

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL Riosucio – Caldas

Riosucio, Caldas, veintidós (22) septiembre de dos mil veintidós (2022)

I. Asunto

Pasa el Despacho a resolver lo que en derecho corresponde sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la demandada, en contra del auto que libró mandamiento ejecutivo de pago; y subsidiariamente, frente a la providencia calendada el 24 de febrero de 2022, a través de la cual se resolvió una solicitud de nulidad, dentro del presente proceso Ejecutivo Hipotecario promovido por NELSON DE JESUS MORALES, contra ARACELLY GRISALES DE GARCÍA.

II. Antecedentes

Se tiene entonces que, por parte de la unidad accionada, se ha elevado el recurso horizontal aludido en líneas anteriores, aduciendo es necesario que esta dependencia judicial, inadmita la demanda u ordene el levantamiento de la medida de secuestro que, a juicio del apoderado judicial, se ha practicado indebida e ilegalmente, sobre el inmueble, en contravía del ordenamiento jurídico.

Acto seguido, recaba en los argumentos esbozados en la solicitud de nulidad, destacando que:

"6.4.- Evidentemente, se ha notificado en indebida forma el auto que libra mandamiento ejecutivo, lo que de suyo vulnera el debido proceso y el derecho de defensa de la accionada, lo que no le ha permitido hasta el momento cuestionar otras situaciones, también irregulares que se han presentado en este proceso, tales como recurrir el citado auto que libra mandamiento ejecutivo, en el que se indicó que: (énfasis nuestro)

"Segundo. Sobre adjudicación del porcentaje de la propiedad perseguida, se decidirá en el momento correspondiente.

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00

Tercero: DECRETAR el embargo y secuestro del bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 115-8811" (énfasis nuestro).

Situaciones discutibles, porque la hipoteca cuya ejecución se pretende es sobre los derechos de gananciales de la demandada. en el inmueble, razón por la que inclusive las medidas cautelares deben gravitar sobre los citados derechos de gananciales, así como un eventual remate y no sobre todo el inmueble, como equivocadamente, a nuestro juicio, ha venido ocurriendo.

La escritura pública contentiva de la hipoteca, es decir, la No. 257 del 20 de junio de 2.015, es clara en establecer que la deudora, "para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, constituye hipoteca de primer grado en favor del aquí demandante, sobre los derechos GANANCIALES que le correspondan o puedan corresponderle en la sucesión ilíquida de su finado esposo JOSE JESÚS GARCÍA SALAZAR (Cláusula cuarta de la citada escritura pública).

Por esto no es cierto, como se afirmó en el hecho PRIMERO de la demanda ejecutiva que la demandada se constituyó en deudora "de mi mandante, por la suma de SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 7.700.000.00), **sobre el bien inmueble con folio de matrícula No 115-8811y No catastral 01 00 0044 00011 000**"

La hipoteca es sobre los derechos de gananciales en el inmueble, más no sobre el bien, porque con la redacción del hecho, la cual, se presenta deficiente, se da a entender que el gravamen es sobre el inmueble y no sobre los derechos de gananciales que, aunque sean estos sobre el bien raíz, son dos situaciones jurídicas bien diferentes.

Es por lo anterior, que la pretensión primera de la demanda, es incorrecta, cuando solicita la venta en pública subasta del inmueble, porque a nuestro entender, lo que se debe subastar es los derechos de gananciales en el inmueble; razón por la que la providencia admisorio, adolece del mismo yerro, solicitando al actor, el avalúo del inmueble, cuando lo que debió requerir, fue en gracia de discusión - el avalúo de los citados gananciales.

Y es que un embargo, secuestro y remate del bien, vulnera los derechos de los herederos, que no son deudores hipotecarios y por ende no pueden ver cautelado y rematado un inmueble, en el que tienen derechos que no son garantía de ninguna obligación..."

Adicional a lo anterior, reprochó que no era viable consignar en el numeral Segundo del auto que declaró la nulidad "**TENGASE como válido todo el material probatorio aportado al dossier**"; toda vez que dicha decisión contraviene lo preceptuado en el Art. 138 del CGP; inciso segundo, norma que establece:

"La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez **y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.**" (énfasis nuestro)

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de Garcia
Radicado: 2018-00152-00

Agrega, que, si la demandada no ha sido notificada, no ha tenido oportunidad de controvertir pruebas y por lo mismo, dichas pruebas no pueden conservar su validez, ni serle oponibles.

A partir de las situaciones señaladas, puntualizó; en primer lugar, que la parte que representa, debe ser notificada por conducta concluyente del auto que libra mandamiento de pago, en virtud a lo reglado en el artículo 301 del Código General del proceso; por lo cual, en acatamiento de dicha disposición, no era necesario el ordenamiento impartido en el numeral cuarto de la providencia que declaró la nulidad:

En segundo lugar, destacó que, lo que está haciendo en este momento, es, interponer recurso de reposición frente a auto que libra mandamiento ejecutivo; y adicionalmente, contra el auto que declaró la nulidad.

Frente a la primera decisión reprochada (mandamiento de pago), dice que debe inadmitirse y por ende, no debe librarse mandamiento de pago, puesto que: i) no es cierto, como se afirmó en el hecho primero de la demanda, que la demandada se constituyó en deudora de *"mi mandante, por la suma de SIETE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MODENA CORRIENTE (\$7.700.000.00), sobre el bien inmueble, con folio de matrícula inmobiliaria No. 115-8811 y No. catastral 01-00 0044 00011 000"*; ii) La hipoteca no se constituyó sobre el bien inmueble, sino sobre derechos de gananciales en dicho bien; iii) La pretensión primera de la demanda, es incorrecta, porque solicita la venta en pública subasta del inmueble, cuando evidentemente no es el inmueble el que está hipotecado.

Estima entonces, que lo anterior da lugar a inadmisión de demanda, porque la misma, no cumple con los requisitos formales (Art. 90 numeral 1 del CGP) por las siguientes situaciones:

Primero. No cumple con lo establecido en el Art. 82 numeral 4, porque lo que se pretende no ha sido expresado con precisión y claridad; todo lo contrario, pretende algo completamente contrario a lo que indican los hechos y la realidad procesal, es decir, pretende la venta en pública subasta de un bien que no está hipotecado, porque lo hipotecado no es el bien, sino derechos de gananciales en el mismo, situaciones diferentes, de ahí que, un eventual remate de todo el bien, vulneraría derechos de herederos, que en ningún momento hipotecaron.

Segundo. No cumple con lo establecido en el Art. 82 numeral 5, porque los hechos no son claros, toda vez que dan a entender que el inmueble con matrícula inmobiliaria No. No 115-8811, fue garantizado con hipoteca, lo cual, no es así, porque dicho gravamen se estableció sobre derechos de

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00

gananciales en dicho bien; lo cual, hizo incurrir en error al Juzgado, al decretar las medidas de embargo y secuestro sobre el bien.

En ese orden de ideas, enfatiza que no es posible el Juzgado ordene el embargo y secuestro del bien, porque se insiste, el bien no está hipotecado, menos aún en su totalidad; lo que se hipotecó fueron derechos de gananciales en el inmueble, no el referido inmueble.

De otra parte, frente a la decisión que decretó la nulidad de lo actuado, contenida en providencia de fecha febrero 24 de 2022, sus argumentos se contraen a que sea levantado el secuestro y el embargo recaiga únicamente sobre los derechos de gananciales de inmueble, bajo el entendido que tales medidas cautelares fueron indebidamente practicadas; y, en concreto, el secuestro.

Conforme lo dicho, el apoderado judicial de la demandada, elevó las siguientes pretensiones: *i)* reponer el auto que libra mandamiento de pago y en su lugar dispone la inadmisión de la demanda, en virtud a la falta de requisitos, *ii)* de manera subsidiaria, que se reponga el auto de mandamiento ejecutivo y abstenerse de decretar el embargo y el secuestro del inmueble, en virtud a que dicha medida cautelar recae sobre el total del inmueble y no sobre los derechos gananciales ostentados por la demandada, y *iii)* subsidiariamente, en caso de no reponerse el auto de mandamiento ejecutivo, reponer el numeral tercero de la decisión del 24-02-2022, en lo que respecta a la medida del secuestro; toda vez que debe ajustarse a la medida de embargo (únicamente gananciales)

En consecuencia, de lo expuesto, pasa el despacho a resolver lo que en derecho corresponde previas las siguientes,

III. Consideraciones

Se tiene que, dentro de esta actuación, la demandada, a través de su apoderado judicial, ha elevado recurso de reposición, no solo frente a la providencia que libró mandamiento de pago, lo cual tuvo ocurrencia el 02 de abril de 2018; sino, además, contra la decisión fechada el pasado 24 de febrero de 2022, donde, previa solicitud de la misma parte, se decretó la nulidad de lo actuado, a partir de la expedición del mandamiento de pago. Los argumentos frente a los cuales sustenta su reparo, tienen que ver; primero, con que la demanda incoada a través de mandatario judicial por parte del señor Nelson de Jesús Morales, no cumple con los requisitos reglados en el artículo 82 del Código General del proceso; y segundo, se

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00

considera que se ha decretado y practicado la medida cautelar de secuestro del bien objeto de discusión, indebidamente.

A efecto de resolver y como aspecto preliminar, es preciso indicar que el mandamiento ejecutivo o mandamiento de pago, es denominado así por su aspecto esencial, es la orden al deudor, para que satisfaga a favor del acreedor la obligación contenida en el título ejecutivo. Ahora bien, la diferencia entre el mandamiento ejecutivo y el auto admisorio de la demanda es fundamental, pues el primero es un proveído de fondo que se pronuncia sobre la viabilidad del título base del recaudo, y el segundo, es de trámite y solo sirve para demarcar una de las etapas del proceso¹.

Entonces, entendiéndose que el mandamiento de pago es una providencia de fondo, esta tiene como camino principal el acatamiento de la misma, es decir, que se dé el pago de lo que se debe, sin necesidad de ahondar en un trámite posterior que conlleve a un desgaste superior del aparato jurisdiccional. Igualmente, dicha decisión, en el caso hipotético en que no sea cuestionada por ninguno de los extremos procesales, deberá ser acogida en sentencia o auto que sigue adelante con la ejecución, tal y como se expidió. Por ello, se hace necesaria la aplicación del principio de la congruencia, más precisamente en lo que respecta a lo pretendido y el título valor que se demanda; esto, con el fin que el curso de la ejecución, se dé esencialmente conforme se haya solicitado, pues vale la pena explicar, que, una vez el mandamiento de pago cobre su ejecutoria, exceptuando las nulidades procesales, difícilmente puede modificarse dicha decisión; sin embargo, dependiendo de las excepciones que pudieran proponerse en el curso del trámite por parte del demandado, en sentencia podrían o no, acogerse las pretensiones.

Respecto al tema, en obra: *-Código General del Proceso, Comentado por: Oscar Eduardo Henao Carrasquilla, María Eugenia Padilla Noguera Y Alfonso Rivera Martínez, en la página 810 y 811-*, se ha expresado:

"En el auto de mandamiento de pago el juez "debe observar el principio de congruencia, aunque este se predica respecto de las sentencias para que estas sean fiel reflejo de las pretensiones de la demandada, debemos llamar la atención sobre la necesidad de que al momento de librar el mandamiento de pago se cumpla rigurosamente el principio de congruencia, para que el juez no abandone los dictados del título ejecutivo. Si en el auto de mandamiento de pago, el juez involucra pretensiones no planteadas por el actor, o interpreta algunas de manera extensiva, todo quedaría a la espera de lo que diga el demandado. Igualmente, si en el auto de mandamiento de pago, el juez excluye una de las pretensiones debidamente planteadas en la demanda, por ejemplo, los intereses, una pena, o la corrección monetaria, tal pretensión

¹ Pagina 810, comentario del artículo 430 del código general del proceso, obra: Código General del Proceso, comentado por Oscar Eduardo Henao Carrasquilla, María Eugenia Padilla Noguera y Alfonso Rivera Martínez.

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00

quedaría excluida del debate, pues la demandada estaría privada de la posibilidad de replicar y por lo mismo no podría ser acogida en la sentencia. Como se sabe, en el principio de congruencia va envuelta la garantía constitucional del derecho de defensa y en el proceso ejecutivo se presenta la particularidad de que el demandado en verdad no confronta de manera directa las pretensiones de la demanda, sino la calificación que de tales pretensiones hace el juez en el auto de mandamiento de pago. Si en el auto de mandamiento de pago el juez indicó un plazo prudencial para cumplir las obligaciones de dar o hacer e indicó el lugar de cumplimiento, o redujo los intereses o fijó la tasa de cambio aplicable, ninguna de esas determinaciones aparecerá en el texto de la demanda ejecutiva, pero si en el auto de mandamiento de pago, de ahí la necesidad de compaginar los dos actos procesales, la demanda y el auto de mandamiento de pago.

La congruencia en el proceso ejecutivo se construye a partir del título, las pretensiones, el auto de mandamiento de pago y la sentencia. Si alguno de los elementos de la obligación consta en el título, pero no está recogido en las pretensiones de la demanda, el juez debe omitirla, tanto en el auto de mandamiento de pago como en la sentencia, y si erradamente se incorporó en el auto de mandamiento de pago debería eliminarse en la sentencia, a menos que el demandado haya guardado silencio. Si la obligación consta en el título y en las pretensiones de la demanda, pero fue omitida en el auto de mandamiento de pago, tal omisión impide la réplica del demandado y no podría ser reconocida en el fallo, pues, a diferencia de la regla general, en el proceso ejecutivo la congruencia no resulta del contraste entre la sentencia y las pretensiones de la demanda, sino consultando cuáles de esas pretensiones pasaron por el tamiz del auto de mandamiento de pago. Desde luego, la congruencia no excluye la posibilidad de fallar mínima petita, cuando en el proceso, por obra de las excepciones puestas por el demandado, aparezca prueba irrefutable que conduzca a conceder menos de lo pedido por el actor, así provisoriamente le haya sido reconocido en el auto de mandamiento de pago; una prestación involucrada en el auto de mandamiento de pago puede ser reducida en la sentencia, si hubo resistencia del demandado"

Anudado a lo anterior, es de destacar, en lo que respecta a medidas cautelares dispuestas dentro del mandamiento de pago, que a pesar que se encuentren estas disposiciones en el mismo escrito, sus efectos se materializan de forma individual, toda vez que estas, en vigencia del Código General del Proceso, por economía y garantía de la obligación, deben resolverse en la calificación de la demanda.

Luego del anterior marco teórico y revisada minuciosamente la providencia objeto de recurso, así como las pretensiones de la unidad demandada, en lo referente a que se reponga el proveído mencionado y en su lugar se inadmita la demanda, bajo el argumento que no se reúnen los requisitos del artículo 82 en su numeral 4, el Despacho debe indicar lo siguiente:

- 1- Si bien la unidad accionada, refuta que no existe congruencia entre el título valor y lo pretendido por parte del demandante, debe esta instancia señalar, que, por el hecho que el ejecutante no reclame que se libere mandamiento de pago, y en su lugar, de entrada solicite la

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00

venta en pública subasta del total del bien inmueble objeto del litigio, en virtud, a que, naturalmente se presume por parte del actor que en la actualidad se encuentra invocando un trámite ejecutivo de mínima cuantía con título hipotecario; mal hubiera hecho el despacho, no haber librado mandamiento de pago, a sabiendas que, en efecto, hay prueba del título ejecutivo, el cual contiene en su redacción una obligación clara, expresa y exigible.

- 2- De otro lado, como es conocido por la comunidad jurídica en general, el artículo 90 del estatuto procesal, al respecto ha reglado lo siguiente *“el juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada...”*. Entonces, si bien la pretensión inicial en lo que respecta al mandamiento de pago no fue estimada por parte del actor, la acumulación de las demás pretensiones efectivamente son procedentes en este tipo de litigios, sin que la solicitud de venta en pública subasta -eventualmente en sentencia judicial-, pueda salir avante (*lo cual en esta oportunidad, no tiene por qué ser valorado, ni se está prejuzgado al respecto*), pues el argumento por el cual se está atacando el mandamiento de pago, deberá revisarse al momento de proferir la sentencia.

Es por lo anterior, que el despacho en esta oportunidad, no acogerá el pedimento de revocar la providencia de mandamiento de pago; toda vez que no se evidencian fundamentos de derecho suficientes para retrotraer la decisión proferida; por tanto, en lo que respecta al mandamiento de pago, se confirmará el mismo.

En cuanto a la petición subsidiaria de reponer el mandamiento de pago y en su lugar establecer que no hay lugar a decretar el embargo y secuestro del bien, esta instancia judicial discrepa de dicho argumento, pues efectivamente, si bien la garantía se constituyó sobre los derechos gananciales que le pudieran corresponder a la señora ARACELLY GRISALES DE GARCÍA del bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 115-811 -según escritura pública No. 257-, lo cierto es que, como lo ha definido la Ley sustancial vigente, *“la hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”* (artículo 2432 del Código Civil Colombiano).

De otro lado, igualmente vale la pena resaltar que, si se echa un vistazo al certificado de tradición aportado con la demanda, se avizora que, al momento de constituirse la hipoteca de primer grado, la demandada era propietaria del 100% del bien inmueble objeto del litigio, es decir, que, en lo que tiene que ver con posibles herederos y demás y frente al trámite ejecutivo propiamente

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00

dicho, no existe tal vulneración de derechos de posibles asignatarios, o cónyuges sobrevivientes, que eso lo que presume el despacho, quiere hacer valer el mandatario judicial de la demandada; sin embargo, en caso de ser así, igualmente el profesional del derecho cuenta con otros escenarios legales para reclamarlos.

Ahora, no se desconoce que la escritura publica a través de la cual se constituyó la hipoteca se hizo solo frente a los derechos gananciales y no sobre todo el bien inmueble; pese a ello, en vista a que no se ha liquidado la sociedad conyugal de la señora Aracelly Grisales y su conyuge o compañero permanente (el Juzgado desconoce el tipo de vínculo marital que posee, pues no existe prueba de ello en el expediente), por el principio de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, para el trámite que se adelanta y que nos ocupa, difícilmente podrá el despacho determinar el porcentaje que le pueda corresponder a la accionada por derechos gananciales, y más, para responder por la obligación con ellos, pues se insiste *i)* la mencionada es la propietaria del 100% del inmueble y, *ii)* sin existir animo ni injerencia para ahondar en otros litigios, es más factible que se haya generado gananciales al causante y no a la demandada.

Así pues, en torno a la indivisibilidad y divisibilidad de las obligaciones, la norma sustancial, particularmente en el caso que ocupa la atención de esta judicial, en su artículo 1583 ha reglado:

"ARTICULO 1583. <EXCEPCIONES A LA DIVISIBILIDAD>. Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores. Exceptúense los casos siguientes:

1o.) La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada. El codeudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede recobrar la prenda* u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aún en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aún en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores.*

..."

Visto lo anterior, puede indicar el despacho entonces, que, el demandante en esta oportunidad, efectivamente puede perseguir el bien inmueble de propiedad de la demandada, el cual, a su vez, fue ofrecido como garantía de la obligación, por lo tanto, los actos de escrituración y registro, el despacho debe presumirlos como legales, pues igualmente son documentos que se han aportado como anexos a la demanda, a fin de certificarse la situación jurídica del bien inmueble, del que se insiste, para

Interlocutorio: No. 510
Proceso: Ejecutivo Hipotecario
Demandante: Nelson de Jesús Morales
Demandado: Aracelly Grisales de García
Radicado: 2018-00152-00

esta dependencia judicial, sí se encuentra debidamente embargado y secuestrado, por lo que en lo que hace referencia a este tópico, igualmente se confirmará el numeral 3 de la providencia atacada.

Por último, en lo que respecta al numeral segundo del proveído del pasado 24 de febrero, razón le asiste al recurrente, pues como se indicó por parte de este; el material probatorio debe irse integrando al dossier a fin de ser discutido por los extremos procesales, por tanto, se revocará el mencionado numeral sin ahondar en abundantes consideraciones.

Expuesto lo anterior, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio, Caldas,

IV. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia fechada el 02 de abril de 2018, mediante la cual se **LIBRÓ MANDAMIENTO EJECUTIVO DE PAGO** en favor de **NELSON DE JESUS MORALES** y en frente de la señora **ARACELLY GRISALES DE GARCIA**

SEGUNDO. - CONFIRMAR PARCIALMENTE el auto interlocutorio del 24 de febrero de 2022, por lo expuesto y en la forma que se ha indicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO. - REVOCAR el numeral segundo de la providencia expuesta en el numeral anterior, igualmente por lo dicho en precedencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA ANGELICA BÓTERO MUÑOZ
JUEZ

