

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., junio veintiocho de dos mil veintidós.

Proceso : Ejecutivo hipotecario.
Radicación : 25290-31-03-002-2017-00162-01.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el interviniente acreedor hipotecario Pascual Camilo Moreno contra el auto proferido del 13 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá.

ANTECEDENTES

1. El día 2 de mayo de 2017, Héctor Alfonso Ramírez Gutiérrez presentó demanda que denominó ejecutiva mixta en contra de la señora Lady Diana Rodríguez Tautiva para obtener el pago del capital e intereses de mora por la suma de \$100.000.000.00, por un mutuo a interés recogido en la escritura pública No. 2207 del 13 de junio de 2016 suscrita ante la Notaría Segunda de Fusagasugá, y las cantidades de \$30.000.000 y \$70.000.000 prevista en las letras de cambio No. 01 del 26 de septiembre de 2016 y No. 01 del 20 de junio de 2016, respectivamente.

Relató que por dicho instrumento público la demandada constituyó en favor del señor Ramírez Gutiérrez hipoteca abierta de primer grado y por cuantía indeterminada sobre el 50% del lote A, ubicado en el sector Venta del Municipio de Fusagasugá por valor de \$100.000.000.

Posteriormente, se libraron letras de cambio el 20 de junio y el 26 de septiembre de 2016 por valor de \$70.000.000 y \$30.000.000 respectivamente y a pesar de requerir a la señora Rodríguez para que efectuara el pago de la obligación desde el 24 de enero de 2017, fecha en la cual se hizo exigible, esta se ha negado a su cubrimiento.

Allegó con su demanda además de la escritura pública y las letras de cambio objeto del cobro, copia del folio de matrícula inmobiliaria del predio gravado con hipoteca expedida por la O.R.I.P. de Fusagasugá, el 17 de abril de 2017, en el que en su anotación 4ª registraba el gravamen hipotecario referido.

Por auto del 10 de mayo de 2017 se libró mandamiento de pago, ordenando el decreto del embargo de la cuota parte del inmueble y se notificó de manera personal a la demandada, quien guardó silencio, por lo que, en auto del 23 de mayo de 2018 se ordenó continuar la ejecución, decretando el remate del inmueble.

1.1. Sin embargo, como en el oficio de embargo y la comunicación a la DIAN la secretaría hizo referencia que el proceso en que estas se ordenaban era un ejecutivo singular y así se registró la cautela en la anotación 8ª de folio de matrícula inmobiliaria 157-126072.

La O.R.I.P. de Fusagasugá, con oficio de enero 24 de 2018, comunicó al juzgado que en aplicación de lo normado en el artículo 468 del C.G.P., dispuso la cancelación de su cautela porque se había inscrito el embargo del mismo inmueble decretado en el proceso ejecutivo hipotecario que se adelantaba contra idéntica demandada en el juzgado tercero civil municipal de Fusagasugá siendo ejecutante el señor Pascual Camilo Moreno Cabuyo.

Aunque el acá actor solicitó al a-quo corregir la irregularidad en la comunicación de la cautela y que se ordenara al registrador que no cancelara su embargo pues su garantía era hipotecaria de primer grado, no fue aceptado su reclamo y su intervención en el proceso ejecutivo hipotecario que adelantaba el juzgado tercero civil municipal le fue negada.

Pero, por vía de tutela la Corte Suprema de Justicia como juez de segunda instancia STC522-2019 de enero 25 de 2019, accedió al reclamo del acá ejecutante y ordenó al juzgado segundo civil del circuito de Fusagasugá que dejara sin efecto su decisión de julio 23 de 2018 en que había resuelto su solicitud de prevalencia de su cautela y que este despacho y el vinculado tercero civil municipal de Fusagasugá, *“adopten las medidas procedimentales necesarias que garanticen a las partes de los procesos en los que ellos se adelantan y que son objeto de reproche la efectividad de los derechos sustanciales que se reconocen a los acreedores con garantía real, acorde con las observaciones anotadas en la pare motiva”*.

Pues señalaba el alto tribunal en sus consideraciones que *“revisadas las actuaciones se advierte que ambos juzgadores, han omitido, sin justificación alguna, cumplir con el imperativo contenido en los artículos 462 y 468 del Código General del Proceso de citar a los acreedores hipotecarios que aparecen inscritos en el certificado de tradición para que estos puedan hacer valer sus acreencias, ora en el juicio en el que se les cita o aparte, lo que a más de poder afectar la validez de lo actuado, impide que en los términos del artículo 2452 del C.C. llegado el evento de subasta se puedan cancelar todos los gravámenes hipotecarios hasta el momento vigentes, al exigir dicha disposición que <deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término del emplazamiento de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate, en el orden que corresponda>.”*

1.2. Sin embargo, en auto del 4 de febrero de 2019 en cumplimiento del fallo de tutela se dispuso por el a-quo dejar sin valor ni efecto su auto de julio 23 de 2018, se ofició a la O.R.I.P. de Fusagasugá precisándole que la cautela de embargo se había dictado en un proceso hipotecario, hoy de garantía real, y no en una acción personal como se le había comunicado, que por ello no debía ser levantada, pues garantizaba una hipoteca de primer grado. Pero nada dispuso en torno a la indicación del Juez Constitucional de tomar las medidas necesarias para garantizar a los acreedores hipotecarios que puedan hacer valer sus derechos.

En comunicación recibida en abril 8 de 2019 la O.R.I.P. de Fusagasugá comunica que tomó nota de lo dispuesto en el auto anterior y envía copia actualizada a marzo 29 de 2019 del folio 157-126072, en cuya anotación 13 corrige la referencia del proceso a ejecutivo con garantía real y señala que permanece vigente la cautela ordenada por el fallo de tutela. Registro que además permite afirmar que en la anotación 7ª se inscribió el 22 de junio de 2017, la constitución de un gravamen hipotecario, aún vigente, en favor Pascual Camilo Moreno Cabuyo.

1.3. Con oficio de mayo 10 de 2019 el juzgado tercero civil municipal comunicó que había decretado dentro del proceso ejecutivo hipotecario que adelantaba bajo el radicado 2016-00597 de Pascual Camilo Moreno Cabuyo contra Lady Diana Rodríguez Tautiva, el embargo de los remanentes del proceso que adelantaba contra la misma ejecutada el señor Héctor Alfonso

Ramírez Gutiérrez, medida de la que el juzgado le comunicó que tomó nota, con oficio del 5 de julio de 2019.

A solicitud del ejecutante se profirió auto de julio 29 de 2019 solicitando al juzgado tercero civil municipal de Fusagasugá el envío de copia de la diligencia de secuestro del inmueble objeto de la ejecución y allegada la misma, por auto del 21 de octubre de 2019, se ordena su agregación al expediente para que la diligencia practicada por comisionado pudiera ser objeto de los reclamos regulados en los artículos 40 y 597 del C.G.P.

En febrero 20 de 2020, el apoderado del actor allegó avalúo catastral del predio objeto de la hipoteca solicitando se considerara para efectos del remate, lo que no se aceptó por extemporáneo y se le ordenó que allegase un avalúo comercial, auto del 13 de julio de 2020, pero nada se dijo entonces de la convocatoria del acreedor hipotecario, aun teniéndose ya la prueba de la vigencia de su gravamen y pendiente de cumplir la orden del juez constitucional que así lo había sugerido realizar, como se dejó expuesto líneas atrás.

1.4. Corrido el traslado del avalúo del inmueble que presentó la demandante, se impartió aprobación el 11 de marzo de 2021 por no ser objetado y se advirtió que aunque no se realizó la citación al trámite al único acreedor hipotecario vigente, gravamen registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 157-126072 en favor del señor Pascual Moreno Cabuyo, ello no era necesario porque éste había decidido hacer efectiva su garantía en proceso separado ante el juzgado tercero civil municipal de Fusagasugá bajo el radicado No. 2017-00597, no había control de legalidad por hacer y fijó fecha para llevar a cabo la diligencia de remate.

El acreedor Pascual Camilo Moreno Cabuyo, a través de apoderado judicial, recurrió dicha decisión, alegando que si bien el despacho corrió traslado del avalúo, no lo envió a las partes, ni la publicó en el micrositio del juzgado en la página web de la Rama Judicial, igualmente, que pese a que elevó petición para que se le diera traslado ello no fue considerado por el juzgador.

En auto del 22 de abril de 2021 señaló el a-quo que el acreedor Pascual Camilo Moreno Cabuyo carecía de legitimación para recurrir la decisión, pues se trataba de un acreedor de remanentes y dicha actuación no se encontraba consagrada en el artículo 466 del C.G.P., advirtiendo que, en todo caso, podía solicitar la acumulación de procesos ejecutivos.

Elevó entonces el mismo interesado solicitud de nulidad del auto del 11 de marzo de 2021 y las actuaciones posteriores, invocando el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P. y sosteniendo que se omitió hacer el llamado a los acreedores hipotecarios, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 448 ibídem, que el despacho no corrió traslado en debida forma del avalúo presentado por la parte demandante y que no había lugar a realizar la diligencia de remate hasta tanto no se subsanara su error.

2. El auto apelado

En auto del 13 de septiembre de 2021 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá negó la nulidad, señaló que para cuando se libró el mandamiento de pago no constaba en el certificado de tradición ningún otro gravamen hipotecario, poniendo de presente que el señor Moreno Cabuyo suscribió una segunda hipoteca después de proferida la orden ejecutiva.

Y que, en concordancia con el artículo 462 del C.G.P., comoquiera que al momento de calificar la demanda no existía un acreedor adicional, no era necesaria la citación de los acreedores, a lo que agregó que el embargo del bien se había decretado con anterioridad a la constitución e inscripción de la hipoteca en su favor, así como que éste se encontraba ejercitando su acción ante un estrado diferente.

3. La apelación

Inconforme el acreedor recurre en apelación, aduce que ha tramitado diferentes actuaciones ante el juzgado que daban cuenta de la existencia de otro gravamen hipotecario respecto del bien cautelado, tales como la solicitud de embargo de remanentes de la que el despacho tomó nota.

Que para dar trámite a la diligencia de remate era necesario allegar un certificado de tradición actualizado, del que fácilmente se advertiría la existencia de su garantía hipotecaria y por lo tanto, a la luz del artículo 448 del C.G.P., era obligatorio citar a los demás acreedores antes de fijar la fecha de la almoneda, pues no era procedente realizar una subasta para posteriormente cancelar los demás gravámenes hipotecarios a los acreedores relacionados en el folio de matrícula y que del avalúo allegado por la ejecutante no se corrió traslado a los interesados.

CONSIDERACIONES

1. El fenómeno de la nulidad procesal se encuentra regido por tres principios que gobiernan el régimen consagrado en el Código General del Proceso y que en palabras de la Corte se concretan en, “el de especificidad, según el cual, solo se genera nulidad por los motivos taxativamente determinados en la ley, el de protección, como quiera que las causales de invalidez procesal se consagran con el fin de amparar o defender a la parte cuyo derecho le fue disminuido o conculcado por causa de la irregularidad; y el de convalidación que, por regla general, habilita la actuación irregular por efecto del consentimiento expreso o tácito del afectado con ella” (Vid: CCLII, págs. 128 y 129, y CCXLIX, pág. 885).

Siguiendo el principio de especificidad, conforme al cual las causales de invalidez procesal se encuentran restringidas a los casos taxativamente señalados en la ley, normativamente se ha consagrado un sistema de nulidades que impone reglas en torno a la legitimación y oportunidad para alegarlas, otorgando al juzgador la facultad de rechazar de plano aquella solicitud fundada en causales distintas a las establecidas en la norma procesal, se soporte en hechos que hubieren podido alegarse como excepciones previas, se proponga por quien carezca de legitimación o después de haberse saneado.

Mientras que el principio de protección regula que la declaratoria del vicio busca garantizar al afectado el respeto de los derechos que le fueron conculcados ordenándose la renovación de lo declarado nulo para que ello pueda realizarse, razón por la cual la viabilidad de la nulidad está supeditada al interés jurídico del recurrente, quien debe ser el por su declaración protegido.

Por el principio de taxatividad, se tiene que la nulidad sólo tiene cabida en los casos expresamente señalados en el artículo 133 del C.G.P. y, tratándose de pruebas, en el evento señalado en el artículo 29 de la Constitución, cuando la prueba es obtenida con violación del debido proceso, de manera que las demás irregularidades del proceso se sanean cuando no son reclamadas

oportunamente por los mecanismos que la ley procesal prevé, según lo ordena el párrafo de la norma procesal.

2. En el caso, se invoca la causal prevista en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P., de acuerdo con la cual, cuando el auto que admite la demanda, libra mandamiento de pago, el emplazamiento de las demás personas o la citación de los que ordene la ley no se practica en legal forma, la actuación posterior que dependa de dicha providencia es nula, siempre y cuando no se haya subsanado en los términos del artículo 136 ibídem.

Dicho vicio se estructura por la existencia de una anomalía grave en el enteramiento al demandado del auto que inicia la acción, se adelanta cuestión judicial o se vence en juicio a quien no fue comunicado de forma oportuna y eficaz, limitando con ello el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción¹.

3. Por regla general, la notificación de la providencia que inicia la actuación debe hacerse al demandado o ejecutado de forma personal, como se desprende del numeral primero del artículo 290 del C.G.P, por ello resulta requisito de la demanda el señalamiento del lugar en el que recibirá notificaciones y en tal denuncia la ley presume la actuación de buena fe del demandante, pues la misma se toma como suficiente para el adelantamiento del acto de notificación.

En tratándose de procesos ejecutivos, el artículo 462 del C.G.P. es la norma rectora frente a la citación de acreedores con garantía real, según la cual, “si del certificado de la oficina de registro correspondiente aparece que sobre los bienes embargados existen garantías prendarias o hipotecarias, el juez ordenará notificar a los respectivos acreedores, cuyos créditos se harán exigibles si no lo fueren, para que los hagan valer ante el mismo juez, bien sea en proceso separado o en el que se les cita, dentro de los veinte (20) días siguientes a su notificación personal”.

Consagra la disposición una citación forzosa del acreedor hipotecario, aunque su comparecencia al mismo no sea obligatoria, pues le deja a su albedrío escoger de qué forma hacer valer su derecho preferente.

3.1. En este particular caso, se tiene que el 10 de mayo de 2017 se libró mandamiento de pago sin realizarse la citación de ningún otro acreedor, pues para ese entonces no se había inscrito aún la hipoteca constituida en favor de Pascual Camilo Moreno Cabuyo, como se puede observar en el folio anexo a la demanda.

Pero ante la intervención del juez constitucional que, como se dejó sentado en antecedencia, alteró el desarrollo de los procesos ejecutivos que los acreedores hipotecarios adelantaban contra la titular del porcentaje de dominio gravado y dio prevalencia a la cautela decretada en este proceso porque garantizaba una hipoteca de primer grado y se inició primero.

3.2. Sin embargo el juzgado no obstante tener claro desde su participación en la tutela concedida y el propio devenir procesal con el aporte del folio de matrícula inmobiliaria actualizado del inmueble hipotecado, que pesaba ahora sobre él una nueva hipoteca que estaba vigente, con base

¹ CANOSA TORRADO, Fernando. Las nulidades en el Derecho Procesal Civil, quinta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005, pág. 193.

en la cual se había iniciado la ejecución, y se imponía la citación del acreedor hipotecario Pascual Moreno Cabuyo, pues no se podría afirmar que ya había sido suscitada la misma y que él hubiese decidido acudir al proceso ejecutivo separado, pues como se relató su proceso venía adelantándose como único hipotecario a punto tal que el embargo en él decretado conllevó la cancelación de la cautela que acá se había dispuesto.

Y que sólo cuando sobrevino la actuación de la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela cuando se dispuso corregir el camino considerando que era este trámite ejecutivo de acreedor con garantía real de primer grado y no personal como se había informado, el que debía prevalecer y ordenó que quedase sin efectos la cancelación del embargo en el decretado, destacando que *“ambos juzgadores, han omitido, sin justificación alguna, cumplir con el imperativo contenido en los artículos 462 y 468 del Código General del Proceso de citar a los acreedores hipotecarios que aparecen inscritos en el certificado de tradición para que estos puedan hacer valer sus acreencias”*.

Para decidir, luego de que el 20 de febrero de 2020 el apoderado del actor allegara el avalúo catastral del predio objeto de la hipoteca solicitando se considerara para efectos del remate, pues ya se había incorporado la diligencia de secuestro practicada en el juzgado tercero civil municipal de Fusagasugá, emitir el 13 de julio de 2020 auto en que no se aceptó el avalúo por extemporáneo y se le ordenó que allegase un avalúo comercial, pero sin que manifestase nada entorno a la convocatoria del acreedor hipotecario, aun teniéndose ya la prueba de la vigencia de su gravamen y pendiente de cumplir la orden del juez constitucional que así lo había sugerido realizar.

Y corrido el traslado del avalúo del inmueble que presentó el demandante se le impartió aprobación el 11 de marzo de 2021 y advirtió que aunque no se realizó la citación al trámite al único acreedor hipotecario vigente, gravamen registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 157-126072 en favor del señor Pascual Moreno Cabuyo, ello no era necesario porque éste había decidido hacer efectiva su garantía en proceso separado ante el juzgado tercero civil municipal de Fusagasugá bajo el radicado No. 2017-00597, no había control de legalidad por hacer y fijó fecha para llevar a cabo la diligencia de remate.

3.3. Decisión que el Tribunal considera errada, pues desconoce el contexto en que se desarrollaba el proceso y la intervención del juez constitucional que le imponía la citación del acreedor hipotecario Pascual Moreno Cabuyo para que pudiese decidir si pretendía hacer valer sus derechos en este proceso, pues no se podría afirmar que ya había sido suscitada la misma y que tras ello aquél hubiese decidido acudir al proceso ejecutivo separado, pues como se relató su proceso venía adelantándose como único hipotecario a punto tal que el embargo en el decretado conllevó la cancelación de la cautela que acá se había dispuesto.

Qué fue cuando sobrevino la actuación de la Corte Suprema de Justicia cuando se dispuso corregir el camino considerando que era este trámite ejecutivo de acreedor con garantía real de primer grado y no personal como se había informado, el que debía prevalecer y ordenó que quedase sin efectos la cancelación del embargo en el decretado, destacando que *“ambos juzgadores, han omitido, sin justificación alguna, cumplir con el imperativo contenido en los artículos 462 y 468 del Código General del Proceso de citar a los acreedores hipotecarios que aparecen inscritos en el certificado de tradición para que estos puedan hacer valer sus acreencias”*.

3.4. Es por ello que se accederá a la declaratoria de nulidad procesal a partir inclusive del auto del 13 de julio de 2020 y la renovación de todo lo actuado con posterioridad a su emisión, para

que previamente se realice por el a-quo la citación del acreedor hipotecario Pascual Moreno Cabuyo para que se le otorgue el término previsto en el artículo 462 del C.G.P. y pueda aquel decidir de que forma hará valer su crédito, si comparece a este trámite o si continúa con la ejecución que había iniciado y que se desmejoró a partir de la corrección ordenada por el juez constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil – Familia.

RESUELVE

REVOCAR, el auto proferido el 13 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá y, en consecuencia, **DECLARAR LA NULIDAD** de lo actuado a partir inclusive del auto proferido el 13 de julio de 2020 en que no se aceptó el avalúo catastral allegado por extemporáneo y se le ordenó al actor aportar un avalúo comercial, para que antes de renovarse lo declarado nulo se corra el término de 20 días, contados a partir de la notificación de esta decisión, para que el acreedor hipotecario de segundo grado Pascual Camilo Moreno Cabuyo escoja su forma de obrar conforme lo autoriza el artículo 462 del C.G.P.

Considérese lo normado en el inciso final del artículo 301 del C.G.P., para la notificación y el cómputo del término concedido al convocado tercero.

Notifíquese y devuélvase,

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS

Magistrado

Firmado Por:

Juan Manuel Dumez Arias

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **7c972be0a7b00f44542d52daef8d01353832a25e21b46f71e4ea145974b0d83c**

Documento generado en 27/06/2022 08:59:51 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>