

## **EJECUTIVO HIPOTECARIO**

**Rad. No. 2007-00080-00**

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL SINCELEJO**, once (11) de noviembre del dos mil veinte (2020)

Entra el Despacho a resolver, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación interpuesto legalmente en tiempo, por los integrantes de la parte ejecutada TULIO RAFAEL NUÑEZ TAMARA y CIRA SUSANA DIAZ SALOM, contra el proveído de la datado 5 de junio de 2019, mediante el cual esta judicatura denegó la solicitud de terminación del proceso por desistimiento de las pretensiones, impetrada por la mandataria judicial de la parte ejecutante BANCO DAVIVIENDA S.A, coadyuvado por el apoderado de los ejecutados, cimentado en lo dispuesto en el inciso primero del artículo 314 del C.G.P., pues al interior de esta litispendencia se había proferido sentencia en la data del 11 de junio de 2014, por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión de Sincelejo, que había denegado los medios exceptivos de mérito y ordenado la venta en pública subasta del bien inmueble matrícula inmobiliaria 340-36500, cuya titulares del derecho de domino eran los nombrados sujetos pasivos de la acción civil; enunciando la judicatura en el proveído aludido que el fenecimiento del litigio debería ser por pago total de las cuotas en mora o pago total de la obligación.

Esboza el impugnante en su extenso escrito y aquí se sintetiza que le suscita interés la posibilidad o no que las sentencias que se dicten al interior de la ejecuciones judiciales hagan definitivamente tránsito a cosa juzgada material, o exista opción de volver a debatirlas a través de un proceso distinto, agrega que la sentencias ejecutoriadas proferidas en los procesos contenciosos surten tránsito a cosa juzgada y si se habla de esta última es porque el proceso feneció, que según se desprende de los plasmado, en el inciso segundo de la considerativa del auto de calendas 5 de junio de 2019 lo ubica en el numeral tercero artículo 443 del C.G.P., que la sentencia que termina el proceso en un proceso ejecutivo (sic) es aquella que es totalmente

favorable al demandado, y luego hace alusión al inciso tercero de la prenombrada providencia, pasando a controvertir de manera poco deferente el uso del vocablo "solo" utilizado por la judicatura, aludiendo que se utilizaba para darle mayor fuerza a la apariencia de la motivación, colocándola entre comillas para ser más creíble la ilegalidad, pero que no aparece en el citado canon, además que esa misma disposición tiene un contenido sustantivo referenciado en el principio jurídico de la primacía de la realidad, que contiene la expresión " que ponga fin al proceso" ; que la demandante dentro de la autonomía de la voluntad puede desistir de las pretensiones, solo limitando el derecho a la condición "mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso" y que en el caso de los pleitos ejecutivos numeral tres artículo 443 del C.G.P., exige la condición más contundente "la sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso", evento este último en que según el litigante el demandante no tiene derecho a desistir de las pretensiones, y que tampoco se ha dado en este litigio, que según ese contexto el artículo 314 del C.G.P., regula el modo como se hacer efectivo el derecho del demandante para desistir de la pretensiones cumplida la condición que no haya sentencia que ponga fin al proceso; que la sentencia dictada el día 11 de junio de 2014 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión de Sincelejo, no dio por terminado el proceso, lo que se otea de los ordinales primero y segundo de su parte resolutive, no existiendo duda que la decisión no dio por terminado el proceso; lo que se ratifica con el auto del 5 de junio de 2019 objeto del recurso, que según el jurista y, - sin ser cierto, - contiene la resolutive en la frase "niéguese la terminación del proceso", y que si eso sucede es porque el proceso no está terminado, pudiendo entonces el demandante desistir de sus pretensiones, de acuerdo con lo ordenado en los numerales 3º y 4º artículo 443 del C.G.P., o artículo 442 del C.P.C, norma vigente al momento de dictar la sentencia, artículo 314, 315 y 316 C.G.P., porque la sentencia dictada no termino el proceso; que conforme lo entendido por el despacho el demandante no tiene derecho a desistir de las pretensiones cuando se haya dictado una sentencia, no importa si esta da por terminado o no el proceso, y de forma irreverente esboza "esta norma- por usted

dictada- no está en el C.G.P., y con ello quiero decirle es que usted está legislando”, y seguidamente adiciona “observe que usted no dijo en su falsa motivación de qué manera se hace efectivo el derecho de desistimiento de las pretensiones del demandante, nada dijo sobre la TERMINACIÓN O NO DEL PROCESO”, y luego, a la alusión efectuada por el despacho, en cuanto a que el fenecimiento del proceso debería ser por pago total de las cuotas en mora o por pago total de la obligación, aseveró que existían otras forma anormales de terminación; que solo tiene la virtualidad de ponerle fin a un proceso ejecutivo la providencia que resuelve la totalidad de las excepciones de mérito alegadas por el demandado, porque la sentencia dictada en un proceso ejecutivo diferente a aquella no le pone fin al mismo, pues este termina como consecuencia del pago efectivo de la obligación; que según el parecer del litigante fueron transgredidas las normas del Código General del Proceso, tales como el artículo 7° Legalidad; artículo 11° Interpretación de las normas procesales, artículo 13° Observancia de las Normas procesales, artículo 312 Tramite, artículo 314 Desistimiento de las pretensiones, artículo 315 Quienes no pueden desistir de las pretensiones, artículo 316 Desistimiento de ciertos actos procesales, y el artículo 443 Tramite de las excepciones; y en relación al artículo 314 del C.G.P., arguye que el operador judicial mutilo lo que para el litigante denominó como condición, que da el derecho a desistir de las pretensiones “no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso”, y más adelante cita textualmente el inciso 3° del artículo 314 ibídem, aseverando que la sentencia del 11 de junio de 2014, no absolvió a sus clientes de las excepciones de mérito, no haciendo merito a cosa juzgada por que prosiguió el proceso ordenando el remate; trae a colación los incisos 1° y 2° del artículo 342 del Código del Procedimiento Civil, aludiendo que la sentencia dictada fue bajo la vigencia de esa compilación adjetiva, solo que el artículo 314 del C.G.P., le agrego el ultimo inciso referido a los entes territoriales; que la judicatura al no haber oposición a la petición del desistimiento de las pretensiones, está obligada a decretarlo sin otra opción; que conforme a los ordinales 3°, 4° y 5° del artículo 443 del Código General del proceso, guardan armonía con el inciso 2° del artículo 314 ibídem; que en el auto del 6 de junio de

2015 objeto del recurso, se insta a las partes para que aclararan el motivo por el que suplicaban el fenecimiento del pleito, requerimiento que debe estar señalado en una norma que no está dada en los artículos 314, 315, 316 del C.G.P., lo que no fue fundamentado y no tiene respaldo jurídico, nuevamente en forma osada e irreverente enuncia como cumulo de irregularidades e ilegalidades las actuaciones procesales esbozando que violan derechos fundamentales al debido proceso, tutela judicial efectiva, acceso a la administración de justicia, autonomía de la voluntad, dignidad de la capacidad jurídica.

Precisase desde este momento,- en contracara a lo argüido por la parte ejecutada,- que esta contención se ventila por las disposiciones que regula la Ley 1564 de 2012, conforme a lo estatuido en los numerales 4º y 5º, artículo 625 del C.G.P., compilación aplicable en este distrito judicial a partir del 1º de enero de 2016, según lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA15-10392, de octubre 1º de 2015 *"Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del Código General del Proceso"* expedido por la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, más aun hallándose en este estadio procesal de decisión de la impugnación incoada el día 11 de junio de 2019, contra el auto que negó el fenecimiento del proceso por desistimiento de las pretensiones.

Debe remembrarse que a esta instancia judicial se le puso fin con la Sentencia datada once (11) de marzo del 2015, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo, que a su vez confirmo en todas sus partes la dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión de Sincelejo, en calendas del once (11) de junio del 2014, en la que se despacharon negativamente los medios exceptivos perentorios impetrados por los ejecutados, decisión aquella que se encuentra debidamente ejecutoriada hasta este estadio procesal, gozando de la cualidad de constituir cosa juzgada.

El artículo 314 del C.G.P., en unos apartes a la letra reza: "Desistimiento de las Pretensiones. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso; y en este caso, la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión, confirmada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo, puso fin a la instancia que permitía controvertir el derecho reclamado en la pretensión ejecutiva, ordenado a su vez el cumplimiento de una etapa posterior que permite al Banco demandante materializar lo prescrito en la orden de pago, como lo es disponer la venta en pública subasta del bien gravado con hipoteca el cual se encuentra embargado y secuestrado.

Estima la judicatura que pifia el impugnante al afirmar que la única Sentencia que pone fin al proceso es la que resuelve favorablemente las excepciones de mérito propuestas por quien es ejecutado, pues la Sentencia que las niega también pone fin a la litispendencia, por gozar de los atributos de la cosa juzgada, impide que una misma cuestión sea juzgada dos veces, y el hecho de que con ella se inicie una etapa posterior no lo habilita para desistir de una pretensión ejecutiva que ya fue objeto de resolución.

Obsérvese que el artículo 314 tantas veces citado, hace mención de ello cuando en su inciso segundo indicar que "(...) El Desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia. (...)", luego entonces como pretende el recurrente que este Despacho le dé efectos de cosa juzgada absolutoria a una Sentencia que por el contrario fue condenatoria, por que negó los medios exceptivos propuestos y ordenó seguir avante la ejecución.

El tratadista de Derecho Procesal **Hernán Fabio López Blanco**, en su obra Código General del Proceso, Parte Especial, Segunda Edición de 2018, página 479, refiriéndose a los efectos de la cosa juzgada de la sentencia que resuelve

excepciones de fondo en el proceso ejecutivo, ilustró: *"Esta característica se predica tal como el numeral 5° del art. 443 del CGP lo señala, de la sentencia de excepciones, pues ordena que: "La sentencia que resuelva las excepciones de mérito hace tránsito a cosa juzgada, excepto en el caso previsto en el numeral 3° del artículo 304", y esos efectos se refieren a la que resuelve excepciones perentorias, cualquiera sea su sentido, es decir, poco importa si las acoge o las desecha.*

*(...)... Salvo las limitaciones ya estudiadas, pueden proponerse todas las excepciones, motivo por el cual no es posible ignorar los efectos de la sentencia, tratando de adelantar con posterioridad procesos declarativos para desconocer lo que ya se decidió en el proceso ejecutivo.*

*(...)... Todo lo relacionado con la obligación que se pretende ejecutar se debata en el proceso ejecutivo dentro del trámite de las excepciones; de ahí que si se dejaron proponer ciertos hechos exceptivo o no prosperaron los presentados, precluye definitivamente toda posibilidad de impugnación por hacer la sentencia tránsito a cosa juzgada, salvo, claro está, la posibilidad propia del recurso extraordinario de revisión y la salvedad del numeral 3° del art. 304..." (Subrayado fuera del texto).*

Conviene traer a colación el contenido del numeral 3°, artículo 304 del Código General del Proceso, ya citado: "artículo 304.- Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias: 1).-, 2).-, 3).- Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento".

Pudiendo ser ejemplo de excepciones temporales, la no exigibilidad de la obligación, o, petición antes de tiempo, fenómeno jurídico no relatado en el numeral 5° del artículo 443 del C.G.P., disposición ésta que regla el impulso a los medios exceptivos perentorios impetrados, y que también tiene ocurrencia cuando se acumulan demandas o procesos ejecutivos a posteriori de la sentencia, o al auto, que ordeno

seguir adelante la ejecución, y que acaece según el profesor **Ramiro Bejarano Guzmán**, en su libro Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos, sexta edición, 2016, Página 491: *“se configura cuando se acumulan demandas o procesos ejecutivos con posterioridad al fallo o al auto que ordenó seguir adelante la ejecución, casos en los cuales cualquier acreedor que acumule su demanda o proceso podrá promover el incidente de desconocimiento de los otros créditos, incluido aquel respecto del cual ya se dictó sentencia o auto que ordene seguir adelante la ejecución”*.

Retomando lo prístinamente explicado por el maestro **López Blanco** en la obra citada, conviene hacer mención acerca del proveído que se profiere cuando no se proponen medios exceptivos perentorios, es decir, el auto que ordena seguir adelante con la ejecución, quien ilustra: *“... Un aspecto sobre el que existe silencio legal, que por aplicación de las normas generales sobre cosa juzgada, tal efecto también es predicable del auto que ordena seguir adelante la ejecución cuando el demandado no propuso ninguna excepción, el cual queda ejecutoriado por no admitir recurso alguno, de modo que la circunstancia de que el art. 443 sólo se haya ocupado de las sentencias de excepciones en el juicio ejecutivo, no significa que esos autos hayan quedado sin ese definitivo amparo”*. (Subrayado fuera del texto).

Agregando en el mismo texto, pag.480.

*(...).* En conclusión, el auto de que trata el art. 440 genera los mismos efectos de la sentencia que resuelve sobre excepciones perentorias, es decir, hace tránsito a cosa juzgada y está muy bien que ello sea así, pues admitir la solución contraria es auspiciar la litigiosidad, desconocer los alcances de la preclusión y como lo advierte la Corte, atentar contra la seguridad jurídica y la lealtad procesal.

En ese mismo tenor el profesor y exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Dr. **Edgardo Villamil Portilla** en el capítulo “Algunos

Escollos sobre el proceso ejecutivo en el Código General del Proceso”, en la obra el Proceso Civil a partir del Código General del Proceso, Primera Edición, año 2014, Editorial Ediciones Uniandes, Pagina 436, refiriéndose a los efectos de la cosa juzgada en la sentencia que resuelve excepciones perentorias, y en el auto que dispuso seguir avante la ejecución en virtud que no se incoaron, elucido: “ *En síntesis, el numeral 5º del artículo 443 del Código General del Proceso (art.512 del CPC) cubre con el manto de la cosa juzgada la decisión sobre las excepciones de mérito, no solo se refiere a las que efectivamente fueron propuestas, sino también a las que pudieron y debieron plantearse, pues atentaría contra la lealtad procesal que el deudor demandado que ha sido conminado para el pago de una obligación, guarde estratégico silencio en el juicio ejecutivo, para de este modo reservar el alegato de nulidad contra el titulo o sus fuentes para formularlo a su antojo en trámite ordinario separado cuyos resultados vendrían a perturbar, a manera de ejemplo, las decisiones de quienes remataron la cosa en el proceso ejecutivo si es que en el ordinario se llegara a la conclusión de que el titulo ejecutivo hipotecario es nulo.*

*(...) En síntesis las excepciones que hayan sido cabalmente propuestas por los deudores en el proceso ejecutivo no pueden presentarse nuevamente en forma de pretensiones en procesos de conocimiento, pues la decisión que el juez del proceso ejecutivo adopten respecto de ellas en la sentencia estaría cobijada por el instituto de la cosa juzgada.*

Y más adelante, en referencia al auto que dispone de seguir adelante con la ejecución, señalo contundentemente:

*(...) "La sentencia que resuelve excepciones de mérito en el proceso ejecutivo hace tránsito a cosa juzgada y lo propio acontece con el auto por medio del cual el juez califica el silencio del demandado en el proceso ejecutivo, es decir, cuando ordena*

seguir adelante la ejecución porque el demandado no propuso excepciones de mérito.

*(...) En este caso, tampoco podría el demandado abdicar de la defensa en el proceso ejecutivo, para proponer un proceso declarativo tendiente a desquiciar la validez del título ejecutivo, por las mismas razones que se predicán para la sentencia que decide las excepciones de mérito" (pags.439 y 440).*

Todo lo acotado nos permite colegir que la decisión aquí proferida puso fin a una instancia, con una Sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada y que no permite luego de desatar el fondo del petitum, deprecar el desistimiento de la pretensión ejecutiva, lo cual iría en contravía del artículo 314, inciso segundo, del C.G.P., pues se reitera, se le estaría dando los efectos de una Sentencia absolutoria a una que, por el contrario, fue condenatoria.

Así las cosas, se mantendrá incólume el auto adiado cinco (5) de junio del 2019, el cual denegó la solicitud de terminación del proceso incoada por la parte ejecutante con la cuadyuvancia de la ejecutada por desistimiento de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, el apoderado judicial de la parte demandada, en subsidio al recurso de reposición que presentó contra el auto adiado cinco (5) de junio del 2019, presenta el de apelación, empero, la providencia aquí recurrida no se encuentra enlistada en el artículo 321 del C.G.P., como aquellas susceptibles de ser objeto alzada, ni en ninguna otra norma del código, razón por la que se negará por improcedente.

En merito lo expuesto se,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Deniéguese el Recurso de Reposición deprecado por el apoderado judicial de la parte ejecutada **TULIO RAFAEL NUÑEZ TAMARA y CIRA SUSANA DÍAZ SALOM**, contra el proveído datado 5 de junio de 2019, antecedente, mediante el cual se denegó la solicitud de terminación de este proceso ejecutivo, por desistimiento de las pretensiones.

**SEGUNDO:** Por lo dicho en la parte motiva de este proveído, niéguese el Recurso de Apelación interpuesto por el Apoderado Judicial del demandado, contra la providencia proferida por este Despacho Judicial el día 5 de junio de 2019.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**RICARDO JULIO RICARDO MONTALVO**  
**JUEZ**