



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 44 N° 38-11 EDIFICIO BANCO POPULAR PISO 4
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

EJECUTIVO Rad. 08001-31-53-016-2020-00148-00

JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO, BARRANQUILLA, trece (13) de julio de dos mil veintiuno (2.021).

REFERENCIA: EJECUTIVO DE MAYOR CUANTÍA

RADICACIÓN: 08001-31-03-016-2020-00148-00

DEMANDANTE: BANCOLOMBIA S.A.

DEMANDADOS: MIGUEL ANGEL MOLINA DE ARCO, ELISEO ANTONIO MOLINA DE ARCO, ELVER DE JESÚS MOLINA DE ARCOS, ANA KARINA MOLINA SERPA Y DELKYS YELIANA SERPA VERGARA

ASUNTO

Procede el estrado a pronunciarse sobre el recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

CONSIDERACIONES

El recurso de reposición cabalga sobre cinco ataques contra el mandamiento de pago, los cuáles descansan sobre presupuestos de diverso linaje, comoquiera que se imprecaba una excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, también se iza el beneficio de excusión a favor de los avalista y se invocan tres excepciones de fondo intituladas mala fe en perseguir a los avalista, falta de legitimación en la causa por pasiva y la que el mandamiento de pago crea obligaciones solidarias inexistentes frente a obligaciones no contraídas con el acreedor.

Del breviarario de esos cinco cargos elevados por el recurrente, pone en evidencia que la temática de la falta de legitimación en la causa por pasiva, la imputación de mala fe en perseguir a los avalistas combinado con el alegado de abuso del derecho de litigar imputado a la ejecutante y la de creación de obligaciones inexistentes, son extrañas al recurso estudiado, ya que desborda su ámbito y se adentra a cuestiones propias del fondo del asunto, puesto que son típicos medios defensivos o excepciones de mérito, que deben analizarse en el momento del dictado de la correspondiente sentencia definitiva del litigio,



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 44 N° 38-11 EDIFICIO BANCO POPULAR PISO 4
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

EJECUTIVO Rad. 08001-31-53-016-2020-00148-00

tal como lo señalan el inciso 2° del artículo 430 del Código General del Proceso que expone «*los requisitos formales del título ejecutivo solo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago*» y el numeral 3° del artículo 442 del C. G. P que señala «*[e]l beneficio de excusión y los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago*».

Indudablemente, el despacho no puede ignorar que de la conjunción hermenéutica de las dos normas procesales citadas se desprende que en la reposición contra la orden de apremio, solamente se discuten lo atinente a los requisitos formales del título ejecutivo, las excepciones previas y el beneficio de excusión, quedándose excluidas aristas como la legitimación en la causa, o cualesquiera otras excepciones de fondo, de manera que no serán analizados esos cargos de la impugnación por devenir prematuros, ya que se insiste son típicas excepciones de fondo que deberán valorarse al momento de emitirse sentencia y no antes.

Ya superado ese asunto, el estrado acomete el estudio de la procedencia de la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones recogida en el numeral 5° del artículo 100 *in fine*, no teniendo acogida dicho alegato, debido a la reveladora razón que el acreedor tiene varias acciones para reconstituir y garantizar su crédito, entre las que se destaca, el patrimonio del deudor como prenda general de garantía constituida a favor del ejecutante, la que se puede reclamar por la senda ejecutiva quirografaria, en aras a que se persiga todos los bienes de hacienda que componen el patrimonio de éste, tal como lo establece el artículo 2488 del código civil, cuándo expone que «*toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros...*».

Del mismo modo, el ejecutante tiene la facultad de perseguir hipotecariamente el bien inmueble gravado en su favor para garantizar la deuda, incluso goza de la facultad de ejercer conjuntamente ambas acciones, tal como lo habilita el artículo 2449 del C.C., que a la letra ilustra que «*el*



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 44 N° 38-11 EDIFICIO BANCO POPULAR PISO 4
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

EJECUTIVO Rad. 08001-31-53-016-2020-00148-00

ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados, y puede ejercitarlas ambas conjuntamente, aun respecto de los herederos del deudor difunto; pero aquélla no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera» (Subrayado, fuera de texto).

Ciertamente, el despacho aprecia que al revisarse la totalidad de los artículos de la Ley 546 de 1999, éstos no derogan dicha disposición legal, no existiendo norma alguno en derecho positivo colombiano, que establezca una prohibición para ejercitar ambas acciones ejecutivas, sumado a que el propio numeral 1° del artículo 464 del C.G.P., permite la acumulación del proceso ejecutivo quirografario a otro que se persiga exclusivamente la ejecución de la efectividad de la garantía real, que es precisamente lo que acontece en autos, de manera que el estrado no avizora que indebida acumulación de pretensiones aqueja la demanda, en que se promovió al unísono la ejecutiva quirografaria con la de efectividad de garantía real, de allí que la excepción previa planteada fracasa rotundamente.

Por otro lado, en lo que respecta con el beneficio de excusión enarbolado a favor de los avalistas, los cuáles afirman no pueden seguirse la ejecución, es claro que éstos no gozan de tal privilegio, en la medida que al escrutarse los dictados del artículo 636 del código de comercio, se establece que «*el avalista quedará obligado en los términos que correspondería formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea*», lo que implica que contrariamente a lo pregonado por los recurrentes, es patente que el avalista se obliga en el mismo grado que el avalado, y por contera, es deudor solidario, de manera que no satisface los requisitos para que opere el beneficio de excusión instituidos en el artículo 2384 *ejusdem*, que a la sazón precisa que «*para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes: 1.- Que no se haya renunciado expresamente; 2.- Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario*», de manera que al obligarse los impugnantes en esos términos, les queda vedada la aplicación del subrogación de excusión, debido a que no satisface uno de sus requisitos estructurales.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 44 N° 38-11 EDIFICIO BANCO POPULAR PISO 4
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

EJECUTIVO Rad. 08001-31-53-016-2020-00148-00

En lo que atañe con la constitución del fideicomiso civil como pontana para enervar la acción real ejercitada sobre el predio hipotecado, es claro que tal tipología de propiedad no afecta el gravamen real, debido a que éste prevalece sobre aquélla, toda vez que al repararse en las anotaciones contenidas en el certificado de tradición correspondiente al predio de matrícula inmobiliaria N° 040-445843, se avista la constitución de una hipoteca indeterminada por parte de los señores MIGUEL ANGEL MOLINA DE ARCO y DELKYS YELIANA SERPA VERGARA a favor de BANCOLOMBIA, por conducto de la Escritura Pública 2602 de la Notaría 5 de Barranquilla, fue registrada el día 29 de mayo de 2009 (Anotación Nro 007), es con holgura anterior al nacimiento y extinción de los fideicomisos civiles que fueron constituidos y registrados el día 21 de febrero de 2019, tal como se aprecia de la lectura de las anotaciones Nros 013 y 014, los cuáles fueron cancelados el día 27 de agosto de 2019 (Anotación Nro 015), a través de la Escritura Pública N° 1624 de la Notaría 7 de Barranquilla, para luego, volverse a constituirse dicho fideicomiso el día 27 de septiembre de 2019, tal como lo registra la anotación Nro 016.

Justamente, esa anterioridad de la constitución y registro del contrato de hipoteca en el folio de matrícula inmobiliaria del predio hipotecado, desencadena la frustración del planteamiento consistente en que la existencia de un fideicomiso civil en el porcentaje del 75% a favor de la señora ANA KARINA MOLINA SERPA, genere el enervamiento de la acción real, porque el artículo 2452 del C.C., apunta que *«la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido»*, de manera que esa mutación de la propiedad en fiduciaria, en virtud del fideicomiso, no tiene por ensalmo la aptitud para aniquilar el gravamen que afecta ese inmueble, aunado a que la constitución de un fideicomiso civil no es causal de extinción de la hipoteca, tal como lo precisa el artículo 2547 del código civil, agréguese que el fiduciario se encuentra expresamente obligado a pagar y reconocer las hipotecas anteriores al tiempo de la constitución del fideicomiso, dado que el artículo 816 del C.C., señala que



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 44 N° 38-11 EDIFICIO BANCO POPULAR PISO 4
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

EJECUTIVO Rad. 08001-31-53-016-2020-00148-00

«es obligado a todas las expensas extraordinarias, para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas y las hipotecas a que estuviere afecta».

Finalmente, el estrado no desconoce que la argumentación tendiente a pregonar que no se puede ejecutar a las señoras ANA KARINA MOLINA SERPA Y DELKYS YELIANA SERPA VERGARA, porque no firmaron los pagarés ni la hipoteca base de recauso, decae por la simple razón de ostentar la primera la calidad de propietaria fiduciaria en el porcentaje del 75% y la última ser dueña del restante 25% del inmueble hipotecado, debido a que el artículo 2452 del C.C., estatuye que *«la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido»*, de manera que todos los argumentos expuestos caen al vacío.

Colofón de todo ello, es que el recurso de reposición izado no sale avante, y en consecuencia, la orden de apremio se mantiene inconvencible.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA;

RESUELVE

PRIMERO: No reponer el auto del pasado 14 de diciembre de 2020, que libró el mandamiento de pago en este juicio, por los motivos anotados.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZA.

MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA BORJA