Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura.
República de Colombia

JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Buenaventura Valle del Cauca, abril veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

Auto No.295

Proceso: Hipotecario
Demandante: Bancolombia
Demandado: Deicy Mercedes Mosquera
Radicación: 76-109-31-03-003-**2020-0009**

Decide el Despacho el recurso de reposición contra el auto 051 de enero 31 de 2022, por medio del cual se dispuso reconocer la calidad de litisconsorte necesario a la señora CARMEN ALICIA MOSQUERA DE RODRIGUEZ.

El apoderado judicial de la parte demandante expresa su inconformidad frente a la providencia en mención, puntualizando lo siguiente:

- La señora DEICY MERCEDES MOSQUERA HURTADO, mediante escritura pública No.1049 del 19 de septiembre de 2018, otorgada ante la Notaría Segunda del Circulo de Buenaventura, constituyó hipoteca abierta sin límite de cuantía, para garantizar el pago de las obligaciones que la hipotecante o la señora CARMEN ALICIA DE MOSQUERA, adeuden a BANCOLOMBIA S.A., en su propio nombre, con otra u otras personas conjunta, solidaria o separadamente con la entidad.
- Este proceso ejecutivo busca hacer efectiva la garantía real constituida a favor de la entidad financiera, por lo cual se persigue al actual propietario del inmueble con el fin de pagar la acreencia con el producto del remate del predio.
- Aunque la señora CARMEN ALICIA MOSQUERA DE RODRIGUEZ también se obligó a garantizar el pago de las obligaciones contraídas con el banco, la demanda se dirige exclusivamente contra la señora DEICY MERCEDES MOSQUERA HURTADO, con quien se puede continuar el trámite del proceso, sin que por ello exista nulidad o violación al debido proceso, en tanto que la sentencia que se profiera en este asunto no perjudicará a la señora MOSQUERA DE RODRIGUEZ.

Con lo anterior concluye, en su sentir, que el Despacho confunde la figura del litisconsorcio necesario, con la solidaridad de que tratan los artículos 1570, 1571 del Código Civil, y 632 del Código de Comercio.

El anterior recurso se fijó en lista No.03 del 8 de febrero de 2022, sin que dentro del término de traslado, la parte demandada haya emitido pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES

Para conformar un litisconsorcio necesario pasivo, es preciso que exista un nexo común y homogéneo entre presentes y ausentes en el procedimiento, y que los ausentes en el proceso no hayan prestado su consentimiento a las pretensiones del actor[1].

Así mismo, el artículo 2452 del Código Civil prescribe que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido, de allí la precisión establecida en el artículo 468 del Código General del Proceso, por lo que exige la relación jurídica procesal, no solo al dueño del bien hipotecado, sino también al deudor de la obligación.

Para un vasto sector de la doctrina, ha señalado que se debe demandar necesariamente la ejecución contemplada en el artículo 468 del Código General del Proceso, tanto al titular real de dominio como al deudor bajo la figura de litisconsorcio necesario debido a la naturaleza del asunto "por estar bifurcadas las calidades de deudor y garante"[2].

Señala que además de ser derechos reales accesorios de garantía (artículos 2410, 2457 y 2537 del Código Civil), existe una inescindible relación entre la obligación y la garantía real que se ventila en un solo proceso donde el debate se debe realizar contra el actual propietario quien asume la defensa de la garantía, y contra el deudor quien asume la defensa y las minucias propias de la obligación por él adquirida.

> "…al presentar demanda en proceso donde se ejercita una garantía real, especialmente hipoteca, si el inmueble ya no pertenece al deudor (así lo certifica el registrador), la demanda debe necesariamente dirigirse contra el actual propietario del bien, aspecto que no es objeto de reparo alguno pero y esto es lo novedoso de la tesis, deberá igualmente encaminarse contra el deudor por cuanto el ejecutivo con garantía real está destinado a debatir la obligación (frente al deudor) y la garantía (frente al actual propietario)"[3].

Aunado a lo anterior, agrega;

> 5º) La vinculación del deudor es permanente, en tanto que la del tercero adquirente es puramente accidental y sólo se requerirá si es titular actual del derecho de dominio; si el adquirente a su vez enajenó el bien, sobra su vinculación al proceso, pues se demandará al actual propietario. Siempre debe demandarse al obligado y si este no es el actual propietario del bien, también a quien lo sea y no solo a este último.
>
> En conclusión, cuando el actual propietario no es el obligado, adicionalmente el deudor también debe ser demandado.
>
> 6º) En la tesis planteada se presenta un caso de litisconsorcio necesario debido a que el artículo 61 del CGP es norma aplicable a todo tipo de procesos y no sólo a los de conocimiento, como erradamente se cree al confundir la intervención adhesiva o coadyuvancia propia de los juicios de conocimiento con el litisconsorcio necesario, cuya aplicación no está sometida a ninguna restricción en lo que a clase de procesos respecta.

---

[1] ***Sentencia nº 172/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 25 de Marzo de 2015***
[2] CODIGO GENERAL DEL PROCESO – PARTE ESPECIAL, Hernán Fabio López Blanco, ED. DUPRE 2017, pag. 711
[3] Op ct.

(…)

7º) Lograr la efectividad de la hipoteca o de la prenda por el solo hecho de estar constituidas, es un absurdo jurídico. Se persigue la venta del bien hipotecado o dado en prenda porque el deudor incumplió. En consecuencia, entre deudor y garante se presenta una relación que por su naturaleza no puede ser decidida sin la presencia de los dos titulares (el del dominio y el deudor) cuando no son coincidentes en el mismo sujeto.

Y es tan evidente esa íntima relación, que basta imaginar el caso de que el acreedor quisiera ejercitar otro de los derechos que le asiste, el de la acción mixta que debe adelantarse simultáneamente, esto es, en el mismo proceso.

¿Acaso la perderá por haber enajenado el deudor el bien que hipotecó? Indudablemente no. La conserva, y si la quiere ejercitar debe demandar en proceso ejecutivo tanto al deudor (respecto del cual perseguirá los restantes bienes), como al actual propietario del bien (para lograr la efectividad de la garantía).[4]

Manifiesta el recurrente que las señoras CARMEN ALICIA MOSQUERA DE RODRIGUEZ y DEICY MERCEDES MOSQUERA HURTADO, se obligaron solidariamente al pago de las obligaciones contraídas con el banco, y que por ello tienen la facultad contenida en los artículos 1570 y 1571 del Código Civil, y 632 del Código de Comercio, esto es, puede exigirle a cualquiera de ellas la satisfacción de la deuda, sin que sea necesaria la presencia de la totalidad de los deudores.

Pero dicho argumento pierde fuerza cuando los pagarés presentados como base de la ejecución no fueron suscritos por la señora DEISY MERCEDES MOSQUERA HURTADO, sino por la señora CARMEN ALICIA MOSQUERA RODRIGUEZ, quien se obligó personalmente a responder por las obligaciones contenidas en dichos títulos valores (lo que deja de lado el artículo 632 del Código de Comercio), reforzando aún más la vinculación de la señora CARMEN ALICIA MOSQUERA RODRIGUEZ.

Sin embargo, frente a la solidaridad de la obligación, la doctrina ha señalado:

"9º) Debemos cuidarnos de suponer que las relaciones entre garante y propietario son las de una obligación solidaria. Si de eso se tratase, sencillamente se podría presentar la demanda contra el actual propietario sobre la base de que el acreedor "*podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división*" (art. 1571 del C.C.). En tal hipótesis sobrarían nuestros comentarios y la solución propuesta.

Empero en los casos que he propuesto, entre deudor y garante no existe solidaridad por cuanto esta surge de una disposición legal que la consagre, por testamento o por convención (art. 1568 del C.C.). Cuando se garantiza una obligación ajena dando en prenda o hipoteca un bien propio, si expresamente no se otorga la garantía personal "no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado" (art. 2454 del C.C.); de modo que si no existió ninguna previsión contractual sobre el punto no habrá solidaridad que para estos eventos la ley no presume, sin que se presente ninguna de las

[4] Op ct.

otras fuentes de la solidaridad.

Además, si se trata de la adquisición de un bien con la garantía y tampoco existe ninguna estipulación expresa respecto de la obligación existente, la situación es idéntica.

En resumen, al ordenar el artículo 468 del C.G.P. que la demanda ejecutiva con título hipotecario o prendario debe reunir los requisitos de toda demanda ejecutiva, se indica que siempre se debe demandar al deudor, y al agregar que debe dirigirse contra el actual propietario, parte del supuesto de que además o también (expresiones que se omitieron, pero que deben considerarse tácitamente incluidas), debe comparecer el actual propietario como demandado, si el deudor es otra persona.

10º) El inciso final del numeral 5º del art. 468 del CGP vino a avalar mi posición, pues se advierte en la norma que: "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 *éste sea el deudor de la obligación".*

Si se tiene en cuenta lo que señala la disposición, se tiene que admitir que la posibilidad de que se demande únicamente al actual propietario cuando otro es el deudor, va a generar que existan proceso ejecutivos hipotecarios en los que tiene aplicación la norma y otros ajenos a la misma, lo que no es admisible, pues se trata de prescripción legal general aplicable a todo proceso ejecutivo hipotecario.

Admitir esta posibilidad, aún en gracia de discusión, generaría la grave incongruencia de que si existe saldo insoluto se podría demandar al deudor, titular de la garantía personal, para el pago del mismo y en el nuevo ejecutivo, donde necesariamente se emplearía el mismo titulo ejecutivo, pues se asume que se desglosó con la constancia de abono parcial, podría el deudor demandado proponer excepciones perentorias, dado que se le negó la posibilidad de comparecer en el primer proceso, de ahí que no puede ser menoscabado su derecho de defensa y llegarse al extremo de que se acepten las mismas, con las consecuencias que de ello se derivarían por generar situaciones por entero contradictorias, aspecto que evidencia lo perentorio de la aceptación de la tesis de la necesidad de citar a deudor y garante como ejecutados en el mismo proceso, en el único ejecutivo hipotecario que se origina en el correspondiente titulo ejecutivo, evento en el que, de no lograrse el pago total, prosigue la actuación ejecutiva únicamente contra el deudor por ser el obligado personalmente, pero conservando total validez toda la actuación anterior, en especial lo atinente al debate sobre las excepciones, si es lo hubo.

Por ello, se exige que en el presente proceso regulado por el articulo 468 ibidem, sea llamado necesariamente al deudor, pues, en lo que respecta a la acción personal y a la acción real, un acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar distintas acciones judiciales, tales como una de carácter **personal**, derivada del derecho de crédito contra el deudor de la obligación y la otra **real,** proveniente de la hipoteca contra el dueño del bien hipotecado.

Así, de acuerdo a la cláusula cuarta del acto jurídico de Hipoteca abierta sin límite de cuantía, suscrito por la demandada y allegada a folio 31 y s.s. del archivo virtual No. 2 del Expediente Digital, así como el certificado de tradición y libertad del inmueble dado en garantía, observa el despacho, que la actual propietaria inscrita es la señora DEICY MERCEDES MOSQUERA, distinta a quien suscribió los pagarés presentados para el cobro, y en consecuencia, la

demanda de acción real contemplada en el artículo 468 del C. G. del P., debe ir dirigida no sólo contra ella, sino contra quien se obligó personalmente.

Por lo tanto, se debe mantener la vinculación de la señora CARMEN ALICIA MOSQUERA DE RODRIGUEZ, quien suscribió los pagarés que se cobran en esta tramitación, como obligada personal al pago de la acreencia reclamada.

En ese orden de ideas, se confirma el auto opugnado, y comoquiera que la señora CARMEN ALICIA MOSQUERA DE RODRIGUEZ, contestó la demanda proponiendo excepciones de mérito, se dispondrá correr traslado de las defensas propuestas.

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER objeto de censura, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: CORRER TRASLADO a la parte demandante de las excepciones propuestas por el término de diez (10) días, conforme a lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 443 del C.G. del P.

NOTIFÍQUESE

(Con firma electrónica)
ERICK WILMAR HERREÑO PINZON
Juez

VRRP

Firmado Por:

Erick Wilmar Herreño Pinzon

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 003

Buenaventura - Valle Del Cauca

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:
5653d5acc27cf94d682db028a0c4cce814cf05651446b1039bf91a9618e67b2d

Documento generado en 28/04/2022 04:48:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la

siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica