



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA
ÁREA CIVIL

Pamplona, diciembre quince (15) de dos mil veinte (2020)

Radicado: 54-518-31-12-001-2019-00045-01
Proceso: EJECUTIVO HIPOTECARIO
Demandante: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA
Demandado: PEDRO JAVIER CARVAJAL CONTRERAS
Clase: APELACIÓN AUTO

I. ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, contra el auto proferido el 2 de octubre de 2020 por la señora Juez Primera Civil del Circuito de este Distrito dentro del proceso de la referencia, mediante el cual negó el decreto del embargo de los créditos que detalla en su solicitud.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Mediante apoderado el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA instaura demanda ejecutiva hipotecaria de mayor cuantía, contra el señor PEDRO JAVIER CARVAJAL CONTRERAS con base en la hipoteca abierta sin límite de cuantía contenida en la Escritura Pública No. 3255 del 17 de agosto de 2006 y en los Pagarés No. 051016100017779 y No. 4481870000361416, y solicita el embargo del 100% del inmueble y posterior secuestro del bien inmueble hipotecado, inmueble que es de propiedad del señor PEDRO JAVIER CARVAJAL CONTRERAS¹.

2. El 30 de abril de 2019 el Juzgado Primero Civil del Circuito resolvió²:

“PRIMERO: Librar mandamiento de pago a favor del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. y en contra de PEDRO JAVIER CARVAJAL CONTRERAS por las siguientes sumas:

Respecto al pagaré No. 051016100017779:

a).- DOSCIENTOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS (\$200'695.590) por concepto del capital, más los intereses

¹ Fs. 1 a 82, expediente digitalizado allegado a este despacho, con sus anexos.

² Fs. 91 y 92, ib.

moratorios a la tasa más alta permitida por la Superintendencia Financiera, causados desde el 17 de julio de 2018, hasta que se produzca el pago efectivo de la obligación.

b) VEINTIDÓS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$22'968.371) por concepto de los intereses remuneratorios, causados desde el día 16 de enero de 2018, hasta el 16 de julio de 2018.

c) NUEVE MILLONES TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$9'003.651) por otros conceptos.

Respecto del pagaré No. 4481870000361416:

a).- DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$10'489.623) por concepto del capital, más los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la Superintendencia Financiera, causados a partir del 23 de enero de 2018 y hasta que se verifique el pago de la obligación (art.423 ibídem).

b).- Se niega el pago de los intereses remuneratorios solicitados, debido a que si bien estos se pactaron, en el título valor no existe una fecha de creación que permita calcularlos.

SEGUNDO: Notificar personalmente y hacer entrega de copia de la demanda y sus anexos al demandado, quien gozará del término de cinco (5) días para cancelar la obligación y de diez (10) días para formular su defensa (Arts. 91, 431 y 442 del CGP).

TERCERO: Se niega el mandamiento de pago por las costas y gastos de este proceso, toda vez que, las mismas hasta el momento no se han causado y la suma por este concepto en la actualidad resulta indeterminada.

CUARTO: Dar a la presente demanda el trámite ejecutivo previsto en los artículos 422 y siguientes ibídem, en concordancia con el artículo 468 del mismo estatuto procesal.

QUINTO: Decretar el embargo y secuestro del bien inmueble hipotecario (núm. 2 artículo 468 ibídem). Librense los oficios correspondientes al Señor Registrador de Instrumentos Públicos de esta ciudad, una vez inscrita la medida de embargo se resolverá sobre el secuestro de dicho bien. (...)

3. La Oficina de Instrumentos Públicos de Pamplona devolvió la solicitud inadmitiéndola y la devuelve sin registrar el documento por las siguientes razones y fundamentos de derecho:³

“DEL ESTATUTO TRIBUTARIO (R JURISDICCIÓN COACTIVA, ORDENADO POR LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DE CÚCUTA, SEGÚN RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA 2673 DEL 19-03-2019 (...)

UNA VEZ SUBASANADA LA CAUSAL QUE MOTIVÓ LA NEGATIVA DE INSCRIPCIÓN, FAVOR RADICAR NUEVAMENTE EN ESTA OFICINA EL DOCUMENTO PARA SU CORRESPONDIENTE TRÁMITE, ADJUNTANDO LA PRESENTE NOTA DEVOLUTIVA”. (sic)

4. Por solicitud del apoderado de la parte demandante, mediante auto del 18 de octubre de 2019⁴ dispuso:

³ Folio 103

⁴ Folio 147

“Decretar el embargo del remanente que llegare a quedar del remate del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 272-33370 de la Oficina de Instrumentos Públicos de esta ciudad, que se encuentra embargado dentro del proceso de cobro coactivo adelantado en contra del accionante, por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN en la ciudad de Cúcuta, bajo la resolución No. 2673 del 19 de marzo de 2019 (...).”

5. LA DIAN mediante auto 901 del 10 de diciembre de 2019⁵ reconoció el embargo y secuestro del remanente, o del producto de los bienes embargados de propiedad del aquí demandado dentro del proceso administrativo de cobro adelantado contra éste por esa Dirección Seccional.

6. El apoderado de la parte demandante, en septiembre 29 siguiente solicita se decrete el embargo de los derechos o créditos que posee el demandado, en 4 procesos ejecutivos que se adelantan en diferentes juzgados de la ciudad de Cúcuta.

7. Por auto del 2 de octubre de 2020⁶, la *a-quo* resolvió:

“No decretar el embargo de los créditos que solicita el apoderado de la parte activa, toda vez que nos encontramos frente a un proceso ejecutivo con garantía real, en el que se persigue el pago de la obligación, exclusivamente con el producto del bien gravado con hipoteca, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 468 CGP. (...).”

8. Inconforme con la decisión tomada por la *a-quo*, el apoderado del accionante interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación⁷, soportado básicamente en que se está desconociendo el fin del proceso y el derecho sustancial, porque si ordenó decretar el embargo de un remanente, por qué ahora se niega a hacer lo mismo con los derechos o créditos que tiene el demandado en los procesos relacionados en la solicitud elevada el 29 de septiembre del año en curso.

Desconoce igualmente agrega, que la efectividad de la garantía real no ha sido posible efectivizarla dentro del proceso, por encontrarse un embargo de cobro coactivo inscrito por parte de la DIAN, *“lo cual, en procura de garantizar el fin del proceso, debe hacer una interpretación de la norma y llevar a feliz término la afectividad (sic) de la misma, garantizando el derecho sustancial con los medios disponibles que la constitución y la ley le otorga, como lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del C.G.P. (...).”*

9. La parte demandante al descorrer traslado del recurso de reposición no hizo pronunciamiento alguno al respecto.

⁵ Folio 151

⁶ Sin foliar.

⁷ *Ibidem*.

10. En providencia del 18 de noviembre de 2020⁸, la juez de primer grado, luego de señalar como marco normativo lo previsto en el artículo 2449 del Código Civil, artículos 11, 12, 13, 14, 318 numeral 1º, y 468 del Código General del Proceso, precisa lo siguiente:

“Se destaca que, nuestro estatuto procesal civil, regula dos instrumentos mediante los cuales el acreedor con garantía real, puede procurar el cumplimiento de la obligación a su favor; uno de ellos cuando se persigue tanto el bien gravado con hipoteca, como otros activos de propiedad del deudor, el cual corresponde al proceso ejecutivo contemplado en el artículo 422 del C.G.P., y el otro cuando se persigue el pago de la misma, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, conforme lo consagran los artículos 467 y 468 ibídem, esto es a través de dos trámites, la adjudicación o realización especial de la garantía y la efectividad de la garantía real.

En el presente caso, la parte actora promovió el proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real, conforme al artículo 468 del estatuto procesal civil, es decir que, su objetivo era obtener el pago de la obligación con el producto del remate del inmueble gravado con hipoteca.

Dado lo anterior, no es viable en este momento encausar el trámite a través del proceso ejecutivo con acción mixta y bajo los parámetros del artículo 422 CGP, porque ello conllevaría a quebrantar la observancia de las normas procesales que son de orden público y de obligatorio cumplimiento, así como el debido proceso, principios claramente establecidos en los artículos 13 y 14 ibídem.

Se resalta, que la parte actora debió actuar con más prudencia y verificar en el plano real, cuáles eran sus mejores posibilidades, para lograr el pago de la deuda, por ello no puede endilgar al despacho que esté desconociendo la efectividad del derecho sustancial (art. 11 CGP), ya que conforme el artículo 2249 del Código Civil, el ejercicio de la acción mixta no implicaba que el acreedor hipotecario perdiera su privilegio, y además de esto, le permitía perseguir otros bienes del demandado para lograr el cumplimiento de la obligación.

De igual manera, según el artículo 468 numeral 5 inciso 6 CGP, existe una regla clara dentro del proceso ejecutivo hipotecario, para perseguir otros bienes del deudor, que consiste en que cuando a pesar del remate o de la adjudicación del bien, la obligación no se extinga, condición que no se da hasta este momento en este asunto, por ello, esta norma no puede ser desconocida ni por el juez ni por las partes, porque se reitera, es de orden público.

Entonces, de acuerdo con lo anterior, tampoco es procedente en este caso hacer uso de la analogía (art. 12 CGP), ya que contrario a lo afirmado por el recurrente, en las disposiciones que desarrollan el proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real, no existen vacíos sobre el tema de que los bienes del deudor constituyen la garantía del acreedor, que haga necesario acudir a otros preceptos.

De igual manera es importante aclarar, que como el bien hipotecado registra medida de cobro coactivo a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante auto de fecha 18 de octubre de 2019, se accedió a embargar el remanente que llegue a quedar del remate del bien identificado con el folio de matrícula inmobiliaria NO. 272-33370, lo cual obedeció, a que el objeto de la medida es precisamente el inmueble materia de hipoteca, además a lo dispuesto en los artículos 839 y 839-1 del Estatuto Tributario, y para que la DIAN tenga presente la existencia de este proceso ejecutivo, y no se perjudique el acreedor en el evento de que existan otros embargos del referido remanente, por ello no se desconoció el mandato del ya referido inciso 6 numeral 5 artículo 468 CGP.

Así las cosas claramente se evidencia que no es viable reponer el auto de 2 de octubre último y en su defecto concederá el recurso de apelación.”

⁸ Ibídem.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 31, numeral 1 del Código General del Proceso (en concordancia con el artículo 321-8, ibídem) otorga competencia al despacho para desatar la alzada, y el 35 ejusdem prevé que la misma en el caso concreto recae en el magistrado sustanciador al no ser de aquellas providencias asignadas a la Sala de Decisión.

2. Problema jurídico

Corresponde al despacho determinar si la decisión de la señora juez de primer grado, al no decretar el embargo de los créditos que se tramitan en diferentes juzgados de la ciudad de Cúcuta y que solicita el apoderado de la parte actora, como también lo planteó la *a quo*, está desconociendo el fin del proceso y el derecho sustancial aplicando los artículos 11 y 12 del C.G.P, o si por el contrario debe confirmarse dicha decisión.

3. Caso concreto

Se trata del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 2 de octubre proferido por la señora Juez Primera Civil del Circuito de la localidad, mediante el cual negó decretar el embargo de los créditos que solicita el ejecutante y que posee el demandado en 4 procesos que precisó en su petición, por encontrarse frente a un proceso ejecutivo con garantía real en el que se persigue el pago de la obligación exclusivamente con el producto del bien gravado con hipoteca.

De lo expuesto y a fin de resolver la alzada, considera este despacho que es necesario rememorar la definición y el alcance de la hipoteca, así como las diferentes vertientes procedimentales que el acreedor hipotecario tiene para conseguir el pago de su crédito; la hipoteca es una garantía real que sin llevar consigo desposesión actual del propietario, le otorga al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación el derecho de embargar y rematar el inmueble gravado, sin importar en manos de quien se encuentre el bien.

Ahora, la Corte Constitucional ha establecido que le corresponde al acreedor optar por la utilización adecuada de los procedimientos judiciales según su interés; al punto ha indicado:⁹

“El acreedor hipotecario tiene dos acciones, cuando el crédito garantizado con la hipoteca se hace exigible, para cobrarlo judicialmente: una acción personal, originada en

⁹ Sentencia C-192 de 1996

*el derecho de crédito, contra el deudor de éste, otra, real, nacida de la hipoteca, contra el dueño del bien hipotecario. **Hay que distinguir, según sea el dueño del bien hipotecado el mismo deudor o un tercero. En el primer caso, podrá ejercer contra ese deudor que es al mismo tiempo el dueño actual de la cosa hipotecada, la acción real solamente, o ésta y la acción personal.** En el segundo caso, contra el actual dueño sólo podrá ejercer la acción real nacida de la hipoteca; y contra el deudor, sólo la acción personal originada en el crédito exigible. Y si quiere ejercerlas ambas en el mismo proceso, contra el dueño actual del bien hipotecado y contra el deudor, podrá hacerlo, pero se seguirá el procedimiento del proceso ejecutivo singular, como lo prevé el último inciso del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil.”* (Resaltos ajenos al texto original).

En este orden de ideas es claro entonces que los procesos con garantía real son de carácter especial, por cuanto para su existencia se exige previamente una garantía real (prenda o hipoteca) a favor del acreedor, se persigue el bien frente al actual propietario en todos los casos puesto que la obligación no es personal, vale decir, no se persigue para el pago a quien hubiere constituido el gravamen sino al actual propietario, el cual ha debido conocer la situación jurídica de la cosa antes de su adquisición.

Así, si lo estima pertinente, el demandante puede dirigir su demanda contra el titular del dominio del bien dado en prenda o hipoteca, para lo cual el legislador ha dispuesto el proceso ejecutivo con garantía real o hipotecario, pero si el acreedor considera que la garantía real no será suficiente para cubrir su crédito o que del producto del remate del bien afectado con el gravamen quedará un saldo de la obligación que cauciona la hipoteca, o que es necesario perseguir otros bienes patrimoniales diferentes del gravado que se encuentra en cabeza del deudor, la demanda deberá incursionar en el procedimiento general del proceso ejecutivo.

Frente al procedimiento de los procesos ejecutivos dispuestos previamente por el legislador, la Corte Constitucional indicó:¹⁰

“(…) cada proceso está concebido para cumplir una determinada función que no puede ser desbordada hacia finalidades no previstas en el esquema de las relaciones jurídicas que le sirven de fundamento; el proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario está diseñado y concebido por el legislador con el propósito específico de que una vez vencido el plazo de la obligación, la seguridad jurídica real e indivisible del bien gravado cobre su plenitud y pueda el acreedor con título real hacer efectivo su crédito, por ende, esta acción se caracteriza por dirigirse únicamente, sobre la garantía real ya que previamente el acreedor la estima suficiente para cubrir su crédito, sin que sea necesario cubrir otros bienes patrimoniales distintos del gravado, con la garantía real”. (Resalta el despacho).

Por su parte, la doctrina nacional pontifica:

*“(…) El trámite del proceso ejecutivo con acción mixta se sujeta a los pasos del ejecutivo pero no se le aplican las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real antes estudiadas, lo que no significa que el acreedor con garantía real sufra menoscabo por acudir a tal sistema, todo lo contrario, amplía las fuentes de pago; **mientras en el ejecutivo con garantía real se limita a procurar el cumplimiento de la obligación con el solo producto del remate del bien afectado***

¹⁰ Sentencia C-383 de 1997

con prenda o hipoteca, en la ejecución con acción mixta se persigue simultáneamente no sólo ese bien, sino cualquier otro activo que tenga el demandado (...)¹¹. (Resalta del despacho).

Otro connotado exponente de la misma, destaca:

“(...) 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....

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 en 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 su fuere un ejecutivo singular quirografario o personal (...)¹²”. (Resalta el despacho).

De lo expuesto y previa revisión del expediente, se advierte que el apoderado de la parte ejecutante presentó su demanda a través del proceso ejecutivo con garantía real (art. 468 CGP), el juzgado de primera instancia lo aceptó de ese modo en el auto que libró mandamiento de pago sin objeción alguna de ésta, y al demandado al momento de la notificación personal se le hizo entrega de los mencionados escritos donde se indica que el proceso que se seguía en su contra correspondía al ejecutivo con garantía real, por lo que puede perseguirse el pago de la suma de dinero adeudada únicamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca.

En reiteración, además, a lo que en ese sentido concretó la funcionaria de primer nivel, decretó el remanente dentro del proceso administrativo adelantado ante la DIAN precisamente porque el mismo recae sobre el bien raíz hipotecado, sin que por ende devenga admisible la pretensión del recurrente de asimilar ese remanente con otros bienes (créditos, para el caso) de propiedad del deudor.

Así las cosas como la parte actora promovió el proceso ejecutivo con garantía real (art.468 CGP), y su objetivo es obtener el pago de la obligación con el producto del remate del inmueble gravado con hipoteca, no es viable acceder al decreto del embargo de los créditos solicitados por lo que se confirmará el proveído impugnado acogiendo plenamente los argumentos normativos

¹¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. PARTE ESPECIAL. 2017. Dupré Editores. Pág. 734.

¹² BEJARANO GUZMAN, Ramiro. PROCESOS DECLARATIVOS, ARBITRALES Y EJECUTIVOS. Sexta Edición. Editorial TEMIS, OBRAS JURÍDICAS. Pág. 558.

esgrimidos por la *a quo* y desestimándose los propuestos por el censor, en tanto y cuanto con la inteligencia ofrecida a los soportes normativos, doctrinales y jurisprudenciales (en sede de acción de constitucionalidad, con efectos erga omnes, artículo 48, numeral 1, Ley 270/96) que se dejan indicados, se consulta en su teleología los principios y derechos que el censor propone como vulnerados.

En esa dirección, precisó el órgano de cierre del control constitucional patrio en el precedente ya citado (C-383/97):

*“(…) De otra parte, no es de recibo para esta Corte, el cargo de inconstitucionalidad según el cual la expresión acusada de la norma demandada, **al limitar al acreedor para hacer efectivo el pago en dinero de una obligación con garantía real únicamente con el producto de los bienes gravados, lesiona el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial al negar la posibilidad para cobrar judicialmente el crédito, mediante el inicio de otro proceso judicial, en acatamiento únicamente a formas puramente procesales, desechando derechos amparados constitucionalmente.***

*En efecto, como lo ha reiterado varias veces, esta Corte, en sus decisiones judiciales, **el hecho que la Carta haya establecido el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, en modo alguno significa, como al parecer lo interpreta el demandante, que no sean necesarios los mandatos procedimentales, pues recuérdese que los procesos judiciales y aún los administrativos son las vías indispensables, creadas por el mismo ordenamiento, a través de requisitos formales o materiales, para concretar y hacer efectivos derechos fundamentales y sustanciales de los ciudadanos consagrados en la legislación.***

*Las formas procesales, como los mandatos que consagran derechos subjetivos, forman parte integrante de la Carta que esta Corte debe guardar y respetar. **En consecuencia, el principio de prevalencia del derecho sustancial debe entenderse en el sentido, según el cual la forma y contenido deben ser inseparables en el debido proceso, es decir, las normas procesales son instrumentales para la efectividad del derecho sustancial.** La Carta no pretendió eliminar los preceptos legales que establecen formalidades o requisitos en el trámite de los procesos judiciales, ni mucho menos que tales normas a la luz de la Constitución vigente no deben exigirse, ni cumplirse fielmente tanto por las autoridades **como por los jueces.** (…).”* (Resaltos ajenos al texto original).

Por último, de acuerdo con lo establecido en el artículo 365, numeral 8 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, por cuanto ellas no se causaron.

En armonía con lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA,**

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado por el apoderado judicial de la parte demandante, de fecha 2 de octubre de 2020 proferido por la señora Juez Primera Civil del Circuito de Pamplona.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

TERCERO: En su oportunidad legal, **DEVOLVER** las diligencias al juzgado de origen. Por Secretaría dése cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 326 del Código General del Proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Magistrado Ponente

Firmado Por:

**JAIME RAUL ALVARADO PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 3 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ee83d4cb4b14c1d0d9f119ff604aac42f78cb9b8e90598980938f50d681e04e9**
Documento generado en 15/12/2020 11:46:50 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>