

JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO
Palmira, once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Auto No. **266**
Rad. 765203103004-2019-00208-00
Efectividad de la Garantía Real

Ingresa el asunto a despacho para proveer sobre el recurso de reposición incoado por el extremo demandado contra la providencia que libró mandamiento de pago dentro del proceso de efectividad de la garantía hipotecaria propuesto por COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A., contra BELLPHONE VIP SAS, ADRIANA YAMILETH GALINDO MARIN, GUSTAVO EDUARDO HERNANDEZ CARDENAS y ELSIE RIVERA MONTALVO, previo el siguiente orden:

ANTECEDENTES

En escrito que antecede la apoderada designada por los demandados GUSTAVO EDUARDO HERNANDEZ CARDENAS y ELSIE RIVERA MONTALVO, siendo un hecho que en su sentir constituye la excepción previa denominada “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”, después de efectuar un relato pormenorizado de las circunstancias que rodearon la creación del instrumento de recaudo y la garantía adosados, alegada para tal efecto mediante recurso de reposición, que necesario resulta la vinculación al trámite de la señora GLORIA PATRICIA CALLE AGUDELO, persona ésta quien según lo narrado, es la responsable directa de la obligación adquirida al momento de constituir la garantía hipotecaria que se ejercita en favor de COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A., sobre el inmueble de su propiedad y dado que sus prohijados, si bien adquirieron el dominio por el mecanismo de la tradición de manos de la mentada señora, es a ésta quien le corresponde salir al saneamiento del mismo, pues debía entregarlo libre de todo gravamen.

Sin pronunciamiento de la parte contraria durante el término de traslado, se procede a resolver el recurso en mención por ser el escenario previsto para esta clase de procesos, por mandato del numeral 3 del artículo 442 del Código General del Proceso, a lo que se procede, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se precisa como inicio de éste análisis que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido acordes al sostener que para librar mandamiento de pago, sólo le basta al funcionario de instancia examinar el título, pues para que él sea ejecutivo se requiere que contenga una obligación clara, expresa y exigible contra el deudor, sin que haya lugar ni forma de investigar sobre otros aspectos que contengan por ejemplo hechos coetáneos o posteriores a dicho acto, y que tiendan a desconocer la obligación que se demanda ejecutivamente o declararla extinguida si alguna vez existió, pues tales aspectos son de recibo cuando se formulan a través de excepciones. Así entonces, tal como lo dispone el artículo 422 del Código General de la Nación, pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones que contengan las especificaciones anotadas, debiéndose significar que ella es expresa cuando sin ser implícita o presunta, está inequívocamente determinable o determinada en el documento; clara, cuando consta su elemento subjetivo del acreedor y deudor, así como el objeto de la prestación debida perfectamente individualizada; es exigible cuando no está sometida a plazo o condición, y en caso de estarlo, se haya cumplido aquel o verificado ésta, y constituye plena prueba el documento cuando dada su autenticidad, se tiene certeza de quien es su autor, concluyéndose con ello, que extraña cualquier otro examen de índole no formal.

En consonancia con lo anterior y respecto de la conducta procesal adoptada por los impugnantes, tenemos que, al solicitarse la reposición del mandamiento de pago, está necesariamente se encamina a cuestionar la existencia del título ejecutivo por cualquiera de sus aspectos o para hacer valer alguna causal de excepción previa, ello por mandato del numeral 3° del artículo 442 Ib.

Ahora bien, el problema jurídico de índole procesal que surge a partir de los reparos es determinar ¿Si la no comparecencia al proceso de la señora GLORIA PATRICIA CALLE AGUDELO, como suscritora de la garantía real ejercitada dentro del juicio de recaudo, implica que la relación jurídica que se ventila dentro del proceso no puede decidirse de mérito?

En el presente caso se acreditó desde el inicio – *folios 19 y del 28 al 44* – tanto la obligación pactada, como la constitución de una garantía real, ello con la incorporación del pagaré como título ejecutivo y la primera copia de la escritura pública número 1951 del 3 de agosto de 2011, de donde se advierte que el acto accesorio busca garantizar en favor del acreedor COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A., la satisfacción de las obligaciones que tenga o llegue a tener BELLPHONE VIP S.A.S, garantía que fue constituida efectivamente por la señora GLORIA PATRICIA CALLE AGUDELO como tercera, sobre un bien inmueble ubicado en la zona rural del municipio de Palmira, distinguido con la matrícula inmobiliaria 378-137518, que para ese momento era de su propiedad, hoy según certificado de tradición, de propiedad de los impugnantes, superando así debidamente las exigencias procesales que para el efecto se encuentran contenidas en el artículo 468 del ordenamiento procesal en cita, con lo cual se entendería que en principio el requisito formal se cumplió y de paso el presupuesto procesal de capacidad para ser parte no se encuentra comprometido.

Determinado lo anterior y para responder el planteamiento formulado, tenemos que, por mandato de la disposición antes citada, en concordancia con el artículo 2452 del Código Civil, que cuando se ejerce solamente la acción real derivada de la hipoteca, debe demandarse únicamente al actual propietario del bien hipotecado. Esta ha sido la jurisprudencia constante, y la doctrina de la mayoría de los autores. Al respecto anota el profesor Gómez Estrada:

"Situación del tercer poseedor demandado con acción hipotecaria. Como ya se dejó visto atrás, se puede hipotecar un bien propio para garantizar una obligación ajena, sin que a la vez se asuma la deuda (arts. 2439, inciso segundo, y 2454); por otra parte, como el bien hipotecado puede ser enajenado por quien lo hipotecó (art. 2440), obviamente quien lo adquiera lo recibirá con la hipoteca que lo grava, pero sin que por adquirirlo se convierta en deudor de la obligación garantizada con ésta. Pues bien, tanto en el primer caso como en el segundo el propietario actual del inmueble, por el mero hecho de serlo, tendrá la condición de sujeto pasivo de la acción hipotecaria. A este propietario del bien hipotecado, que no es deudor y por lo tanto no está obligado al pago de la obligación que la hipoteca respalda, es a quien en el lenguaje del derecho hipotecario se llama tercer poseedor. Como consecuencia del atributo de persecución propio de toda acción real, en este caso de la hipotecaria, el mencionado tercer poseedor es el titular de la legitimación en causa pasiva y por lo mismo quien debe ser demandado cuando se pide ante la jurisdicción la venta en pública subasta del bien hipotecado, para que con el producto de la venta se le pague al acreedor demandante su crédito más los accesorios respectivos". (Ob. cit, pág. 508)

Refiriéndose a la misma circunstancia y de cara al caso concreto el maestro Hernando Devis Echandía, sostiene:

"Rechazamos la tesis que exige demandar tanto al actual propietario inscrito, como al deudor cuando fuere diferente de aquél, porque no se trata de litis consorcio necesario y el artículo 554 sólo exige al primero"¹

¹ El Proceso Civil, Parte Especial, Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo III, volumen II, 7a. Edición, 1991, Biblioteca Jurídica Dike, pág. 956.

Así las cosas no encuentra la instancia la posibilidad de establecer la existencia de argumentos jurídicos que motiven la emisión de una decisión diferente a la ya tomada al librar mandamiento de pago, y en consecuencia éste se dejará incólume, pues de conformidad con la ley, la jurisprudencia y la doctrina, cuando solamente se ejerce la acción real nacida de la hipoteca, se puede demandar incluso de manera exclusiva al actual propietario del bien hipotecado, sin que sea necesario demanda al deudor o vincularlo como litisconsorte necesario en los términos del artículo 61 del Código General del Proceso, pues su no comparecencia, no impide decidir de fondo la relación jurídica que se ventila dentro del proceso, ello sin menoscabo de las acciones que surgen en cabeza del tercer poseedor que paga la obligación principal y de los reclamos que frente al tradente, estos pudieran elevar.

Sean suficientes las anteriores consideraciones para que el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA,

RESUELVA

- 1.- Negar la reposición incoada contra el auto que ordenó librar mandamiento de pago dentro del presente proceso, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.
- 2.- Dejar incólume el proveído relacionado, por lo que el proceso habrá de seguir su curso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HENRY PIZO ECHAVARRIA
JUEZ

Firmado Por:

HENRY PIZO ECHAVARRIA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 CIVIL DEL CIRCUITO PALMIRA

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: **3f8f14628e9d7d490c1232a9299416e4a82d2c68fde58e0244b0de6d85a7129b**

Documento generado en 11/05/2021 11:56:23 AM