



Trabajo de Grado
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Maestría en Derecho

Integrantes:

Lina Marcela Ramírez Arias
Luz Karime Linares Ruiz
Gloria Angélica Alvarado
Alejandro Suarez Cano
Andrés Felipe Amariles Díaz

Orientador:

Abdón Mauricio Rojas

Indivisibilidad de la hipoteca en los procesos ejecutivos donde uno de los deudores se encuentra inmerso en el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante contenido en el Código General del Proceso - ley 1564 del 2012 -, y el o los otros deudores no se encuentran acogidos a este mecanismo.

Palabras Claves: garantía real, hipoteca, indivisibilidad, insolvencia de persona natural no comerciante, proceso concursal, proceso ejecutivo, solidaridad en las obligaciones.

INTRODUCCIÓN:

Teniendo en cuenta que el sistema económico es uno de los pilares fundamentales de la sociedad; y que este responde a las exigencias y a las dinámicas que cotidianamente se presentan en el marco de las relaciones interpersonales, es bastante claro, entonces, que hace parte de su naturaleza una buena dosis de inestabilidad. Y esta falta absoluta de control se desplaza desde el sistema hasta sus usuarios, en el sentido de que cotidianamente las personas se ven también en situaciones de variabilidad o alteración económica, frente a lo cual tienen que

acceder a créditos y asumir obligaciones en aras de asegurar su existencia y su patrimonio. Si estos reveses de índole pecuniario no se mitigan a tiempo, se pueden generar efectos devastadores y la recuperación se hace cada vez más improbable. En el marco de estas circunstancias, el Derecho ha reconocido como necesaria la implementación de mecanismos de apoyo para que el afectado se sobreponga de la situación de debilidad en la que se encuentra, y finalmente se recupere de esta. Así pues, en el sistema legal colombiano existe, entre otros tantos mecanismos, el “régimen de insolvencia de persona natural no comerciante”.

Sin embargo, una vez en vigencia la muy conocida ley 1564 de 2012, se han generado inquietudes e inseguridades acerca de su contenido y aplicación, pues este estatuto derogó las leyes que hasta el momento regulaban la materia y unificó en un solo cuerpo normativo la regulación sobre el asunto en particular.

Precisamente en lo que aquí nos atañe, se tiene como objetivo determinar a partir de la presentación de un caso, cuáles son algunos de los obstáculos procesales que podrían configurarse para que los presupuestos y los requisitos establecidos en la ley, puedan cumplirse por parte de sus destinatarios. Así mismo, se quiere poder evidenciar cuáles son generalmente las barreras sustantivas que impedirían que este régimen sea un alivio definitivo para los sujetos a los que se aplica; ello, partiendo de la base de que tal figura jurídica ha sido presentada como la gran opción para detener, de alguna forma, la situación económica a la que se ven abocadas muchas personas naturales no comerciantes.

En tal sentido, la estructura de este trabajo expone, en una primera sección, los precedentes normativos que dan lugar al proceso de insolvencia objeto de estudio junto con las principales novedades desplegadas al ser expedida la ley 1564 del 12 de Julio de 2012 y el Decreto 2677 del 21 de diciembre de 2012. También servirá para revisar su propósito, ámbitos de aplicación y principios, a partir de lo cual se

intentará determinar si esta ley alcanzó los objetivos propuestos en cuanto al régimen de insolvencia.

Adicionalmente, en la segunda sección, se analizará, a partir de un caso, la específica circunstancia en la que el deudor insolvente constituye garantías reales para avalar una obligación y esta es, a su vez, es respaldada por un tercero garante y/o codeudor a fin de asentar el pago de tal rédito, siguiendo las reglas contempladas en el artículo 547 ibidem. De esta manera, se profundizará en algunos aspectos discutibles que no han sido tratados ni contemplados por el legislador respecto al procedimiento a seguir, cuando la garantía real es considerada como indivisible en el Código Civil. En este punto nos permitiremos formular algunas consideraciones personales sobre ello.

En una tercera sección, y con todos estos elementos mencionados, el análisis jurídico de la indivisibilidad de la hipoteca en los procesos ejecutivos donde uno de los deudores se encuentra inmerso en el procedimiento de insolvencia contenida en la ley, y el o los otros deudores o garantes no se encuentran acogidos a este mecanismo, adquiere un carácter integral y completo que se espera, constituya una herramienta útil para cualquier persona interesada en obtener un conocimiento amplio y más profundo sobre el caso de marras.

Ahora bien, en una cuarta sección que fungirá a título de conclusión, se intentará formular algunas respuestas a los planteamientos indicados, proporcionando igualmente algunas ideas que dan cuenta del hecho de que si bien el régimen de negociación de deudas de persona natural no comerciante satisface la intención propuesta, el mismo no ha sido sometido a posiciones particulares que puedan limitar su efectividad y eficacia. Esto especialmente frente a los procesos ejecutivos garantizados con hipoteca y/o prenda donde se ve comprometida tanto la indivisibilidad del gravamen como la del crédito en sí mismo.

I. ANTECEDENTES

El trámite de insolvencia ha sido parte del sistema judicial colombiano desde hace un buen tiempo. El tiempo transcurrido de vida jurídica de esta figura, ha permitido compilar posturas y juicios a favor y en contra de este estatuto, llevando, en consecuencia, a un diseño y a una progresiva mejora de sus disposiciones y propósitos, con miras a contribuir en algo en el sistema económico de nuestro país.

Así, por ejemplo, la ley 222 de 1995 que pretendió una unificación "tímida" del derecho privado, derogó las disposiciones normativas del Código Civil que consagraban el denominado concurso de acreedores y la posibilidad que tenían las personas no comerciantes de negociar, en concurso, sus obligaciones cuando incurrieran en cesación de pagos. Esta ley los incluyó, pero no tuvo una aplicación como se deseaba, porque tenía un diseño básicamente mercantil.

La ley 1116 de 2006, que volvió nuevamente a especializar el concurso, derogó la normatividad consagrada en la ley 222 de 1995 y determinó que las personas naturales no comerciantes no están sometidas al régimen de insolvencia previsto en esta regulación.

La Corte Constitucional cuando conoció de la constitucionalidad de esa norma, echó de menos el régimen destinado a las personas naturales no comerciantes y exhortó al Congreso para que dentro del ámbito de su facultad de ordenación legislativa, expidiera un régimen general para no comerciantes como personas naturales. Encargo cumplido por el Congreso con la expedición de la ley 1380 de 2010; sin embargo, fue declarada inconstitucional por defectos en su trámite, lo que obligó a ser reexpedida dentro del título IV del Código de Procedimiento Civil, en el cual se estableció que esta norma se aplica a las personas naturales no comerciantes llenando así una laguna en la legislación colombiana.

II. FINALIDAD DEL SISTEMA DE INSOLVENCIA ECONÓMICA

De conformidad con la misma ley 1564 de 2012, el objetivo de su regulación consiste en facultar al deudor denominado "persona natural no comerciante", para que pueda optar por una fórmula legal que le permita, en audiencia de conciliación, la negociación de sus obligaciones y celebrar un acuerdo de pago con sus acreedores, a efectos de lograr el cumplimiento de sus obligaciones pendientes con todos los sectores.

Dentro del marco del procedimiento regulado por el artículo 531 del C.G.P, podrá:

- *"Negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para conseguir la normalización de sus relaciones crediticias, entendido como la previsión con claros propósitos de estabilización económica.*
- *Convalidar los acuerdos particulares a los que llegue con sus acreedores, pretendiendo imprimir seriedad y cumplimiento a los procesos y procedimientos de negociación de deudas.*
- *Liquidar su patrimonio. El régimen de insolvencia buscará, además, promover siempre la buena fe en las relaciones financieras y comerciales del sujeto que se acoge al procedimiento".*

Justamente, para contrarrestar el crecimiento de una "cultura del no pago", el deudor insolvente no puede dentro de los seis meses anteriores a la aceptación de la solicitud haber transferido a terceros sus bienes, ni tampoco simular una separación de su consorte, so pena de que sea negado el acuerdo pretendido; e incluso ser acreedor de la sanción penal contemplada, si se llega a probar falsedad o información incompleta que induzca a cometer yerro alguno al juez o al conciliador respecto al caso en particular. Así mismo, el deficitario no podrá contraer nuevas obligaciones ni estipular garantías en beneficio de terceros sin la autorización de los acreedores. Finalmente, para impedir el abuso desmedido de la figura, un deudor tiene proscrito dar inicio a un nuevo proceso de negociación de deudas sino después de pasados seis años a partir del momento en que se encuentre acreditado en su totalidad el acuerdo anterior.

III. AMBITO DE APLICACIÓN

La ley se aplicará de manera exclusiva a la persona natural que no tenga la calidad de comerciante como lo establece el artículo 532 ibídem, excluyendo en consecuencia a los comerciantes sean personas naturales o jurídicas, y a las personas naturales que controlen sociedades mercantiles, especificación que por demás era innecesaria ya que si son socios de sociedades mercantiles tienen la calidad de comerciantes y en tales hipótesis la insolvencia se registraría por la ley 1116 de 2006 y la legislación modificatoria, subrogataria o complementaria.

Así mismo, deberá tenerse en cuenta que el procedimiento aquí contemplado también exceptúa, una vez analizado en conjunto las disposiciones legales señaladas, al insolvente que no hubiese cumplido a cabalidad con un acuerdo celebrado con antelación y al deudor que solicite el inicio de un nuevo trámite antes de corridos los seis (6) años desde la fecha de cumplimiento de un acuerdo anterior.

IV. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES NO COMERCIANTES

Sea lo primero advertir que la cesación de pagos es el estado de patrimonio que se presenta cuando no se puede afrontar y atender oportunamente las deudas exigibles con los bienes normalmente disponibles para ello. Sin embargo, es importante indicar que la ponderación entre el activo y el pasivo no arroja todavía un resultado negativo que le impida de manera “definitiva” e irreversible cumplir con sus compromisos. Vale decir, no existe liquidez, pero se espera tenerla y sobre esa base se negocian las deudas dentro de un marco de transparencia y buena fe. Es por ello que el régimen de insolvencia, como lo expone Álvaro Barrero Buitrago en su Manual de procedimientos concursales (BUITRAGO, 2013, pág. ...), está orientado por los siguientes principios:

- *"Universalidad: la totalidad de los bienes del deudor quedaran vinculados al procedimiento de insolvencia, apartar de su iniciación.*
- *Colectividad: la totalidad de los acreedores del deudor en crisis deben concurrir al proceso concursal.*
- *Igualdad: tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al procedimiento de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación legal de créditos.*
- *Eficacia: maximización de los resultados del procedimiento de insolvencia, en beneficio real y material tanto del deudor como de sus acreedores.*
- *Celeridad: brevedad en los términos previstos dentro del procedimiento de insolvencia.*
- *Transparencia: el deudor deberá proporcionar la información solicitada por el conciliador o el Juez según sea el caso, de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del procedimiento. Por su parte, el acreedor deberá suministrar con el crédito, sus intereses y sus garantías.*
- *Buena fe: las actuaciones en el curso del procedimiento de insolvencia deberán estar investidas de la buena fe tanto del deudor como de los acreedores y demás sujetos intervinientes quienes deberán propiciar la negociación no litigiosa, publica e informada en relación con las deudas y bienes del deudor.*
- *Publicidad: divulgación oportuna del inicio del procedimiento de insolvencia, así como del resultado del trámite de negociación de deudas y del correspondiente acuerdo de pagos o de su fracaso, según sea el caso, para información del público interesado.*

- *Equilibrio: se protegerán los derechos del deudor y del acreedor para que puedan acceder en igualdad de condiciones al procedimiento de insolvencia.*
- *Simplicidad: el procedimiento deberá ser simple y fácil, ajeno a la litigiosidad, claro, preciso y breve en etapas y en trámites.*
- *Prevalencia de los derechos fundamentales: durante el curso del procedimiento de insolvencia prevalecerán los derechos constitucionales fundamentales y el derecho sustancial sobre el procesal.*
- *Gratuidad: los procedimientos de negociación de deudas y de convalidación de acuerdos ante Centros de Conciliación de Facultades de Derecho serán gratuitos; los tramitados ante Centros de Conciliación Privados y Notarias causarán los honorarios fijados por el Gobierno Nacional”.*

V. LA HIPOTECA COMO GARANTÍA REAL

El artículo 2432 del Código Civil Colombiano contiene la definición legal de hipoteca señalando que *"la hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor"*, siendo tal definición criticada por nuestra doctrina al no proporcionar una idea cabal de lo que verdaderamente constituye esa garantía.

Somarriva la define como *"el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del constituyente, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producto de la subasta"*¹.

Así pues, la hipoteca se define como derecho real y no tanto como contrato, toda vez que bien puede existir hipoteca y no contrato, tal cual acontece con la hipoteca

¹ SOMARRIVA Undurraga, Manuel. Tratado de las cauciones. Santiago, Nacimiento, p. 338.

legal que contempla el Código General del Proceso. De modo que aunque generalmente coinciden las dos características (derecho real y contrato), es mejor separarlas analíticamente.

Dentro de las muchas figuras jurídicas la garantía de la hipoteca es, ciertamente, mejor valorada en el tráfico mercantil corriente. Principalmente, para el acreedor hipotecario esta figura entrega mayores ventajas por cuenta de que persigue directamente al inmueble y no al deudor, de modo que su crédito se encuentra respaldado por un bien que, en términos generales, goza de una relativa estabilidad en cuanto a su forma, característica y valor. La estabilidad relativa de la propiedad raíz, con independencia de la estabilidad o inestabilidad económica del propietario, definitivamente resulta mucho más atractivo para garantizar una obligación. Al mismo tiempo, la hipoteca resulta sugestiva para el deudor hipotecario, toda vez que esta figura no lo priva de la titularidad ni posesión del bien; y a partir de ella suelen entregarse sumas más altas en los préstamos de dinero.

Corresponde pues definir las peculiaridades de la hipoteca así:

Sobre los derechos reales -que para nuestro caso trata el artículo 665 del Código Civil Colombiano-, Chiovenda indica que son:

“aquellos derechos absolutos que nos garantizan el goce completo de una cosa exterior (propiedad), incluso la facultad de disponer de la cosa; o el goce limitado de una cosa exterior cuya propiedad pertenece a otro (derecho de cosa ajena). Suele afirmarse que en los derechos reales domina una relación entre una persona y una cosa y que las demás personas intervienen solo en cuanto están obligadas a no estorbar aquella relación; esto solo puede decirse en sentido figurado, porque lo que caracteriza el derecho al goce de la cosa es precisamente el conjunto de deberes negativos de los demás sujetos. Pero la característica de los derechos reales respecto de los demás derechos absolutos consistiría en que las cosas de las cuales se tiene goce completo o limitado son exteriores y por consecuencia pueden

corresponder a una persona lo mismo que a otras muchas. Lo cual explica por qué en los derechos reales el nuevo derecho que nace de la lesión no se dirige necesariamente contra el autor de la lesión. Esto tiene gran importancia para la determinación de la persona del demandado en juicio. El derecho de tener mi cosa no se dirige contra el que me la ha arrebatado sino contra quien quiera que la posea en el momento en que la reclamó y a esta regla solo la ley por razones especiales puede poner límites”²

Así pues, en los otros derechos reales es factible visualizar una relación clara entre el titular del derecho y la cosa sobre la que recae tal derecho, el cual se ejercita a través del goce o tenencia de la cosa; en cambio, en la hipoteca la manera de ejercer el derecho se concreta en la potestad que tiene el acreedor de solicitar la venta o subasta de la cosa hipotecada si el deudor no satisface la obligación.

Dicho lo anterior, se imprime entonces sobre el bien hipotecado tal derecho sin corresponder a determinado individuo, deduciéndose que el acreedor posee el derecho de persecución, reconocido al tenor del art. 2452 ibidem, que le posibilita perseguir el bien gravado de manos de quien fuere el que lo posea y a cualquier título que lo haya adquirido.

Así mismo, la hipoteca es un derecho que recae siempre sobre un bien inmueble, razón por la cual su constitución debe inscribirse en la Oficina de registro de instrumentos públicos.

Ahora bien, como es una particularidad general de todas las cauciones (Art. 65 ibidem) se considera como un derecho accesorio al suponer la presencia de una obligación principal, sea de dar, hacer o no hacer; pura y simple o sujeta a modalidades, además de determinada o indeterminada (artículo 2451); actual o futura (Art. 2438); generada por cualquiera de las fuentes corrientes de las obligaciones.

² Chiovenda, Giuseppe, Principios de derecho procesal civil, Tomo I, Pág. 59

Conforme lo expresado, podemos deducir que la garantía hipotecaria se establece en primera medida por el deudor o por un tercero para avalar una obligación civil que después puede pasar a ser natural, subsistiendo tal gravamen con este mismo carácter; es decir, lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y por otro lado, si la garantía la dispone un tercero cuando la obligación ya es natural, esta obligación es civil (artículo 1529); en otras palabras, son objeto de acreditarse con hipoteca no solo las obligaciones civiles sino también las naturales.

Por su parte, la hipoteca puede alcanzar una condicionada independencia frente a la obligación principal en virtud a su carácter accesorio cuando: **I.** subsiste aun extinguida la obligación principal como ocurre en la novación si las partes pactan que el gravamen pase a garantizar la nueva obligación. **II.** Avala obligaciones ulteriores como lo consagra el inciso 3º del artículo 2438 del C.C., al no existir al momento de constituir la hipoteca la obligación principal. **III.** Se establece la garantía por un tercero ajeno a la deuda, sin obligarse este personalmente, salvo que así se convenga; separándose tal caución de la obligación principal y las acciones –la personal y la real –dirigiéndose contra personas diferentes, lo cual aplica cuando el bien hipotecado es adquirido por un tercero.

Además de ello, se infieren efectos importantes como consecuencia del principio general de que “lo accesorio sigue el destino de lo principal” cuando **I.** una vez extinguida la obligación se extingue la hipoteca, **II.** A la anulación de la obligación se deriva la nulidad de la hipoteca, **III.** Simultáneamente la acción hipotecaria prescribe con la acción que se origina de la obligación principal (artículo 2457), **IV.** Toda particularidad que perjudica a la obligación principal se refleja en la hipoteca; y **V.** a donde vaya el crédito va la hipoteca como sucede con la subrogación o cesión de la obligación con garantía real, al transmitirse este al legatario o heredero, entre otros.

Existen, finalmente, dos rasgos importantes de la hipoteca: el primero de ellos es que funge como un límite del derecho de dominio, dado que si bien el deudor conserva la titularidad y posesión del inmueble; con todo, su dominio no es absoluto porque una parte de él se encuentra coartada por el derecho de acreedor hipotecario. Igualmente, tiene vedado destruir el bien o poseerlo de forma tal que genere perjuicios al acreedor. El segundo de ellos tiene que ver con la indivisibilidad de la hipoteca, esto es, la idea según la cual cada parte del bien garantiza la totalidad de la hipoteca, al tiempo que cada parte del crédito se vincula con la totalidad del bien. Sería desde luego muy extraño que un deudor hipotecario pretendiera que únicamente la casa de huéspedes o la cocina de su bien raíz garantiza el crédito hipotecario. Y este principio se conserva incluso si la deuda hipotecaria ya ha sido cubierta en parte o en casi su totalidad, esto es, así el saldo por cubrir sea mínimo, la hipoteca se encuentra garantizada por todo el bien.

Distinto es, por supuesto, si la hipoteca se ha realizado sobre varios bienes, en cuyo caso el acreedor puede elegir entre cuál de los bienes –o todos ellos– persigue ante el incumplimiento del deudor.

Sobre el tema en particular, Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve expresaron lo siguiente:

«El más perfecto derecho real de garantía de créditos es la hipoteca, pues al mismo tiempo que recae sobre bienes inmuebles debidamente singularizados y sometidos al régimen de publicidad del registro inmobiliario, el deudor no pierde la posesión de ellos, lo cual constituye una ventaja para él, ya que no se altera o disminuye la explotación normal a que están sometidos, y el acreedor, lo mismo que en la prenda, adquiere el derecho a realizar el valor del inmueble en pública subasta y pagarse preferentemente ante los demás acreedores del deudor, en caso de incumplimiento de la obligación... La hipoteca es accesoria a la existencia de un crédito y es indivisible. En esto, el Código sigue de cerca los mismos

principios del derecho romano. 1... 2. La hipoteca es indivisible. Según el artículo 2433 del Código, la hipoteca es indivisible, y, por lo tanto, "cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella". La regla de la indivisibilidad de la hipoteca contraría manifiestamente el carácter de accesoriedad, pues a pesar de la división del crédito o de la división del inmueble, la hipoteca no se divide y conserva intacta su integridad jurídica. En consecuencia, todo el crédito y cada fracción de él se encuentran respaldados por el valor total del inmueble.»³.

En el mismo sentido respecto al tema tratado, José Alejandro Bonivento (BONIVENTO, 2002) destaca lo siguiente: *«Consagra el artículo 2433 del Código Civil "la hipoteca es indivisible" y agrega; "en consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y de cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella". La indivisibilidad hay que enfocarla alrededor de la obligación accesoria, que no se puede partir salvo que expresamente se convenga en ello. La obligación principal, o mejor, el crédito, sí se puede dividir. Si sobre un predio se constituye una hipoteca, y luego se fracciona o lotea, segregándolo en el registro, todo el inmueble queda garantizando la totalidad de la obligación; no podrá alegarse, por tanto, la división del predio para desconocer la hipoteca»⁴.*

VI. EL CASO

Zulma Consuelo González y León Adolfo Tascón Zuleta, suscribieron pagaré No. 583-15-00006-5 del 5 de marzo de 1998, obligándose al pago de \$42.700.000, con ocasión al crédito de libre consumo otorgado por el Banco Popular S.A. Dicha obligación se garantizó mediante la constitución de hipoteca de primer grado sobre el inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria No. 370-275029, propiedad de los deudores, correspondiéndole a cada los derechos de cuota del 50% sobre el bien, respectivamente.

³ Derecho Civil derechos reales. Décima Edición. Editorial Temis, Tomo II. Bogotá 2001, Pág. 411, 412 y 413

⁴ José Alejandro Bonivento Fernández, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, librería profesional, Bogotá, 2002, Pág. 56

Ante el incumplimiento del pago pactado, el acreedor formuló demanda ejecutiva con acción mixta que fue admitida en el Juzgado 11 Civil del Circuito de Cali, a través del auto No. 929 de 26 de febrero de 2003. Notificado el demandado en debida forma, formuladas excepciones de mérito y habiendo las partes alegado de conclusión, el referido despacho judicial profirió sentencia No. 149 del 9 de diciembre de 2010, mediante la cual se dispuso a revocar el mandamiento de pago y se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares.

Impugnada la sentencia, el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó la sentencia No. 149 del 9 de diciembre de 2010 y ordenó seguir adelante la ejecución. Habiéndose embargado conforme a lo legal el inmueble hipotecado y concretada la diligencia de secuestro de este, se presentó avalúo para adelantar la diligencia de remate.

El proceso fue remitido a los Juzgados de ejecución de sentencias civiles en el mes de diciembre de 2013 y por auto No. 428 del 19 de febrero de 2014, se avocó conocimiento por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali. Estando en firme el avalúo, mediante auto No. 675 de 18 de marzo de 2014, se fijó fecha para diligencia de remate, la cual no se llevó a cabo en razón a que la parte interesada no arribó constancia de realización de las publicaciones requeridas.

Tras presentar nueva solicitud de fecha para diligencia de remate, el Juzgado en ese momento cognoscente del asunto, advertida la desactualización del avalúo del predio a rematar, requirió a las partes para que presentasen nuevo avalúo.

Presentado un nuevo avalúo y estando en firme, mediante auto No. 2308 del 27 de agosto de 2015 se fijó nueva fecha para diligencia de remate del inmueble hipotecado. La diligencia programada para el día 9 de diciembre de 2015 no se pudo efectuar, en razón a que los Juzgados de Ejecución del Circuito existentes en esa fecha fueron suprimidos por el Consejo Superior de la Judicatura, corporación

que en su lugar creó otros tres Juzgados de Ejecución de Sentencias Civiles del Circuito, y para la época se efectuó la redistribución de procesos.

Correspondiendo el conocimiento del asunto al Juzgado Tercero de Ejecución de Sentencias Civiles del Circuito de Cali, se reiteró la solicitud de fijar nueva fecha para diligencia de remate, a lo que se accedió en auto No. 189 del 23 de febrero de 2016 y se programó diligencia de remate para el día 5 de abril de 2016, diligencia que no se llevó a cabo porque la parte interesada no aportó certificado de tradición actualizado.

El día 1 de abril de 2016 se allegó escrito proveniente de la Notaría 6 del Círculo de Cali, informando que el demandado León Adolfo Tascón Zuleta fue admitido en el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, tal como consta en acta del 30 de marzo de 2016, por lo que, al tenor de lo descrito en el Código General del Proceso, debió suspenderse el trámite ejecutivo en lo correspondiente al referido demandado, y declararse la nulidad de lo actuado con posterioridad a la fecha de admisión.

Dicho trámite concluyó con fracaso y se aperturó la liquidación patrimonial del deudor en el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cali, situación comunicada al Despacho que conoce del proceso ejecutivo mixto adelantado contra el deudor insolventado.

Advertida la situación descrita, en auto No. 1580 del 6 de octubre de 2016, atendiendo lo establecido en el numeral 7º del artículo 565 del C.G.P., como quiera que el proceso contiene pluralidad de demandados, se dispuso la remisión de copias de lo adelantado en lo respectivo al señor TASCÓN ZULETA, para que se acumulase al trámite concursal y en la misma providencia, atendiendo lo descrito en el artículo 547 del C.G.P., se consultó al acreedor si guardaba interés en continuar el trámite ejecutivo contra la deudora que no está en el concurso, o si

prescindía de ello y por consiguiente se estaría a lo que se resuelva en la liquidación patrimonial del codemandado.

Al respecto, el acreedor manifestó su interés en continuar el proceso ejecutivo contra la demandada Zulma Consuelo González y presentó actualización del avalúo del inmueble hipotecado, para efectos de llevar a remate los derechos de cuota del 50% del bien que posee dicha demandada y en firme el avalúo del predio, se fijó fecha para llevar a cabo la subasta el día 19 de julio de 2017, en la cual se concretó la diligencia y se adjudicó el predio al señor Carlos Felipe Cortés, quien canceló oportunamente el impuesto para que se aprobase la diligencia de remate practicada.

Mediante auto No. 2487 del 3 de agosto de 2017, el Juzgado que conoce del asunto actualmente difirió la resolución sobre la aprobación del remate del 50% del predio, argumentando que, en razón a la indivisibilidad de la hipoteca, pregonada en el artículo 2433 del C.C., conforme la cual *«La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella»*, se torna necesario conocer si dentro del trámite concursal del señor León Adolfo, se encuentra inmersa la obligación que se ejecuta en el proceso ejecutivo mixto y de ser así, se informe en qué porcentaje.

Dicha decisión fue recurrida por la parte demandante del proceso ejecutivo mixto, exponiendo que erró el despacho al diferir la resolución de la aprobación del remate, toda vez que se tiene pleno conocimiento del estado de la insolvencia, *«pues el juzgado 8 civil municipal de esta ciudad, le informó mediante oficio No. 2116 de 20 de octubre la apertura de la liquidación de persona natural no comerciante, bajo el radicado 8-2016-00451 (SIC)»*.

Sumado a lo anterior, estimó que debe tenerse en cuenta que el artículo 547 del C.G.P. establece que cuando una obligación está respaldada por terceros con

garantía real, los procesos que se hubieran iniciado contra los terceros garantes continuarán, salvo manifestación contraria por parte del acreedor demandante; habiendo, para el caso que nos ocupa, manifestación expresa de continuar la ejecución contra ZULMA CONSUELO GONZALEZ GONZALEZ para llevar a remate la cuota parte correspondiente.

Finaliza exponiendo que lo rematado solo comprende el 50% de la demandada, sin que lo tocante al deudor insolventado fuese incluido, ya que este asumió su porcentaje de lo adeudado en el trámite concursal. Por lo que, en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca, lo único que debió diferirse fue la cancelación de la hipoteca, pues «*no existe causa legal que justifique esa decisión*».

El Juzgado Tercero Civil de Ejecución de Sentencias de Cali mantuvo la decisión recurrida, argumentando que al encontrarse suspendido el proceso para la mitad de la parte demandada en virtud de la promoción de un proceso concursal, debe considerarse lo referente a la indivisibilidad de la hipoteca, puesto que la obligación que de ahí se pregona cumplimiento se halla garantizada con dicho gravamen, por lo que toda la obligación se encuentra sujeta a la garantía real, empero, como se anotó en la cita traída a colación, aunque la hipoteca se refute indivisible, el crédito, como obligación principal, no lo es.

Así, al hallarse uno de los dos demandados en un trámite concursal, se presume que al haberse solicitado la suspensión de este compulsivo en su contra es porque asumió en el respectivo concurso la refrendación del crédito base de recaudo del proceso ejecutivo, desconociendo la agencia judicial los alcances que se hayan dado a la solidaridad en tal trámite, por lo que, aprobar la diligencia de remate del porcentaje que sobre el predio hipotecado le corresponde a la demandada ZULMA GONZALEZ, repercutiría de manera directa lo refrendado por LEÓN ADOLFO TASCÓN ZULETA, ya que al estar suspendido el proceso en su contra, estaría viciada toda actuación que influya en el cumplimiento de una obligación

garantizada con una hipoteca donde se desconoce el monto de la deuda llevada al concurso.

En virtud de lo dicho, resulta necesario primero conocer las condiciones en las que el insolventado asume el cumplimiento de la obligación, de suerte que, dependiendo si la obligación perseguida se arrojó íntegra o parcialmente para definir lo correspondiente a la solidaridad, así mismo podría el despacho concluir la procedencia de la aprobación del remate del porcentaje que a la demandada ZULMA GONZALEZ le corresponde sobre el predio hipotecado, pues por las condiciones de la garantía hipotecaria, no puede accederse tajantemente a lo pretendido.

Así mismo, dispuso que si bien el artículo 547 del C.G.P., faculta para que pueda continuarse la ejecución contra el tercero garante, debe recordarse que en el caso que nos ocupa estamos frente a un proceso con acción mixta, razón que en nada impide proseguir la ejecución contra la pluralidad de bienes de la ejecutada, puesto que lo único diferido hasta conocer la información requerida, es lo relacionado con el predio con garantía real, mas no los demás bienes que pueden perseguirse para el cumplimiento de la obligación, motivo por el que no es factible decir que se esté desatendiendo tal postulado normativo.

Adicionó que en tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en providencia No. STC13025-2017 de 24 de agosto de 2017, manifestando que *«En efecto al revisar la actuación se encuentra que el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, mediante auto de 14 de agosto de 2009, admitió a trámite el proceso de reorganización del señor Orlando Rincón Bonilla, uno de los deudores primigenios y propietario del inmueble, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 1116 de 2006, a partir de esa fecha no podía continuarse con la demanda de ejecución en contra de éste, así como debía remitirse el expediente y ponerse a disposición del juez de la reorganización las medidas cautelares decretadas en contra del referido obligado. Y si bien, la referida ley permite al acreedor continuar*

con la ejecución contra los demás deudores, lo cierto es que no podía perseguirse en dicho litigio el inmueble objeto de la garantía, pues el mismo es de propiedad del referido señor, contra quien se itera no se podía continuar el litigio... De igual forma, ocurre con la señora Carmen Rosa Rincón Bonilla, quien se encuentra en insolvencia de persona natural no comerciante y a favor de quien se decretó la suspensión del proceso de conformidad con el artículo 545 del Código General».

Una vez allegada al proceso la respuesta por parte del Juzgado Octavo Civil Municipal, se indicó que dentro del trámite concursal se vinculó la totalidad de la deuda, en razón a que los suscriptores del pagaré se obligaron de forma solidaria.

Atendiendo la comunicación efectuada, el Juzgado expresó que al estar garantizada la obligación con un gravamen hipotecario, recordando que la indivisibilidad de la hipoteca pregonada que no puede dividirse el predio para con una parte de este se pague parte de la obligación, sino que todo el bien está dado a garantizar el pago adeudado, no podría ejecutarse a la señora ZULMA GONZALEZ, en razón a que la solidaridad da lugar a que pueda cobrarse la totalidad de la deuda bien con ella o bien con el deudor LEON ADOLFO, y estando supeditado al proceso concursal lo concerniente a él, sería erróneo pagar parte de la deuda con la parte del bien de propiedad de la señora GONZALEZ, porque entendiendo el bien indivisible, el pago está atado al trámite concursal y de no ser así, se estarían ejecutando acciones sobre las que habría de declararse la nulidad por ser un asunto unitario para los deudores, sin que puedan promoverse actuaciones en el proceso ejecutivo que atañan al deudor insolventado.

Finalmente, expuso que el criterio esbozado gravita en consonancia con la ley sustancial, la cual prevalece sobre la normativa procesal que determina la posibilidad de continuar la ejecución contra la deudora no insolventada, por lo que lo desplegado no se desarrolla afectando los derechos de las partes, sino procurando la garantía de estos, enfatizando que el acreedor igualmente recaudará el crédito pero ahora por la vía concursal.

VII. DISCUSIÓN DEL CASO

El punto central sobre el que nos atañe discutir está en la facultad que tiene el acreedor para continuar la ejecución de una obligación con garantía real contra un deudor solidario cuando su codeudor se encuentra inmerso en el trámite concursal de persona natural no comerciante, conforme lo permite el artículo 547 del C.G.P.

Consideramos que tal disposición normativa tiene un alcance que, dadas las condiciones fácticas de cada caso, podría estar en contravía del derecho sustancial, teniendo en cuenta lo referente a la indivisibilidad de la hipoteca.

Lo anterior, en razón a que el criterio de indivisibilidad, tal como se ha descrito, concluye la imposibilidad de fragmentar el bien dado en hipoteca para que con dicha fracción se pague tan solo una parte de la obligación, pues la hipoteca reputa cada parte del bien, como un todo, garantía del pago total de la obligación.

Por lo dicho, mal haría al permitirse que contrario a lo establecido sustancialmente, vía procesal se permita dividir el predio para pagar un porcentaje de la obligación cuando exista pluralidad de demandados y la mitad de estos estén inmersos en un trámite concursal, donde se dispone que con ocasión a ello debe suspenderse el trámite ejecutivo que se adelante, para asumir las obligaciones por él contraídas a fin de refrendarse por ese conducto.

Ello sucede por cuanto los codeudores asumen solidariamente una obligación hipotecaria para el financiamiento de la adquisición de un inmueble, haciéndose copropietarios del mismo. Por lo que, si se ejecuta judicialmente a una parte deudora, lo que se llevará a remate será tan solo el porcentaje de propiedad que le pertenece, dividiéndose materialmente el predio para solventar parte de una deuda que, dada su naturaleza solidaria, ya fue asumida en el proceso concursal, donde naturalmente se creó el espacio para cumplir con el recaudo esperado por el acreedor.

Así pues, es erróneo considerar adecuado que pueda despojarse a un deudor de su propiedad porcentual de un inmueble para el pago parcial de una obligación hipotecaria, ya que las características fundamentales de ese gravamen impiden que ello suceda.

Ahora, es claro que dentro de lo dicho el acreedor puede perseguir a cualquiera de sus deudores para el pago total de la obligación, pero tal potestad no puede yuxtaponerse a otra norma sustancial de igual categoría, dado que existe en el ordenamiento jurídico soluciones que permiten solventar lo pretendido, efectuando una aplicación normativa sistémica, y es que el recaudo esperado podrá igualmente llegar por conducto del deudor inmerso en el trámite concursal, quien por igual, dada la solidaridad, refrenda la totalidad de la obligación y se compromete a la satisfacción plena de la misma, sin necesidad de fraccionar el predio hipotecado.

Debe señalarse que la disposición normativa cuestionada (artículo 547 del C.G.P.), en sí misma no puede catalogarse contraria al ordenamiento jurídico, en razón a que existen escenarios donde sí sería posible que se continúe con la ejecución del deudor no insolventado, siendo esto cuando lo adeudado pueda cubrirse en su totalidad con el porcentaje del bien que se llevará a remate o cuando además de la garantía hipotecaria, se persiga ejecutivamente la pluralidad de bienes del deudor, en ejercicio de la acción mixta.

Conforme lo expuesto, sólo surge el conflicto cuando ejecutivamente se pretenda el pago de la obligación con el remate del predio hipotecado sin más.

Para el evento narrado previamente, cabe destacar que la postura asumida por el Juez de conocimiento no riñe con el ordenamiento jurídico, puesto que en el proceso en cuestión se ejerció la acción mixta y dicho escenario se enmarca dentro de los posibles estadios en los que no existe contraposición normativa y por ende

el acreedor podrá recaudar lo adeudado ya sea mediante el acuerdo de pago en el concurso o mediante la ejecución de los bienes del deudor no insolventado (a excepción del predio hipotecado).

VIII. CONCLUSIONES

- ❖ Ante las dificultades, tanto económicas como personales, a las que se enfrentan las personas naturales no comerciantes, el trámite introducido y regulado en la Ley 1564 del 2012, se ha configurado en una realidad que está beneficiando a un creciente número de acogidos en aras de obtener la “normalización” de todas las relaciones crediticias de la persona, siempre en la medida de lo posible y con sujeción a las prerrogativas ofrecidas.
- ❖ Este esfuerzo normativo, sin embargo, ha generado en la práctica, y para algunos casos, una especie de antinomia entre las normas procesales y las normas sustantivas que regulan tanto a la hipoteca y la acción hipotecaria, por un lado; y el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, especialmente cuando, como se vio en el caso de estudio, uno de los codeudores se encuentra inmerso en este proceso y el otro no esté insolventado.
- ❖ La dificultad de armonización estriba, fundamentalmente, en que ambos regímenes persiguen fines bastante loables y que merecen igual protección: por un lado, la garantía real que protege al acreedor en cuanto a la obligación contraída; por el otro, el proceso de insolvencia que protege no sólo a los acreedores sino al deudor mismo frente a una situación de inestabilidad económica apenas previsible dentro del contexto económico actual.

- ❖ A pesar de dichas dificultades, la hipoteca sigue siendo la más importante y más atractiva figura jurídica empleada en el tráfico mercantil por la garantía que presta para el acreedor, así como por la confianza que genera el deudor en cuanto al respaldo que ofrece y que en ocasiones no menores genera una mayor capacidad de endeudamiento. Sin embargo, como ocurre con toda figura jurídica, con el paso del tiempo pueden presentarse desafíos importantes que, desde el punto de vista jurídico y social, exige adaptaciones y salidas en aras de evitar inconsistencias e incoherencias internas al sistema jurídico.

- ❖ Las salidas que muestra el específico caso puesto en consideración del lector, se orientan hacia la lectura sustantiva y a partir de principios constitucionales y de derecho privado, a efectos de otorgar una solución interpretativa adecuada a la antinomia presentada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ Caso tomado del Juzgado Tercero Civil Circuito de Ejecución de Sentencias de Cali, en el cual se adelanta proceso ejecutivo mixto con garantía real interpuesto por Banco Popular S.A contra Zulma González y León Adolfo Tascón Zuleta, en el cual el aquí demandado se acogió al trámite de negociación de deudas de persona natural no comerciante, manteniéndose el gravamen hipotecario sobre el bien inmueble gravado propiedad de los ejecutados.
- ✓ LEY 222 del 20 de Diciembre de 1995. *"Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones."*
- ✓ LEY 1116 del 27 de diciembre de 2006. *"Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones."*
- ✓ LEY 1380 del 25 de enero de 2010. *"Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante."*
- ✓ LEY 1564 del 12 de julio de 2012. *"Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones."*
- ✓ Constitución política Colombiana. (1991).

- ✓ Código Civil Colombiano.
- ✓ Código de Procedimiento Civil.
- ✓ Corte Suprema de Justicia, providencia No. STC13025-2017 del 24 de agosto de 2017.
- ✓ ZEA, ARTURO VALENCIA y MONSALVE, ALVARO ORTÍZ. Derecho Civil, derechos Reales. Décima edición. Editorial Temis. Tomo II. Bogotá 2001.
- ✓ FERNANDEZ, J. A. (2002). Los principales contratos civiles y comerciales (Sexta ed., Vol. II). Bogotá: Librería Profesional.
- ✓ BUITRAGO, A. B. (2013). Manual de procedimientos concursales (Tercera ed.). Bogotá: Ediciones librería del profesional.