instrumentos Públicos de Barrancabermeja, al consecutivo 091, para indicarle que, sobre el bien objeto de embargo pesa una hipoteca a favor de la señora LEONOR GUZMÁN DE RUEDA, el despacho Niega este pedimento, toda vez que, al ejecutante optar por la acción ejecutiva que contempla el artículo 422 en concordancia con el 430 del Código General del Proceso, para ejecutar en un solo juicio tanto la garantía real como personal, conlleva a que persiga el patrimonio general del deudor; y así lo contempla también, la norma sustancial consagrada en el artículo 2449 del Código Civil que, en su tenor literal indica que, «[e]l 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». Luego, al no tratarse de un proceso donde se persigue el pago de la obligación con el producto del bien hipotecado, no se le puede aplicar a esta ejecución la regla de preferencia establecida en el numeral 2° del artículo 468 del C.G.P.

Por lo anterior me permito manifestar a su Despacho lo siguiente: en aras de aclarar y que no se vean afectados los derechos de mi poderdante como acreedora hipotecaria me permito hacer las siguientes precisiones de las cuales el autor RAMIRO BEJARANO GUZMAN en su libro PROCESOS DECLARATIVOS, ARBITRALES Y EJECUTIVOS aclara que son las acciones reales, las acciones personales y las acciones mixtas y las define así:

Las acciones personales: se dirigen contra una persona determinada, o sea la que se obligó en virtud de un título comprendido en cualquiera de las fuentes de las obligaciones

Las acciones reales: en cambio no se dirigen individualmente contra una persona, sino contra una persona que tiene la cosa sobre la cual recae el derecho, que puede ser hoy una y mañana otra



MARIA CAMILA PICO M.

ABOGADA

Bulevar Santander 23-53 OFICINA JURIDICA 103 SAN FRANCISCO

Tel. 6320261 EXT 3 Cel. 3006962890

Email: mariacamilapico@gmail.com

Bucaramanga - Santander

La ley procesal permite el ejercicio de la acción personal, mediante el proceso ejecutivo singular sin garantía real, personal o quirografario, en el cual el acreedor puede perseguir la totalidad de los bienes del deudor, en ejercicio de la mal llamada prenda general de los acreedores, prevista en el artículo 2488 del código civil. Así mismo, el estatuto procesal permite ejercer la acción real por medio del proceso ejecutivo con garantía real (hipoteca o prenda), en el que solamente puede perseguir el bien afectado con hipoteca o prenda.

El acreedor que tiene constituido en su favor una garantía hipotecaria o prendaria para asegurar el pago de la prestación no por ello renuncia a la prenda general de los acreedores y puede perseguir también todos los demás bienes de su deudor además del que fue dado en garantía, cuando el acreedor hipotecario o prendario decide perseguir en un mismo proceso tanto el bien dado en garantía como los demás de propiedad del deudor, ejerce la denominada acción mixta, pues en un mismo tramite ejerce la acción personal y la real.

En el código general del proceso ya no existe norma que indique como ha de tramitarse el proceso ejecutivo cuando a través suyo se ejerce la acción mixta, por la sencilla razón de que el proceso ejecutivo es uno para todos los acreedores, no importa su naturaleza. En consecuencia, el proceso ejecutivo de acción mixta se somete a las reglas generales del ejecutivo que ya examinamos. Ello no significa que el acreedor con garantía real que opte por ejecutar con fundamento en las normas generales de la ejecución este renunciando al privilegio que tiene respecto del bien dado en garantía hipotecaria o prendaria

Al respecto señor juez es claro que desde que se inicio la demanda acumulada asi como la principal se estipulo que se estaba iniciando un proceso ejecutivo de acción mixta en donde lo que se pretende es el embargo del bien garantizado con hipoteca, asi como los otros bienes que tengan los deudores, en el caso de marras se obligaron 4 personas y solo dos son las propietarias del bien dado en hipoteca, por lo que aquí se pretende embargar la hipoteca con la prelación legal que ella conlleva, así como también el embargo de los otros bienes que puedan tener los deudores.

En auto del 24 de noviembre del 2023 con la negativa de oficiar a instrumentos públicos nuevamente aclarando que se tiene hipoteca en favor de la señora Leonor guzmán se estarían vulnerando los derechos de la misma ya que se estaría omitiendo la prelación legal que se busca al constituir una hipoteca para garantizar el cumplimiento de una obligación, por lo que de manera muy respetuosa y en aras de que se estudie el caso en concreto me permito anexar el libro del DR RAMIRO BEJARANO en el que se realiza el estudio de este tema y se llega a la conclusión de que el acreedor tiene la facultad de perseguir los bienes garantizados con prenda o hipoteca y a su vez tiene la facultad de perseguir los otros bienes de los deudores, sin que dicha decisión conlleve a perder el derecho de prelación que se tiene cuando existe una hipoteca o una prenda.

Por esta razón señor juez le solicito reconsiderar la decisión tomada en auto del 24 de noviembre del 2023 y le solicito se oficie a dicha entidad indicando que la aquí demandante es acreedora hipotecaria y por tanto cuenta con prelación legal por encima del embargo que ya se encuentra inscrito en el folio de matrícula.

ANEXO:

1. Copia del libro de RAMIRO BEJARANO



MARIA CAMILA PICO M.

ABOGADA

Bulevar Santander 23-53 OFICINA JURIDICA 103 SAN FRANCISCO

Tel. 6320261 EXT 3 Cel. 3006962890

Email: mariacamilapico@gmail.com

Bucaramanga - Santander

Del señor Juez,

MARIA CAMILA PICO M.

T.P. No. 263686 del Consejo Superior de la Judicatura

C.C. No. 1.098.731.391 de Bucaramanga