

Veintisiete de febrero de dos mil veinticuatro

AUTO INTERLOCUTORIO 345

RADICADO N° 2021-00198-01

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra el auto de 15 de enero de 2024 proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad de Itagüí.

ANTECEDENTES

Por auto de 28 de abril de 2021 el juzgado de primera instancia libró mandamiento para la efectividad de la garantía real a favor de Bancolombia S.A. y a cargo de Diana Patricia Zuluaga Montes. Así mismo, ordenó el embargo de los inmuebles garantizados con hipoteca.

Por providencia de 9 de febrero de 2022 aceptó la notificación personal de la ejecutada y, ante la falta de oposición, ordenó seguir adelante la ejecución en los términos del mandamiento ejecutivo.

El 20 de noviembre de 2023 la parte demandante solicitó la nulidad de todo lo actuado, tras argumentar que (i) ante la venta del derecho de cuota de la ejecutada a Jaime Maldonado Palacios, aquel debía vincularse al juicio, y (ii) se dictó auto que ordenó seguir adelante la ejecución sin haberse embargado los bienes hipotecados.

Por auto de 15 de enero pasado la juez de primera instancia negó la nulidad alegada, argumentando que el demandante no denunció la integración de ese tercero al juicio antes de dictarse auto que ordenó seguir adelante la ejecución, por lo que no se configuró la nulidad del numeral 8 del artículo 133 C.G.P.

RADICADO N° 2021-00198-01

En suma, que la nulidad, de haberse presentado, se convalidó y que la parte demandante no tiene legitimación para alegarla, porque no es la afectada con dicha irregularidad.

Inconforme, la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, alegando que el juzgado no realizó un control de legalidad respecto del embargo de los bienes antes de haberse ordenado seguir adelante la ejecución, y que la falta de comparencia de quien es el dueño de ellos afecta sus derechos fundamentales.

La *a quo* no repuso su decisión y, en su lugar, concedió la apelación. Como fundamento de su decisión, indicó que el recurrente no acreditó haber intentado el perfeccionamiento del embargo y que el hecho que la demandada no sea la dueña, no imposibilita su registro, conforme el artículo 468 C.G.P.

CONSIDERACIONES

1. La hipoteca, como lo ha dicho autorizada doctrina y jurisprudencia, apoyados en los artículos 665 y 2432 y S.S. C.C., es, al tiempo, un contrato -la más de las veces accesorio- y un derecho real. Ese carácter bifronte permite que el titular garantizado tenga dos derechos y dos garantías, los cuales no se excluyen entre sí -artículo 2449 C.C.- (i) el derecho personal o de crédito que le permite reclamar la prestación frente al deudor, y (ii) un derecho real de persecución exclusivo, preferente e indivisible sobre los bienes hipotecados, el cual le permite, al tiempo (a) hacer vender el inmueble gravado para que, con su producto, se pague la deuda, sea quien fuere su dueño -efectividad de la garantía real-, o (ii) hacérselo adjudicar en pago hasta la concurrencia de su crédito -adjudicación o realización especial de la garantía real-.

Estas prerrogativas del acreedor, cuando la prestación creditica es impagada a su vencimiento, son disciplinadas en los artículos 467 y 468 C.G.P. Este último canon legal, que regula la efectividad de la garantía real, establece en el inciso 3 del numeral 1 que la demanda debe "*dirigirse contra el actual propietario del inmueble [hipotecado]*" y no puede ser de otra manera, porque, como se dijo en precedencia, tiene el derecho de embargar y rematar ese bien en cualesquiera manos en que se encuentre y el de cobrar con preferencia el débito.

RADICADO N° 2021-00198-01

Por eso también es que el numeral 2 de esa misma disposición normativa señala que, acreditado el embargo, si el bien ya no pertenece al demandado, “*el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago*”, es decir, quien no siendo deudor de la obligación principal, sea porque adquirió la cosa con posterioridad, ora porque amparó una deuda ajena, contrae frente al acreedor, por sustitución procesal, una responsabilidad sin débito propio limitada a la cosa gravada, el valor del crédito y sus accesorios.

Y también por esa misma razón es que el numeral tercero, que trata de la orden de seguir adelante la ejecución, exige, además que el ejecutado no haya propuesto excepciones, que “*se hubiere practicado el embargo de los bienes gravados con hipoteca o prenda*”. Sin la materialización de esa pretensión cautelar sobre los inmuebles gravados no es posible dictar orden de pago, aun cuando el ejecutado, con su silencio, se hubiese allanado al mandamiento ejecutivo.

2. Las anteriores consideraciones a la regulación sustancial y procesal de la hipoteca, son útiles para desentrañar el recto entendimiento del artículo 468 C.G.P. cuya errónea interpretación se enrostra a la juez de primera instancia, pues con su proceder, como lo hizo ver el recurrente, se cometieron desaciertos procesales que conllevaron a la formulación de la nulidad que alega.

Escrutada la actuación adelantada en la primera instancia, se advierte que en la presentación de la demanda -9 de marzo de 2021- y en el auto que libró mandamiento de pago -28 de abril de 2021- no se contravino la disposición contenida en el precitado inciso 2, numeral 1 del artículo 468 C.G.P., porque para esas fechas Diana Patricia Zuluaga Montes era propietaria del 50% de los inmuebles sobre los que pesa el gravamen hipotecario, según la escritura pública 1570 de 23 de febrero de 2017 de la Notaria 15 de Medellín y las anotaciones 7 y 8 de las matrículas inmobiliarias 001-1237955, 001-1266167 y 001-1266172 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Sur.

El banco acreedor, en uso de sus prerrogativas como titular del crédito y garantizado con el gravamen real sobre esos bienes, eligió cobrar la obligación

solo a cargo Diana Patricia Zuluaga Montes y no así frente a Jaime Maldonado Palacio -quien también constituyó hipoteca a su favor-.

La prestación crediticia en mora, por tanto, se quiso cobrar solo con la garantía real que la ejecutada otorgó sobre esos bienes, nada más. Proceder que, dígase también, no afecta el principio de indivisibilidad, porque el porcentaje de dominio -su cuota ideal- que está gravada con la hipoteca ampara, en todo, el cumplimiento de cada una de las obligaciones garantizadas, incluyendo capital e intereses -artículo 2434 C.C.-.

Ese, de hecho, es el entendimiento que la doctrina más especializada ha tenido sobre la naturaleza indivisible de la hipoteca. Así, por ejemplo, se ha dicho, con razón, que:

“El carácter indivisible de la hipoteca puede mirarse desde dos puntos de vista que operan simultáneamente: 1°. Desde el punto de vista del inmueble o los inmuebles hipotecados; 2.° Desde el punto de vista de la obligación garantizada con la hipoteca. Vista por el primer aspecto, la indivisibilidad de la hipoteca significa que la totalidad del inmueble o de los inmuebles hipotecados, y cada una de sus partes (cada molécula pudiera decirse), están afectados al cumplimiento de la obligación principal, mientras esta no se extinga totalmente. Vista por el segundo aspecto, la indivisibilidad de la hipoteca significa que cada parte de la obligación principal, y por lo mismo toda ella, tiene el respaldo o la garantía de todo el gravamen; de suerte que mientras subsista cualquier parte de la obligación principal sin ser satisfecha, por insignificante que ella sea, subsistirá la totalidad del gravamen”.¹

Por supuesto que es poco frecuente que el acreedor, teniendo la posibilidad de ejercer la acción real frente a ambos propietarios, solo hubiese ejercido ese derecho de persecución contra uno de ellos -y el otro no-. Sin embargo, eso no traduce, ni de lejos, que exista listisconsorcio necesario o que se requería, desde el inicio, la comparecencia de ambos dueños en el juicio. La única consecuencia que tal proceder causaba era que el embargo recaía solo frente

¹ GOMEZ ESTRADA, Cesar. De Los Principales Contratos Civiles. Pág. 470.

al porcentaje de dominio de la demandada y solo también podía rematarse esa cuota ideal para pagar la deuda. Ninguna otra.

Hasta ahí, como se advierte, no se cometió ningún dislate en el trámite del asunto. El demandante *motu proprio* ejerció la acción real de hipoteca solo contra uno de los propietarios y a eso se atuvo la juez de primera instancia al momento de librar mandamiento de pago para la efectividad de la garantía real.

No empecé lo anterior, la *a quo* por auto de 9 de febrero de 2022 ordenó la ejecución en los términos del mandamiento ejecutivo, pasando por alto que los bienes hipotecados aún no se encontraban embargados -numeral 3, artículo 468 C.G.P.-, irregularidad que tuvo como consecuencia que (i) la demandada hubiese transferido su cuota de dominio a Jaime Maldonado Palacio, y (ii) que en el proceso no se haya producido la sustitución procesal antes de haberse ordenado seguir con la ejecución.

La acción que ejerció el banco demandante fue la real que permite la hipoteca y, por tanto, da derecho al acreedor de perseguir el bien en manos de quien esté para pagarse la deuda con el producto de su remate -artículo 2452 C.C.-. Sin embargo, con la omisión cometida por la juez de instancia, se ordenó seguir adelante la ejecución para la efectividad de la garantía real frente a quien actualmente no es el dueño del bien gravado. Eso, en esencia, es lo que censura el recurrente.

Desde luego que ese vicio adjetivo no está contemplado en las causales que contempla el artículo 133 C.G.P. -necio sería decir lo contrario-. No obstante eso, el 132 *ejusdem* le impone al juez como deber "*realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso*".

La anomalía puesta al descubierto por el recurrente no era menor. Se ordenó seguir adelante la ejecución en un proceso de efectividad de la garantía real (i) sin que los bienes gravados estuvieran embargados, y (ii) frente un sujeto que, hoy por hoy, no es propietario de los inmuebles hipotecados.

Como la juez de primera instancia, pese a denunciarse esa protuberante irregularidad, no la corrigió, se revocará entonces la decisión censurada y, en su

RADICADO N° 2021-00198-01

lugar, se dejará sin efecto lo actuado hasta el auto de 9 de febrero de 2022 que ordenó seguir adelante la ejecución, inclusive.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ITAGÜÍ - ANTIOQUIA,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar el auto de 15 de enero de 2024 proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad de Itagüí.

SEGUNDO: Dejar sin efecto lo actuado hasta el auto de 9 de febrero de 2022 que ordenó seguir adelante la ejecución, inclusive.

TERCERO: Sin con constas en esta instancia.

CUARTO: Devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DIEGO NARANJO ÚSUGA

Juez

<p>JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ITAGÜÍ, ANTIOQUIA el presente auto se notifica por el estado electrónico 10 fijado en la página web de la rama judicial el 28 de febrero de 2024, a las 8:00. a.m.</p>

Firmado Por:
Diego Alexis Naranjo Usuga
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 001
Itagui - Antioquia

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: **74c2d046c72f8cf0a8de8e746006f198c199b6c14657620b67c68a6d0be20502**

Documento generado en 28/02/2024 01:09:19 a. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>