

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
J02cccartago@cendoj.ramajudicial.gov.co

SENTENCIA No. 004
PROCESO EJECUTIVO GARANTIA REAL-ACUMULADO-
Primera Instancia
Rad. No. 76-147-31-03-002-2019-00189-00
Cartago Valle del Cauca, Agosto diez (10) de
dos mil veinte (2020).

FINALIDAD DE ESTE AUTO

Dictar Sentencia Anticipada en el Proceso Ejecutivo con Garantía Real-Acumulado- instaurado por el Curador Ad-litem del **Acreedor Hipotecario-FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO-** contra el señor **ORLANDO MARTÍNEZ ARANGO-**, actual propietario del bien hipotecado-.

1. A N T E C E D E N T E S

Demanda.

El Curador Ad-litem del Acreedor Hipotecario, señor FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO presentó demanda ejecutiva para que se libere mandamiento a favor de su representado y en contra de la señora CLARA ESTER DUQUE DE TORO, por la suma de QUINCE MIL PESOS (\$15.000), según Escritura Pública No. 1853 del 29 de Noviembre de 1975.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. Ejecutivo Garantía Real-Radicación No. 2018-00029-00. Una vez fue remitido el Proceso Ejecutivo con Garantía Real, instaurado por el señor **NORBERTO PALOMINO**

contra el señor **ORLANDO MARTÍNEZ ARANGO** por el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGO**, ante el impedimento de la Titular del citado Juzgado, se avocó el conocimiento mediante **Auto No. 0393 del veinte (20) de Marzo de dos mil dieciocho (2018)**, y ordenó librar mandamiento de pago a favor del señor **NORBERTO PALOMINO** por las sumas determinadas en la demanda-fls. 73 a 75 C-1, archivo 2 expediente digital-, y en cuaderno separado, se decretó el embargo y secuestro del inmueble con **M.I. No. 375-1506** inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad.

A través del **Auto No. 1051 del catorce (14) de Agosto de dos mil dieciocho (2018)**, se ordenó *seguir adelante la ejecución* en el Proceso Ejecutivo con Garantía Real Principal, en los términos del mandamiento de pago.-fls. 95 a 98 C-1 archivo 2 exp. digital-.

Por **Auto No. 931 del dieciséis (16) de Julio de dos mil diecinueve (2019)**, se ejerció control de legalidad, y entre otras cosas, se ordenó *citar al Acreedor Hipotecario, FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO*. Ordenándose su emplazamiento por providencia del **21 de Agosto de 2019**-.fls. 200 a 201 y 208 a 209 C-1-archivo 2 exp. Digital-

Cumplidas las formalidades del emplazamiento se nombró como *Curador Ad-litem* del **Acreedor Hipotecario, FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO**, al *Dr. ÁLVARO AGUILAR ANGEL*, quien fue *notificado personalmente* el día **23 de Octubre de 2019**.-fl. 218 C-1 archivo 2, exp. Digital.

2.2. Ejecutivo Garantía Real-Radicación No. 2019-00189-00.

Notificado el Curador Ad-litem del **Acreedor Hipotecario, FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO**, procedió oportunamente a presentar demanda ejecutiva con Garantía Real, acompañando como título la **Escritura Pública No. 1853 del 29 de Noviembre de**

1975, otorgada en la Notaría Primera del Círculo Cartago a cargo de la señora **CLARA ESTER DUQUE DE TORO**. -fls. 41 a 43 C-1, archivo 1, exp. Digital-.

Si bien, el deudor de la Hipoteca era la señora CLARA ESTER DUQUE DE TORO; no obstante la demanda se dirigió contra el actual propietario del bien, el señor **ORLANDO MARTÍNEZ ARANGO**, por ser el actual propietario del bien hipotecado con **M.I. No. 375-1506-**

A través del **Auto No. 1800 del once (11) de Diciembre de 2019**, se ordenó entre otras cosas, librar mandamiento de pago en contra del señor **ORLANDO MARTÍNEZ ARANGO** y a favor del **Acreedor Hipotecario, FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO** por la suma de **\$15.000** como capital y por los intereses de plazo desde el **29 de Noviembre de 1975 al 29 de Noviembre de 1976**, y por los intereses mora desde el **30 de Noviembre de 1976** hasta cuando se verifique el pago total de la obligación. Y se decretó la **acumulación** de la presente demanda ejecutiva con garantía real al también Ejecutivo con Garantía Real-**2018-00029-00** iniciado por el señor **NORBERTO PALOMINO** contra el señor **ORLANDO MARTÍNEZ ARANGO** en este mismo juzgado.

La notificación al demandado se hizo por estado, conforme el numeral 1 del Art. 463 del Código General del Proceso.

Por **Auto No. 251 del 19 de FEBRERO DE 2020**, se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días, al *Curador Ad-litem del Acreedor Hipotecario-FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO*, de la solicitud de **prescripción** propuesta por el apoderado judicial el *Ejecutante Principal NORBERTO PALOMINO*, con **Radicación No. 2018-0029-00**.

Mediante **Auto No. 594 del 27 de Julio de 2020**, se corrió traslado por el término de cinco (5) días a las partes para que presentaran sus alegatos. Derecho del que hicieron uso las partes del proceso.

Así las cosas, se procede a resolver, previas las siguientes,

3. CONSIDDERACIONES.

3.1. Problema Jurídico

Como Problema Jurídico deberá esta operadora judicial entrar a resolver: **1)** Si la obligación demandada es exigible por el valor respaldado en la **Escritura Pública No. 1853 del 29 de Noviembre de 1975**, otorgada en la Notaría Primera de Cartago a cargo de la señora **CLARA ESTER DUQUE DE TORO**; ó **2)** Si la obligación contenida en la Hipoteca se encuentran prescrita.

3.2. Aspecto Normativo y Jurisprudencial.

La **hipoteca** es una seguridad real e indivisible, que consiste en la afectación de un bien raíz del deudor al pago de la obligación, sin desposesión actual del constituyente, y que le permite al acreedor embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento del término, sea quien fuese el poseedor, para hacerse pagar con el precio, de preferencia a los otros acreedores. Como se desprende de esta definición, **la hipoteca** es un derecho real, aun cuando no establezca una relación directa entre su titular y la cosa sobre la cual recae, pero no un derecho principal, sino un derecho real accesorio. De este derecho accesorio que tiene la hipoteca se deduce que todo titular de una hipoteca es también un acreedor que tiene por consiguiente dos derechos y dos garantías: **a)** El *derecho personal* o de crédito que conlleva el de perseguir la ejecución de la obligación sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor; y el **b)** *Derecho real* de hipoteca sobre el inmueble hipotecado en virtud del cual puede vender dicho bien para que con el producto se le pague o hacérselo adjudicar en pago hasta concurrencia de su crédito, sea quien fuere el que posea la cosa hipotecada.

Es bien sabido que dentro del principio de la soberanía contractual (art. 1602 C.C), el contrato es ley que obliga a los contratantes, distinguiéndose entonces los efectos de éste, como el conjunto de derechos y obligaciones que de él se derivan. De allí que una vez establecido el acuerdo de voluntades, con el cumplimiento de las formalidades que le son propias, adquiere perfección y en lo sucesivo, su suerte será la que voluntariamente hayan consignado las partes; de modo que no será posible su invalidez, sino por consentimiento mutuo o por causas legales, en éste último, con intervención del órgano jurisdiccional y previo el rito del procedimiento de rigor. *"Es principio general del derecho civil, que los contratos se celebren para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos íntegra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido"*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Julio 3 de 1963).

Así mismo, ha de tenerse en cuenta que **la hipoteca**, en su condición de contrato accesorio de origen real, respalda la eficacia de una obligación personal que fundamentalmente se materializa a través de un gravamen constituido sobre un bien inmueble (art. 2432 C.C.). De allí que como la preceptiva del artículo 2438 ibídem, permite que la hipoteca pueda otorgarse bajo cualquier condición, y desde y hasta cierto día, como también, en cualquier tiempo *"...antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba"*; significa que es la voluntad de los contratantes la que determina, en primer lugar, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ha de celebrarse el acto. Acorde con estos principios, hay que decir que, en la celebración del contrato de hipoteca cada contratante es libre de asumir las cargas obligacionales que a

bien tenga, siempre que ellas no vayan en contra de las buenas costumbres y el orden público (art. 16 C.C.). Aquí se aplica el aforismo que reza: *"Lo que es voluntario en su formación, es obligatorio en su ejecución"*.

Si bien, conforme la **Escritura Pública No. 1853 del 29 de Noviembre de 1975**, otorgada en la Notaría Primera de Cartago, la señora **CLARA ESTER DUQUE DE TORO**, se constituyó deudora del señor **FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO**; no obstante al ejercerse la acción ejecutiva con garantía real, la persona perseguida es *"el actual propietario del inmueble..."*, de acuerdo al Artículo 468 del Código General del Proceso, Numeral 1, inciso tercero.

La Corte Constitucional examinó, respecto de la pluralidad de sujetos pasivos: **Deudor y Dueño de la cosa gravada**, en una demanda de inconstitucionalidad contra el tercer inciso del Art. 554 del derogado Código de Procedimiento Civil, según el cual *"La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o la aeronave materia de la hipoteca o de la prenda"*, precepto que fue reproducido en el Código General del Proceso-Art. 468 Numeral 1, inciso tercero, así indicó en la Sentencia C-192 del 8 de Mayo de 1996: *"Pero no es exacto afirmar que al no ser demandado en el proceso de ejecución con título hipotecario y prendario, el deudor de la obligación principal quede indefenso."*

En primer término, en la hipótesis del inciso final del artículo 554, "cuando el acreedor persiga, además, bienes distintos de los gravados con la hipoteca o la prenda", se seguirá el procedimiento establecido para el proceso ejecutivo singular. Y aquí habrá, necesariamente, de ser demandado también el deudor de la obligación principal, pues ya se vió como el tercer poseedor del bien hipotecado sólo puede ser demandado en ejercicio de la acción hipotecaria y, por lo mismo, solamente el bien hipotecado puede perseguírsele.

Pero si únicamente se ejerce la acción hipotecaria, y el demandado paga, o le es rematado el bien hipotecado, el deudor de la obligación principal

podrá ejercitar sus defensas, proponer las excepciones, cuando el tercer poseedor intente repetir lo pagado: entonces ejercerá su derecho de defensa. Recuérdese que él podrá oponer todas las excepciones que el tercer poseedor habría podido oponer al acreedor.

Pero, aún más: el deudor de la obligación principal, si es demandado por el tercer poseedor del bien hipotecado, podrá oponer a éste, a más de las reales, las excepciones personales, establecidas por la ley en beneficio exclusivo de tal deudor principal, "como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir". (art. 2380 del Código Civil).

En cuanto a la incapacidad de obligarse, ella comprende no sólo la incapacidad absoluta, sino también la relativa.

La cesión de bienes, según el artículo 1672 del Código Civil, "es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas".

El derecho a no ser privado de lo necesario para subsistir es el llamado "beneficio de competencia", definido por el artículo 1684 del Código Civil como "el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna".

En conclusión: es claro que el deudor principal podrá oponer al tercer poseedor, cuando éste trate de repetir contra él, todas las excepciones que él mismo habría podido invocar contra el acreedor: las reales, por ser inherentes a la obligación; y las personales, por haberlas establecido la ley en beneficio suyo.

De todas maneras, se ve que la situación del deudor cuando es demandado por el tercer poseedor, en virtud de la subrogación o de la acción indemnizatoria consagrada por el inciso final del artículo 2453 del Código Civil, es, por lo menos, igual a aquella en que estaría si fuera demandado directamente por el acreedor. En nada se vulnera su derecho de defensa.

Por todo lo dicho, es claro que no se quebranta el derecho de defensa del deudor de la obligación principal, y, por lo mismo, no se vulnera su derecho al debido proceso. Como tampoco se violan las demás normas de la Constitución que señala el actor: artículos 2o., 5o., 12 y 229.".-M.P.

Dr. Jorge Arango Mejía-.

Seguidamente se analizará la **Excepción de Mérito "Prescripción extintiva de la acción"**.

Es bien sabido, que **la prescripción** constituye uno de los modos de extinguirse las obligaciones, de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible-art. 2535 C.C-.

La prescripción extintiva tiene como fundamento un hecho negativo, la inercia del deudor a pagar o del acreedor a cobrar, y para que aquélla prospere es necesario reunir estos requisitos: a) Acción Prescriptible; b) Tiempo determinado especialmente previsto en la Ley; c) Inactividad del acreedor durante ese tiempo.

La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden, en el término de cinco años, de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el art. 8 de la Ley 791 de 202 y siguientes.

Al respecto, los tratadistas PLANIOL y RIPERT expresan: *"Los privilegios y las hipotecas como derechos accesorios que son, se extinguen de dos modos: 1º) por vía de consecuencia, al propio tiempo que el crédito garantizado por ellos; 2º) por vía principal, cuando la causa de la extinción actúa sobre la garantía real y deja el crédito intacto.*

"Condición de la extinción. En principio, toda garantía real, derecho accesorio, desaparece cuando el crédito que garantiza queda extinguido (art. 2180, 1º C. Civil), sea cual fuere la causa de extinción: pago, compensación, novación, confusión de los caracteres de acreedor y deudor, remisión de deuda, sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada que haya declarado válida y correcta la consignación hecha por el deudor.

"Extinción de los privilegios y de las hipotecas por efecto de la prescripción del crédito garantizado. Cuando el crédito garantizado prescribe, la hipoteca se extingue; esto viene especialmente dispuesto en

el art. 2180, 4º, párr. 2 en que la mención que se hace parece innecesaria, extinguen por extinción de la obligación principal". (Tratado Práctico del Derecho Civil Francés, T. XIII).

En igual sentido se refiere el Tratadista BERNARDO TRUJILLO CALLE, sobre la prescripción cuando se trata de una acción ejecutiva que proviene de una hipoteca y no de un título valor, como pretende el Ejecutante Principal en el **Ejecutivo Garantía Real-NORBERTO PALOMINO-Radicación No.2018-00029-00**: *"En el derecho civil, dice el art. 2536 de la acción ejecutiva prescribe en 10 años y la ordinaria en 20.-hoy 5 y 10 años, respectivamente, art. 8 Ley 791 de 2002-. Pero no se refiere esa acción ejecutiva, evidentemente, a la que proviene de los títulos valores, sino a la de otros documentos de distinta índole que presten ese mérito, como una hipoteca, pues en tal lapso no subsistirán en el instrumento comercial acciones de ninguna naturaleza: ni cambiaria, ni fundamental, ni de enriquecimiento. Sucede sí, que la prescripción extintiva o liberatoria, sea civil o mercantil, es la pérdida de los derechos y acciones por no ejercerlos su titular dentro de cierto tiempo y opera, sin excepción, en favor de todas las partes obligadas con el título valor, pudiendo ser alegada contra cualquier tenedor, por ser equivalente al pago (C.C., arts. 1625, ord. 10; 1527, ord. 2 y 2535)". (De los Títulos Valores, 7ª edic. pág. 418).-negrillas por el juzgado-*.

Ahora bien, partiendo del día **29 de Noviembre de 1975**, fecha de suscripción de la **Escritura Pública No. 1853**, el plazo para cancelar la obligación contraída en dicho documento, vencía el **29 de Noviembre de 1976**, sin que la **Deudora-CLARA ESTER DUQUE DE TORO-** hubiese cancelado la obligación dentro del término concedido, menos los intereses de plazo. Aplicando lo antes expuesto, se tiene que el término prescriptivo vencía el día **29 de Noviembre de 1981**, tal como lo advirtió el Excepcionante y Demandante en el Ejecutivo con Garantía Real Principal. Y al presentarse la demanda, el **3 de Diciembre de 2019**, significa que fue después de operar el fenómeno extintivo de la acción.

Así las cosas, la prescripción de la acción real hipotecaria y las demás que proceden de la obligación accesoria en el presente caso, ha tenido ocurrencia, por no haber sido interrumpida civilmente. Razones suficientes para declarar probada la excepción de mérito "*prescripción extintiva de la acción*"; y sin lugar a condenar en costas por haber estado el Ejecutante representado a través de Curador Ad-litem, y dada la clase excepción, no hubo controversia.

4. DECISION:

En consecuencia, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGO VALLE**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA la Excepción de Mérito "*Prescripción Extintiva de la Acción*", propuesta por el Apoderado Judicial del *Ejecutante con Garantía Real Principal*, **NORBERTO PALOMINO**, por lo expuesto.

SEGUNDO.- TERMINAR el *Proceso Ejecutivo con Garantía Real-Acumulado* instaurado por el **Curador Ad-litem del Acreedor Hipotecario-FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO**- contra el señor **ORLANDO MARTÍNEZ ARANGO**-.

TERCERO.- ORDENAR la cancelación del embargo y secuestro del bien inmueble distinguido con **M.I. No. 375-1506** de propiedad del señor **ORLANDO MARTÍNEZ ARANGO**, decretado por **Auto No. 1800 del once (11) de Diciembre de dos mil diecinueve (2019)**, y comunicada a la *Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartago* por **OFICIO No. 896 del 11 de Noviembre de 2019. Comuníquese.**

CUARTO.- ORDENAR la cancelación del gravamen hipotecario constituido en la **Escritura Pública No. 1853 del 29 de Noviembre de 1975**, otorgada en la Notaría Primera del

Círculo de Cartago Valle, a cargo de la señora **CLARA ESTER DUQUE DE TORO**, y a favor del señor **FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO**, e inscrita a folio de la **Matrícula Inmobiliaria No. 375-1506 de la Oficina de Registro de Cartago, Anotación No. 002.** Comuníqueseles.

QUINTO.- SIN CONDENA EN COSTAS por haber estado el **Acreedor Hipotecario FRANCISCO ANTONIO FERNANDEZ SOTO-**, representado por Curador Ad-lite, y no se causaron.

SEXTO.- ORDENAR el desglose de los títulos que sirvieron de base de ejecución y entréguese al demandado, previa cancelación del arancel judicial.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,

MARIA STELLA BETANCOURT.

Firmado Por:

MARIA STELLA BETANCOURT

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 002 CIVIL DEL CIRCUITO CARTAGO

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:

db1dba942a8cb633b2c955ba280e0b3827a8d615ad8fc3878f1257f733016

b0d

Documento generado en 10/08/2020 01:18:53 p.m.