



**EL EFECTO PURIFICADOR DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS DE
PERTENENCIA FRENTE A LA GARANTIA REAL HIPOTECARIA**

JULIAN ANDRES NIETO DUQUE

SANDY CAMILA BRAVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2021

**EL EFECTO PURIFICADOR DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA
PRESCRIPCIÓN EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS DE PERTENENCIA
FRENTE A LA GARANTIA REAL HIPOTECARIA**

Por:

JULIAN ANDRES NIETO DUQUE

SANDY CAMILA BRAVO

Proyecto de grado para optar al título de:

ABOGADO

ASESOR:

DR. JOHN ALEXANDER FLOREZ PEREZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2021

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Autónoma Latinoamericana por guiarnos en el proceso de aprendizaje, por brindarnos las herramientas suficientes para afrontar con responsabilidad, estrategia y amor la hermosa profesión del abogado.

Agradezco a Dios principalmente, por colmarme de paciencia y sabiduría para culminar esta nueva etapa en mi vida, a mi madre Olga Sonia Nieto Duque, porque sin su amor, constancia y apoyo nada hubiese sido posible, a mis compañeros y profesores de la Facultad, los cuales han contribuido enormemente en mi formación ética y profesional y a todos aquellos que con su ayuda han contribuido en el camino que voy forjando.

(Julián Andrés Nieto Duque).

A mi tía Alba Luz Bravo quien con amor y paciencia me ha acompañado en todo mi camino educativo, y a mi hermana Astrid Liliana González Bravo que funge de motor a mi existencia, por su apoyo incondicional y su extrema paciencia.

A mi docente y asesor Dr. John Alexander Flórez por haber sembrado en mí el amor por el derecho Procesal Civil, y por estar siempre dispuesto a enseñarme con paciencia, para así cumplir este sueño de ser abogada Unaulista.

(Sandy Camila Bravo).

RESUMEN

El presente trabajo pretende realizar un análisis a la norma de carácter procesal prevista en la norma procesal, precisamente en el artículo 375 del Código General del Proceso frente al acreedor hipotecario, que explica y detalla los presupuestos para pretender adquirir un bien inmueble por el fenómeno de la prescripción ordinaria o extraordinaria, a través de los procesos declarativos de pertenencia, llamados también procesos de conocimiento.

Ahora bien, la ley 1564 de 2012 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, derogando el Código de Procedimiento Civil, presenta en la actualidad una discusión poco superada en lo que respecta a la garantía real del acreedor hipotecario en el proceso de declaración de pertenencia, que se encuentra instituida en el artículo 375 del Código General del Proceso (anteriormente en el artículo 407 del Código de Procedimiento civil), este prevé en su numeral 5° una situación que no se encuentra bastante clara para el lector, y que podría prestarse para conflictos de interpretación en instancias judiciales por ser esta meramente enunciativa.

El artículo 375 ibidem insta al accionante que pretende adquirir un bien inmueble por Usucapión a que una vez incoe la pretensión de manera conjunta y cite los acreedores hipotecarios que registren en el certificado de libertad y tradición, sin plantear de manera suficiente cuáles serían las facultades que dicho acreedor tiene dentro del proceso, y sin discriminar mínimamente en calidad de que llega este sujeto, a sabiendas de que el acreedor hipotecario tiene consigo una garantía real sobre el inmueble, que constituyó válidamente el propietario ejerciendo las acciones que legal y constitucionalmente se le atribuyen, sin tener en cuenta al parecer, que es la prescripción un modo originario de adquirir el dominio y por tanto al momento de ser declarado

por el operador jurídico, el poseedor adquiere todas las facultades que tiene el propietario sin restricciones.

PALABRAS CLAVES

Prescripción, acreedor, hipoteca, purificación, posesión.

ABSTRACT

This work intends to carry out an analysis of the procedural norm provided for in article 375 of the General Code of the Process against the mortgage creditor, which explains and details the budget to intend to acquire a real estate by the phenomenon of ordinary or extraordinary prescription, through the declarative processes of belonging, also called knowledge processes.

Now, Law 1564 of 2012, by means of which the General Code of the Process is issued and the Code of Civil Procedure is repealed, currently presents a little-out-of-date discussion regarding the real guarantee of the mortgagee in the process of declaration of belonging that is instituted in article 375 of the General Code of Procedure (previously in article 407 of the Code of Civil Procedure), this provides in its number 5 a situation that is not clear enough for the reader, and that it could lend itself to conflicts of interpretation in judicial instances as this is merely illustrative.

Article 375 *ibidem* urges the plaintiff who intends to acquire a real estate by *Usucapión* to once the claim is filed jointly, to summon the mortgage creditors that they record in the certificate of the asset, without stating sufficiently what would be the powers that said creditor has within the process, and without minimally discriminating as this subject arrives, knowing that the mortgagee has a real guarantee on the property, which was validly constituted by the owner exercising the actions that are legally and constitutionally attributed to him, without take into account, apparently, that the prescription is an original way of acquiring the domain and that therefore at the time of being declared by the legal operator, the possessor acquires all the powers that the owner has without restrictions.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....	14
OBJETIVO GENERALES	14
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	14
CAPÍTULO I.....	15
EL PROCESO DE PERTENENCIA	15
La prescripción como modo de adquirir el dominio.....	16
Requisitos para adquirir el dominio por prescripción	18
ESTRUCTURA SUBJETIVA DEL PROCESO DE PERTENENCIA.	18
Litisconsorcio necesario.....	20
Litisconsorcio facultativo.	21
Litisconsorcio cuasinecesario.....	22
Intervención excluyente.....	22
Llamamiento de oficio	23
CAPÍTULO II.....	28
LA GARANTÍA REAL HIPOTECARÍA	28
El derecho real.....	28
La hipoteca	29
Proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real	31
Derecho de persecución o ius perseguendi.....	32
Nulidad por indebida citación al acreedor hipotecario	33
CAPITULO III.....	37
LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA	37
La hipoteca y efectos de la sentencia del proceso de pertenencia	39

Los efectos erga omnes de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio.....	43
Referencias Bibliográficas.....	47

INTRODUCCIÓN

El artículo 375 del Código General del Proceso parece verse envuelto en una laguna legal, que implica para el lector una incertidumbre indiscutible si de procesos de pertenencia se trata, esto es en tanto a la figura del acreedor hipotecario en los procesos de pertenencia, al indicar que se cita pero no en que calidad, ni tampoco en indicar mínimamente qué facultades o mecanismo de defensa tiene este dentro del proceso de conocimiento, esto puede llegar a ser un punto crucial porque de la calidad en que pueda o no llegar el acreedor hipotecario podrá oponerse a la pretensión de prescripción adquisitiva del pretendiente y con ello salvaguardar su hipoteca.

Surge además duda sobre si el fallo que declara la prescripción adquisitiva de dominio de un inmueble trae consigo efectos Erga Omnes también para la hipoteca, en cuanto a si la misma contiene un efecto purificador mediante el cual extingue el gravamen hipotecario que recae sobre el bien. De cara a esto existen diversas opiniones de juristas, doctrina y sentencias, tan diversas las unas de las otras, que se hace necesario hacer un análisis al momento de aplicar el artículo 375 del Código General del Proceso.

El procedimiento estipulado en vigencia del derogado Código de Procedimiento Civil establecía en su artículo 407-Declaración de Pertenencia- las reglas de este proceso. En este, no se exigía la vinculación del acreedor hipotecario a la litis, toda vez que a este solo debían vincularse titulares de derechos reales principales del bien en disputa. Así las cosas y debido al principio de congruencia, las sentencias que decidían este pleito debían acoger únicamente las pretensiones del accionante, resultando imposible así que decidiera sobre el derecho real accesorio de la hipoteca, o que mucho menos la extinguiera, puesto que resultaría totalmente

contrario a derecho sancionar al acreedor hipotecario sin este haber tenido la oportunidad de defender su derecho en juicio.

De esta forma lo interpretó también la Corte Suprema de Justicia, la cual indicó en una de sus sentencias de casación civil lo siguiente:

Y es que, finalmente, si la declaración de pertenencia tiene un propósito purificador de la propiedad, a fin de que se adecue a la función social que le corresponde, dicho propósito debe enmarcarse dentro de lo que determine la propia ley, la cual, por lo visto, nada dice en pro de la cancelación de la hipoteca que en este proceso pretendió el demandante como una consecuencia de la declaratoria de dominio también pedida por él... (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995, pág, 18).

En este punto es bastante claro que el poseedor no respondía por la hipoteca que grava el bien, toda vez que incluso podía oponerse a la diligencia de secuestro dentro del proceso ejecutivo que iniciaba el acreedor hipotecario.

Esto cambió “drásticamente” con la vigencia de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso, el cual se encuentra vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 2016.

En el proceso de pertenencia, tiene que notificar e integrar a todos los interesados. Es posible que se presente la situación de que el inmueble del cual el demandante pretende hacerse dueño se encuentre hipotecado por parte del propietario a otro sujeto; al notar esto, el togado debe ordenar notificar a todos los acreedores cuyos créditos sean exigibles, para que los hagan valer, ya sea en proceso ejecutivo, según el artículo 375 del Código General del Proceso.

Con esta nueva normativa el legislador prevé, de alguna manera, esta situación y por eso en su artículo 375 numeral 5, ordena la citación del acreedor hipotecario dentro del proceso de pertenencia, pero, ¿con qué fin?

Esta norma es demasiado imprecisa y no deja claro qué alternativas tiene el acreedor hipotecario en cuanto le llega la citación para que acuda al proceso a defender sus intereses. Bien se podría pensar que simplemente se le cita al proceso para que “la sentencia lo cobije y la misma le surta efectos” (Santos, 2017); o que este puede intervenir directamente en el proceso y manifieste si está de acuerdo o no con las pretensiones y que no tendría sentido invocarlo si la sentencia no le surte efectos (Guzmán, 2019); también se podría pensar que se le cita únicamente para informarle que el bien hipotecado, el cual es su garantía, está siendo perseguido (Colmenares, 2017); o, ¿acaso se le cita para que dentro de ese proceso defienda su hipoteca, teniendo otro mecanismo judicial idóneo para hacerlo?

De allí la importancia de esta investigación, la cual busca mediante la aplicación de un método cualitativo, destrabar estos interrogantes y darle un sentido lógico a la norma. ¿Realmente la declaración de pertenencia tiene un efecto netamente purificador como siempre se ha pensado?, y, ¿Qué alternativas tiene el acreedor hipotecario ante esta declaración?

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Puede la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio en el proceso de pertenencia extinguir el gravamen real hipotecario?

OBJETIVO GENERAL

Establecer si el fallo que declara la pertenencia de un bien inmueble extingue la garantía real hipotecaria.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar en que calidad llega el acreedor hipotecario a un proceso de pertenencia donde se le cita de conformidad con lo establecido en el artículo 375 del Código General del Proceso.
2. Analizar las diversas causales de extinción de hipoteca.
3. Enunciar cuales son los medios de defensa que le ocupan al acreedor hipotecario y su oponibilidad a la sentencia declaratoria de pertenencia.

CAPÍTULO I

EL PROCESO DE PERTENENCIA

Para hablar del proceso declarativo de pertenencia es indispensable abordar el modo de adquirir el dominio denominado prescripción o usucapión, donde el legislador sanciona al propietario descuidado con su inmueble¹ y en consecuencia premia a quien ha poseído el bien por un tiempo específico señalado por la ley (CC, arts. 673 y 2518-1) y haya tenido además actos propios de señor y dueño con inmueble descuidado por su propietario.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, la prescripción es “adquirir un derecho real por el transcurso del tiempo bajo las condiciones previstas por la ley”, esto guarda relación con lo preceptuado por nuestro ordenamiento civil que indica que “la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”. (Código Civil, art, 2512).

Para tratar la prescripción debemos partir de la figura jurídica denominada posesión² ya que aquella se basa en esta, y siempre ira ligada al factor tiempo. Porque es inconcebible el fenómeno de prescripción sin el transcurso del tiempo, de ahí que la prescripción sirva de instrumento garantizador y catalizador, de las relaciones socio-juridicas. En suma, es la prescripción la que le brinda al poseedor seguridad, porque con el tiempo purifica relaciones con las que la cosa de alguna manera parecen enlodadas, a tal punto que el nuevo adquirente por prescripción presenta el estado jurídico más invulnerable, porque la prescripción acarrea una situación jurídica menos

¹ Recordemos que de conformidad con el artículo 2518 del código civil hay otros derechos reales que pueden ganarse por medio de la prescripción adquisitiva.

² Artículo 762 Código Civil define la posesión

discutible, decimos menos, porque existen otros modos de adquirir donde puede presentarse mucha más discusión, como en el caso de la tradición donde pueden atacarse vicios como la que es hecha por un sujeto incapaz o quien no era dueño, etc. Mientras que la prescripción es inexpugnable, incontrovertible, y arrasa con cualquier posibilidad de discusión, de ahí tenga un efecto que permita estabilizar las relaciones jurídicas y sociales.

La prescripción como modo de adquirir el dominio

Andrés Bello trata de manera conjunta la prescripción adquisitiva y la extintiva, estas tienen reglas comunes e implican intrínsecamente el transcurso del tiempo conforme a la ley, ahora, la prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio, puede clasificarse de la siguiente manera:

- **Es un modo originario:** Esto significa que el poseedor que logra adquirir por prescripción no deriva su derecho de nadie, es decir, el poseedor y nuevo dueño no tiene antecesores porque no existe sucesión jurídica o tradición del bien que adquiere.
- **Es un modo de adquirir por acto entre vivos:** En la prescripción no tiene importancia el fallecimiento de una persona, todo lo contrario, es la persona viva quien alcanza la prescripción a través del proceso de pertenencia.
- **Es un modo a título gratuito:** Porque el que adquirió por prescripción no tuvo que realizar ningún pago por esta, toda vez que lo único que se le pide que tenga la posesión material durante el tiempo legalmente exigido.
- **Es un modo declarativo:** Donde el poseedor va con pretensión declarativa en proceso de pertenencia para que el Juez avale esa situación por haber operado para el pretendiente la prescripción

- **Es un modo de adquirir a título singular:** La prescripción se dirige a bienes discriminados y singularizados, de hecho, es uno de los requisitos que exige la demanda de pertenencia, que haya precisión sobre el bien que se pretende usucapir, pero excepcionalmente se ha concebido la prescripción de algunas universalidades jurídicas, tal como ocurre con la prescripción del derecho de herencia, pero no es un tema que entraremos a desarrollar.

Pero... ¿cuál sería el papel del proceso de pertenencia? La de declaración de pertenencia viene siendo el instrumento que tiene el poseedor por haber cumplido el tiempo ³ suficiente para adquirir un inmueble por prescripción. Al respecto Gómez, 2017 Afirma. “El proceso de declaración de pertenencia es el sendero institucional a disposición del poseedor para alcanzar el reconocimiento judicial de la adquisición del dominio por usucapión” (p.220).

En suma, podríamos decir que la declaración de pertenencia es el género, es decir, la forma como el poseedor pone en funcionamiento el aparato judicial para que este le avale esta situación y hacer de la sentencia un título inoponible, y la prescripción es la especie, en tanto es el modo para que el poseedor pueda obtener el derecho que la ley otorga, este es sin duda una clara manera de explicar porque el derecho procesal instrumentaliza el derecho sustancial, es por ello que no es dable al juez declarar de oficio la prescripción sino que debe ser pretendida por quien desee valerse de ella, conforme a lo dicho por la Honorable Corte Constitucional: “Finalmente, dada su naturaleza y finalidad, la prescripción adquisitiva debe ser tramitada y solicitada por vía judicial, por quien considera haber ganado el dominio de un determinado bien de conformidad

³ El tiempo de prescripción extraordinaria de bienes inmuebles es de 10 años, conforme al artículo 2532 y de la prescripción ordinaria es de 5 años, con base al artículo 2529 del ordenamiento civil.

con la ley, para así obtener la declaración de pertenencia” (Corte Constitucional, sala de revisión, T-489, 2019).

Requisitos para adquirir el dominio por prescripción

La persona que desee acudir a un proceso de pertenencia para que el operador jurídico le declare propietario por la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida, tendrá que demostrar en el proceso, el tiempo de posesión y la detentación material del inmueble con ánimo de ser señor y dueño, conforme al artículo 762 del Código Civil:

“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”.

Es por ello que se encuentra descartada la posesión de quien detenta materialmente el bien y reconoce dominio ajeno, y la posesión alegada por el tenedor, salvo que haya operado la intervención de su título y se haya convertido en poseedor, caso en el cual tendrá que precisar cómo y en qué fecha ocurrió la interversión.

ESTRUCTURA SUBJETIVA DEL PROCESO DE PERTENENCIA.

Es menester recordar que el sujeto por activa de este proceso de conocimiento es quien actúe en calidad de poseedor o si este hubiere fallecido, sus herederos cuando la pidan para la sucesión, pero no sólo este está legitimado por activa para incoar la pretensión adquisitiva de dominio sino además el acreedor por su deudor, cuando este tiene la posibilidad de adquirir un bien por prescripción, pero es renuente a elevar su pretensión o simplemente renuncia a ella.

En este grupo de accionantes también se incluyen los comuneros, quienes únicamente podrán impetrar la pretensión vía prescripción extraordinaria aunado a que esta debe hacerse de forma individual, es decir, con exclusión de los otros condueños. Finalmente el Código General del Proceso y la ley 791 de 2002⁴ menciona a otras personas indeterminadas que tengan interés. Lo preceptuado por este artículo suena lógico, es bueno que el legislador prevea algunas situaciones que lo insten a optar por una alternativa para las personas que consideren tener algún derecho sobre un inmueble que viene siendo poseído, es el caso de un cónyuge, cuando demanda vía proceso de pertenencia para que se declare que el bien poseído por su consorte no es un bien propio, sino un bien social o cuando lo hace el propio dueño del inmueble para purgar algunos vicios de su título.

El extremo por pasiva será conformado por quien funge como titular del derecho real de dominio sobre el inmueble, siempre que figure en el certificado de libertad y tradición, o persona indeterminada que considere tener mejor derecho que el poseedor sobre el bien a usucapir, estos conformarán un litisconsorcio necesario, toda vez que dada la naturaleza del proceso debe resolverse de forma uniforme, con la imposibilidad de poder decidir de fondo sin la comparecencia de estos, y si lo hiciera, la sentencia estaría acaecida de nulidad, conforme al artículo 100, numeral 9° del Código General del Proceso⁵.

Bajo los postulados anteriores se tiene claro quiénes están llamados a integrar la relación jurídica sustancial del proceso declarativo de pertenencia, el dilema surge cuando el Código general del proceso en su artículo 375 numeral 5° menciona: “*Cuando el bien esté gravado con*

⁴ Artículo 2: “o cualquier otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella”

⁵ Artículo 100, numeral 9°: “No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”.

hipoteca o prenda deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario”. ¿Cómo deberíamos entender la palabra “Citar” ? De acuerdo con la RAE citar significa “Avisar a alguien señalándole día, hora y lugar para tratar de algún negocio” (Diccionario de la lengua española, 23.^a).

Pero para ahondar mejor el tema del sentir de la palabra citar y con ello aclarar un poco la intención del legislador será necesario ilustrar sobre las partes y terceros en el proceso civil de la siguiente manera:

Litisconsorcio necesario

El Código General del Proceso lo regula en su artículo 61 en los siguientes términos:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”. (Ley 1564, 2012, art 61)

A su vez La Honorable Corte Suprema de Justicia ha sostenido frente al litisconsorte necesario que:

“Desde luego, la razón de ser de esta figura se halla ligada al concepto del debido proceso como derecho fundamental de las personas que les otorga la garantía de no ser vinculadas o afectadas por una decisión judicial, sin haber tenido la oportunidad de exponer su

posición en un proceso adelantado de acuerdo con los ritos preestablecidos (C.N art 29) y es que el litisconsorcio necesario se explica porque es imperativo para la justicia decidir uniformemente para todos los que deben ser litisconsortes”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 6855, 2015).

Podemos deducir entonces, que esta figura se presenta cuando en un proceso todas las personas que sean llamadas deban acudir, porque la sentencia se hace uniforme para todos y la no participación de todos aquellos de la relación jurídica sustancial, implica que el juez no pueda dar una decisión de fondo.

Litisconsorcio facultativo.

Este litisconsorcio es también llamado voluntario, donde existen relaciones jurídicas sustanciales independientes de los demás sujetos, pero por ser un común denominador, conexidad entre dos o más elementos de la pretensión, deciden demandar conjuntamente y el juez resuelve cada relación jurídico sustancial de manera individual, o sea que la sentencia no va a ser uniforme para todos los que integren este extremo, el Doctor Miguel Enrique Rojas Gómez afirma:

Cuando la multitud de sujetos en la posición de demandantes o demandados obedece a la pluralidad de relaciones jurídicas sustanciales que se examinan conjuntamente en un único proceso pudiendo ser discutidas en procesos separados, se dice que hay litisconsorcio voluntario, dado que la situación es provocada por voluntad de alguna de las partes. La pluralidad de relaciones materiales es indispensable para que pueda hablarse de litisconsorcio facultativo. (Gómez, 2020, pág. 69)

Litisconsorcio cuasinecesario

Para la presencia de esta se requiere de una norma que expresamente lo autorice, es un poco extraña porque aquellos que hayan participado de la relación jurídica sustancial, no necesariamente se requiere que todos ellos acudan al proceso, es decir, no es indispensable la presencia de todos los sujetos de la relación para que tenga efectos sobre ellos mismos, al respecto Doctor Jairo Parra, indica que: “Participa del litisconsorcio necesario por la individualidad de la relación jurídica material; y del facultativo, por la opción de los litisconsortes de actuar como parte...”. (Parra, 2021, pág. 43)

Se trata de un litisconrcio intermedio. Este litisconsorcio es una mezcla entre un litisconsorcio necesario y un litisconsorcio facultativo, se parece al primero en cuanto que el fallo afecta a todos los litisconsortes, pero se diferencia de este porque la presencia del litisconsorte cuasinecesario no condiciona la validez de la sentencia, y se asemeja al litisconsorcio facultativo, en que la comparecencia del litisconsorte al proceso no es indispensable.

Intervención excluyente

Esta figura plantea una alteración importante en la estructura subjetiva del proceso toda vez que se tiene una nueva demanda contra demandado y demandante, lo que incluye nuevas pretensiones y exclusión de las partes primogénitas, donde el tercero que pretende en todo o en parte el derecho en disputa pasa a ostentar la calidad de demandante sin ser considerado desde la demanda inicial como tal, frente a esta intervención La Corte Suprema de Justicia sostuvo que:

“Este tipo de intervención, también conocida doctrinariamente como intervención principal, consiste en hacer valer frente a dos partes contendientes en el proceso un derecho propio del

interviniente e incompatible con la pretensión deducida en el proceso”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC-218222017).

Es válido, además, precisar que esta figura opera únicamente en procesos de tinte declarativo, en los cuales solo podrá intervenir quien ostente en todo o en parte el derecho discutido.

Tercero Coadyuvante

El Código General del Proceso lo define en su artículo 71 como:

“Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia” (Ley 1564, 2012, art 71).

Esto en suma significa que la coadyuvancia opera cuando la sentencia en un proceso declarativo puede afectar de rebote otras relaciones jurídicas, por eso el legislador consciente de esto, le permite a un tercero (ajeno a la relación sustancial que da pie a la demanda inicial) poder apoyar la parte donde sus intereses (por otra relación jurídica sustancial) se puedan ver afectados con la decisión final del primer proceso.

Llamamiento de oficio

El artículo 72 del estatuto procesal define este en el capítulo III dirigido a los terceros del proceso, donde indica:

“En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión, fraude o cualquier otra situación similar en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos.” (Ley 1564, 2012, art 72).

En síntesis, este llamamiento tiene como propósito evitar que las partes hallen en el proceso judicial una herramienta eficaz con la que puedan burlar derechos de terceros dando apariencia de legitimidad a actuaciones antijurídicas y retrecheras, por eso nuestro ordenamiento jurídico delegó al operador jurídico algunas facultades⁶, entre ellas se encuentra la de oficiosamente citar a las personas posiblemente puedan resultar perjudicadas en el contubernio de los sujetos procesales, para que, una vez se enteren de lo acontecido en el juicio, realicen actuaciones tendientes a fin de protegerse de los eventuales efectos lesivos de la conducta fraudulenta.

Ahora, cuando hablamos de la mencionada norma en su artículo 375 numeral 5°, que dice:

“Cuando el bien esté gravado con hipoteca o prenda deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario” (Ley 1564, 2012, art 375.5), buscamos el sentir de la palabra “citar” en la misma, donde no se avizora en calidad de que llegaría el acreedor hipotecario, y nos preguntamos una vez analizadas las partes y terceros en el proceso: ¿El acreedor hipotecario puede llegar en calidad de litisconsorte necesario cuando sea citado?, la respuesta categórica sería no, porque no está legitimado para ello y si así fuere, el legislador no lo previó en el mismo artículo, es decir, el acreedor hipotecario no es necesario para integrar la relación jurídica procesal ni por activa ni por pasiva. ¿Quizá como litisconsorcio cuasi necesario?, encontramos que tampoco, porque para que esta figura opere debe existir una norma que lo permita y que

⁶ El Juez tiene ambiguas facultades entre ellas decretar oficiosamente la practica de pruebas, ejercer el control sobre actos dispositivos como transacción y el desistimiento.

quien sea llamado a conformarlo haga parte de la relación jurídico sustancial, donde en efecto los acreedores hipotecarios no lo son, pues no tienen poder dispositivo del derecho.

¿Será entonces que conforman un litisconsorcio facultativo? La respuesta es también negativa, porque como se dijo anteriormente, los acreedores hipotecarios no tienen poder dispositivo por lo que no podrían conformar un extremo por pasiva ni por activa. Nos queda la posibilidad de pensar en la intervención excluyente, donde pueda el acreedor hipotecario incoar demanda en contra del poseedor y del propietario del bien, pero esta teoría resulta poco plausible y bastante corta, porque como es bien sabido la relación que tiene el deudor con el propietario es una relación jurídico sustancial totalmente adversa a la del poseedor y el propietario, incluso en cuanto a las pretensiones, pues el acreedor hipotecario tiene pretensión ejecutiva en contra de su deudor, y esto se opone en su totalidad a la pretensión declarativa que se ventila en el proceso de pertenencia. Aunado, claro está, que en este tipo de procesos declarativos se debe demandar a personas indeterminadas, por lo que no operaría la figura del interviniente excluyente, toda vez que llegaría al proceso en calidad de persona indeterminada opacando por ende la posición excluyente.

¿Quizá existe la posibilidad de que el acreedor hipotecario se cite para que participe en el proceso bajo la figura del llamamiento de oficio?, esto suena inapropiado, porque como lo vimos en párrafos anteriores esta aplica solo si el juez advierte fraude o situaciones similares, y esto no se presenta para los acreedores en los procesos de pertenencia, porque recordemos que el acreedor hipotecario no tiene el poder dispositivo y si el juez colige fraude y ordena citarlo el

mismo no tendrá pretensión alguna que ejercer, porque este no ostenta ninguna posición en los extremos, lo que deja sin utilidad esta figura frente a los acreedores.

De la explicación anterior se deriva que la coadyuvancia sería la única vía procesal posible para el acreedor hipotecario en su intención de aniquilar la pretensión del poseedor, pero esta lastimosamente tampoco sería viable bajo el entendido de la norma procesal en su artículo 375, numeral 5°, porque la comisión redactora de este estatuto da una orden al accionante de citar y al juez de hacer un control de legalidad de esta citación para evitar vicios en el proceso, aquí es necesario recordar que para que la figura de la coadyuvancia opere es menester que el que pretende coadyuvar acuda al proceso por su propia y exclusiva iniciativa, y ninguna de las partes, ni siquiera la que pretende ayudar se lo puede impedir, porque ya demostró su interés legítimo⁷, es decir, nada nos dice sobre la decisión del juez de llamar de oficio a alguien para que coadyuve, ya que su esencia es que sea por iniciativa del tercero, por lo que resulta insuficiente que el verbo citar mencionado en la norma, sea dirigida a que el demandado lo solicite o el juez lo haga de oficio. Distinto pasa cuando se está bajo la teoría del deudor con garantía hipotecaria que ostenta a su vez la calidad de prescribiente, pues en esta hipótesis se comparte lo planteado por el doctor (Parra, 2021) que afirma: “Si quien demanda es el prescribiente y concurre el acreedor, se debe tener como coadyuvante” (p.529).

Una vez realizado este minucioso análisis, se puede aseverar que la intención del legislador en cuanto a la citación del acreedor hipotecario al proceso de pertenencia no es otra si no la de alertar e informar que hay una disputa donde los efectos reflejos de una sentencia lo pueden afectar,

⁷ Rojas Gómez en su libro Lecciones de Derecho Procesal Tomo 2, plantea que: “De lo dicho se desprende que la coadyuvancia sólo puede tener lugar a iniciativa del propio tercero interesado en ingresar al proceso, no puede el juez ordenar oficiosamente la citación de un eventual coadyuvante; tampoco es aceptable que una de las partes lo solicite”.

para que este en su libre entendimiento realice todas las acciones pertinentes para salvaguardar su garantía, valga aclarar que el acreedor hipotecario no ingresa al proceso en calidad de demandado, pues a él no se le da traslado debido de la demanda y este tampoco tiene la posibilidad de ejercer las actuaciones que tiene el extremo por pasiva, pero la norma ordena citarlo y si no se cumple con esta carga sin duda alguna habría un vicio en el proceso y no es que esté viciado porque el acreedor hipotecario ingrese como parte sino que se vicia en tanto no le citaron conforme a la ley.

CAPÍTULO II

LA GARANTÍA REAL HIPOTECARÍA

El derecho real

El artículo 665 del Código Civil establece:

“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbre, el de prenda, y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales” (Ley 84, 1973, art 665)

En la antigua Roma los Jurisconsultos no se ocuparon por definir qué era el derecho real, sino que se preocuparon por establecer diferencias con el derecho personal, entre ellas establecieron las siguientes⁸:

1. En cuanto a las partes de la relación jurídica, señala que los sujetos de los derechos personales son deudor y acreedor, mientras que los sujetos de los derechos reales se denominarán según el derecho que ejerza, por ejemplo, por pasiva, en el caso de la hipoteca será hipotecante y por activa hipotecario.
2. En relación con el origen, se instituye que los derechos personales se originan en las fuentes de las obligaciones⁹, y los derechos reales nacen de los modos de adquirir, como es el caso de la prescripción o usucapión.

⁸ Biblioteca jurídica Dike, INSTITUTA e Historia del Derecho Romano.

⁹ El artículo 1494 trae consigo las fuentes de las obligaciones, estas son: El contrato, el cuasicontrato, la ley, el delito, el cuasidelito, y el enriquecimiento sin causa.

3. En cuanto a los efectos tenemos que los derechos personales son relativos porque se hacen valer por el acreedor a su deudor, mientras que el derecho real produce efectos erga omnes, donde se hará valer contra todos y estos tienen la obligación de respetarlo.

Ahora es importante diferenciar que los derechos reales se dividen en principales y accesorios, veamos:

Son principales aquellos que suponen una total autonomía porque subsisten por sí mismos, como el derecho de dominio, la servidumbre y el usufructo. Mientras que los accesorios son aquellos que se sujetan a otro derecho para subsistir, tal como pasa con la prenda y la hipoteca.

La hipoteca

Es un contrato unilateral, porque solo el deudor hipotecario se obliga a realizar el pago, mientras que el acreedor hipotecario es un simple expectante de que en efecto se cumpla el pago, es accesorio porque este no puede subsistir por sí mismo, por ser una garantía y por esencia es oneroso por su ánimo de lucro, porque su naturaleza implica que las partes propendan obtener un provecho patrimonial como es el caso de la hipoteca constituida como respaldo del mutuo, la compraventa, entre otros.

La hipoteca constituye una garantía real sobre un inmueble, porque grava el bien en vez de al deudor. Nuestra legislación civil colombiana establece en su artículo 2432 que “la hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor” (Ley 84, 1973, art 2432)

A su vez nuestra honorable Corte Constitucional ha manifestado que:

“La hipoteca no es otra cosa que una seguridad real e indivisible, que consiste en la afectación de un bien al pago de una obligación, sin que haya desposesión actual del constituyente, y que le permite al acreedor hipotecario, vencido el plazo, embargar y hacer rematar ese bien, sea quien fuere la persona que estuviere en posesión de él...” (Corte Constitucional, Sala de Revisión, C-664, 200).

Obsérvese que en la definición que trae nuestro ordenamiento y lo referenciado por la alta Corte, se tiene la hipoteca como una garantía real, que permite ejercer acciones reales, es decir, no importa quién ostente la posesión dominio¹⁰ de la cosa, pues la hipoteca está constituida en favor del acreedor para reforzar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

De ahí que el contrato de hipoteca sea solemne y no real, que implica que no se perfecciona solo con la entrega, sino que requiere de escritura pública y publicidad, que si bien no traslada al acreedor hipotecario el derecho de dominio si le otorga el derecho de preferencia y persecución sobre él.

Como lo vimos en el primer capítulo dirigido a los sujetos procesales, el acreedor frente a las partes que trae consigo el Código General del Proceso queda imposibilitado para integrar extremo alguno, por lo que se va a instar en esta investigación en buscar que otro mecanismo tiene

¹⁰ El artículo 669 del Código Civil define el dominio como: “El derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o corra derecho ajeno”.

el acreedor hipotecario para hacer valer su garantía, bien en el proceso de pertenencia o por una acción externa al mismo.

Proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real

El acreedor hipotecario tendría como principal alternativa el proceso ejecutivo hipotecario (Hoy efectividad de la garantía real), ya que la finalidad de citarlo en el proceso de pertenencia es instarlo a que inicie los tramites judiciales pertinentes para no poner en riesgo su garantía real, para esto el Código General del proceso en su artículo 468 indica las disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real donde invita al acreedor a que persiga el pago de la obligación adeudado en dinero, exclusivamente con el producto del bien gravado, norma que señala además a quien demandar y que anexos debe contener la demanda.

Tenemos también que la demanda ejecutiva para la efectividad de la garantía real será dirigida contra el titular del derecho de dominio del bien gravado, sin importar si el propietario cambió, pues en este caso el Juez de oficio deberá tener como sustituto al nuevo propietario. Así lo ha dicho la Corte Constitucional:

“El proceso ejecutivo con título prendario o hipotecario tiene como propósito básico la venta de los bienes objeto del gravamen a fin de cancelar con su producto las obligaciones en dinero, de ahí que comúnmente se le conozca como juicio de venta. Es así como dentro de este proceso únicamente se pueden perseguir los bienes dados en prenda o hipoteca y no es posible perseguir otros bienes del deudor diferentes al gravado, pues en dicho evento se estaría en ejercicio de la acción mixta” (Corte Constitucional, sala revisión, C- 918, 2001).

Esta es la mejor alternativa que tiene el acreedor hipotecario para ejercer su derecho, toda vez que previo embargo, secuestro, avalúo y remate del bien hipotecado podrá buscar la cancelación de la obligación que el deudor tenía vigente, o buscar la adjudicación del bien. Pero este proceso ejecutivo lo adelantaría por fuera del escenario del proceso de pertenencia porque recordemos que el acreedor hipotecario en tanto a las actuaciones de parte en dicho proceso de conocimiento es un simple espectador.

Derecho de persecución o ius persecuendi

El acreedor hipotecario, al momento de ser citado al proceso de pertenencia podría oponerse a la cancelación de su garantía, fundando esta petición en el “ius persecuendi” o derecho de persecución, que le otorga de manera expresa la ley.

El artículo 2452 del Código Civil señala lo siguiente: “...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...”.

Este derecho otorgado al acreedor hipotecario le permite entonces perseguir y embargar el inmueble que garantiza el pago de su deuda, inclusive si este se encuentra en manos de un nuevo propietario, es decir, un tercero adquirente.

Señalan algunas fuentes¹¹, que el “ius persecuendi” o derecho de persecución opera únicamente cuando el dominio se trasmite mediante un modo de adquirir derivativo. Manifiesta esta postura que, al ser la prescripción adquisitiva un modo de adquirir originario no es válido al acreedor hipotecario alegar que goza del derecho de persecución en la instancia que se discute el

¹¹ Rojas Gómez en su libro Lecciones de Derecho Procesal Tomo 2,

proceso de pertenencia. Bajo el entendido de esta tesis, el usucapiente que adquiere el dominio por virtud de la ley “ipso iure” y no por la voluntad o traspaso del titular de dominio anterior.

Existen otras ¹²posturas que manifiestan que la prescripción adquisitiva del dominio es un modo de adquirir derivativo, y que dada esta característica, el acreedor podrá perseguir el inmueble dado en garantía, pues bajo esta teoría, el tercero adquiere el bien con total conocimiento del gravamen que ostenta y por lo tanto, lo debe asumir.

1. Posesión material del bien
2. Que la sentencia no produzca efectos en cuanto al opositor
3. Prueba sumaria de los hechos que sustentan la posesión

Nulidad por indebida citación al acreedor hipotecario

Las nulidades se definen como aquellas irregularidades presentadas en el desarrollo de un proceso, que revisten gravedad, por ello el legislador les ha asignado una consecuencia sancionatoria, la cual consiste en anular las actuaciones desarrolladas en el plenario viciadas por este fenómeno.

Con su declaración se busca, entre otras cosas, asegurar la completa validez de la actuación procesal y proteger el derecho a la defensa¹³, contradicción y velar por el cumplimiento del debido proceso de los sujetos que en el escenario judicial intervienen. Este mecanismo de defensa permitirá por lo menos al acreedor retroceder o entorpecer la pretensión del poseedor.

La Corte Constitucional define el derecho a la defensa de la siguiente manera:

¹² Marco Antonio, Ensayos sobre el Código General del Proceso, editorial Temis. Volumen I

¹³ La defensa va ligada al debido proceso, instituido en el artículo 29 de nuestra carta magna.

“Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado” (Corte Constitucional, sala revisión, C-025, 2009).

A su vez el artículo 133 del Código General del Proceso establece de manera taxativa las causales de nulidad, y en su numeral 8 señala:

“...8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado...”. (Ley 1564, 2012, art 133)

Por lo anterior es importante establecer entonces si la no citación del acreedor hipotecario al proceso de pertenencia da lugar a la configuración de la causal de nulidad consagrada en el numeral octavo del artículo 133 del Código General del Proceso.

Acerca de este particular se refirió el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, en un proceso bajo radicado número 02-2017-00291-01, donde dictaminó:

“...En ese sentido, es evidente para este despacho de segundo grado que en la presente acción de usucapión se desconoció no solo el mandato impuesto en la norma en cita al omitir vincular al acreedor hipotecario, sino también, el derecho fundamental del debido proceso que integra el ejercicio de defensa y contracción en cabeza de aquella persona, dado que se infiere sin ningún esfuerzo, que de salir avante la pretensión de la demanda, pueden resultar afectados los intereses no solo del actual propietario, sino también los del acreedor hipotecario a quien le asiste igualmente el derecho a ejecutar judicialmente el bien..”.

Dada esta postura y para evitar la vulneración de derechos fundamentales, es dable indicar que cuando en proceso de pertenencia el bien este gravado con hipoteca, se debe, de manera forzosa, citar al acreedor hipotecario al mismo; y aunque este no figure propiamente como demandado en el proceso, a raíz de este llamado podrá desplegar otros mecanismos de defensa por fuera de este escenario, en aras de proteger la garantía hipotecaria.

Es claro que este llamado no se da a fin de completar la relación jurídica sustancial ni integrar la Litis que ya venía encaminada, como se ha avizorado, sino que pone en sobre aviso al acreedor de que el bien hipotecado está siendo objeto de controversia.

Como última medida y si el Juez considera improcedente la solicitud de nulidad impetrada por el acreedor hipotecario y el proceso continúa su curso, este podría instaurar una acción de tutela en

contra de providencia judicial, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para la misma, a saber:

“La jurisprudencia constitucional ha indicado que al estudiar la procedencia de la tutela contra providencias, han de cumplirse en primer lugar unos requisitos formales que no son más que los requisitos generales de procedibilidad de la acción, adecuados a la especificidad de las providencias judiciales: i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneradora de los derechos fundamentales; v) que el actor identifique en forma razonable los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; vi) que el fallo impugnado no sea de tutela.”. (Sentencia T-822 del 2013).

Mediante esta acción, el acreedor podrá solicitar la nulidad de la sentencia proferida en el proceso de pertenencia, alegando la vulneración a sus derechos fundamentales de defensa, contradicción y debido proceso, pero insisto, el acreedor hipotecario no va a ejercer estas acciones para aniquilar la pretensión declarativa de pertenencia sino para entorpecer el proceso o para iniciar otros procesos que le permitan valerse de su garantía.

CAPITULO III

LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Una vez la hipoteca se encuentra debidamente constituida resulta necesario plantear cuales serían las causales para extinguir válidamente la hipoteca, y encontramos que el Código Civil trae consigo unas causales taxativas (CC, 1668, 1708, 2431, 2452, 2457) entre ellas:

1. Cuando se extingue la obligación principal.
2. Por resolución de derecho del que la constituyó.
3. Por el evento de la condición resolutoria.
4. Por la llegada del día hasta el cuál fue constituía.
5. Por cancelación que realice el acreedor hipotecario a través de escritura pública.

Estas causales si bien son las que menciona nuestro ordenamiento, las mismas no son absolutas como pareciera, pues jurisprudencial y doctrinariamente se han establecido otras causales de extinción, que vale la pena mencionar, la Honorable Corte Suprema de Justicia preceptuó que:

“III. 2.- Sin embargo, con todo y lo que dice el artículo 2457, acabado de analizar, no son las anteriores las únicas causas de extinción de la hipoteca, en vista de que, como la doctrina lo ha indicado, también la hipoteca puede terminarse en otros casos, Ciertamente:

“a) Si el adquirente de la finca hipotecada se ve compelido a efectuar el pago de la obligación, por razón del derecho de persecución que la hipoteca le confiere al

acreedor, según el inciso 1o del artículo 2452, la hipoteca, no obstante, desaparece. En tal evento, la subrogación, como no podía ser de otra manera, prodúcese en los mismos términos que la que es propia del fiador (arts. 2452, 2453, 2454 y 1668-1°).

“b) Si la adquisición de la finca hipotecada se produjo "en pública subasta ordenada por el juez", esta circunstancia purga la hipoteca, conforme se desprende del inciso 2° del mencionado artículo 2452.

“c) Similar al caso anterior es el de la expropiación por motivos de utilidad pública, del bien hipotecado. Aun cuando a términos del artículo 458 del C. de p. c., el precio de la indemnización queda a órdenes de los acreedores para que sobre él hagan valer sus derechos, ello obedece Justamente a que el bien expropiado queda libre del gravamen.

... “111.3.- Un sector de la doctrina incluye como causal de extinción de la hipoteca la cancelación notarial por orden judicial. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC-4212, 1995).

Algunos doctrinantes a su vez han desarrollado otras causales¹⁴ para extinguir la hipoteca, como excepción a la taxatividad que plantea el ordenamiento civil, entre ellas:

- Por la venta de la cosa hecha por el acreedor hipotecario, donde se extingue la hipoteca y las posteriores, si las hubiera, (pero no las anteriores).
- Por confusión, es decir, por la adquisición de la propiedad de la cosa hipotecada por el acreedor.

¹⁴ Autores como Raquel Ptero de Katime, Cesar Alexander Aguilar Avendaño, Guillermo Linero Montes, Jorge Parra Benítez y Miguel Enrique Rojas.

- Por la pérdida de la cosa hipotecada
- Por la prescripción extintiva de cuarenta años que viene siendo la más larga duración de la acción hipotecaria.
- Por la *Praescriptio longi temporis*, donde afirma (Montes, 2013) “Cuando el bien hipotecado estaba en manos de un tercer adquirente de buena fe y con justo título con relación al acreedor hipotecario, podía oponérsele esta *praescriptio* a su acción hipotecaria”.

Esto quiere decir entonces que si bien la ley hace alusión a algunas causales de la extinción de la hipoteca, no descarta que haya otras, como que no contiene una relación taxativa de dichas causales (*numerus clausus*) sino que simplemente estas son enunciativas (*numerus apertus*).

La hipoteca y efectos de la sentencia del proceso de pertenencia

El estatuto procesal frente al proceso de pertenencia en su artículo 375 numeral 5 y 10, parece avizorar una nueva causal de extinción de la hipoteca, en tanto trae a los acreedores como sujetos expectantes del proceso con la fina intención de como lo vimos en párrafos pasados, proteger y avisarle que en este proceso de conocimiento hay una posibilidad de que pierda su garantía real si en el mismo prosperan las pretensiones demandatorias, es que si no, no habría otra razón para citarlo, si el legislador no pretende hacer un saneamiento del inmueble bajo el cual va a declarar la prescripción, ¿Para qué la orden de citar a los acreedores de garantías reales? Frente a esta pregunta existen varias teorías, todas ellas a fin de dar una interpretación adecuada a la norma, pero esto no se puede tomar a la ligera porque estudiosos del derecho como Jorge Alexander Barrios Medina y Marco Antonio Álvarez han manifestado en varias ocasiones que pensar que el artículo 375 del estatuto procesal trae

consigo una nueva causal de extinción de la hipoteca, ordenaría no solo una modificación al Código Civil, sino también, dice, una vulneración directa al precepto constitucional que indica que las normas sustanciales se encuentran por encima de la norma procesal.

“Artículo 228: La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. (Constitución Política, artículo 228)

Aunado a lo anterior también sostiene (Álvarez, 2015) advierte:

“Más, como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, podemos señalar, sin asomo de duda, que la respuesta es negativa, y que esa convocatoria es absolutamente inocua desde el punto de vista del derecho material, porque una reforma como la propuesta – que la sola declaración de pertenencia extingue los gravámenes en cuestión-, pugna con el régimen jurídico colombiano en materia de bienes, por lo que esa variación, si quiera hacerla el legislador, tendría que tener mayor calado para no generar contradicciones insalvables”

Si lo miramos desde el punto de vista planteado por el autor antes citado, el juez no podría de oficio declarar la extinción de la hipoteca, porque estaría vulnerando preceptos constitucionales y podría con esto crear un yerro en su sentencia, que le permitiría luego al acreedor hipotecario en ultima instancia incoar una pretensión de tutela contra la misma.

A esto se le suma que si el juez de oficio extingue la hipoteca sin ser pretendida por el petente, podría estar faltando al principio constitucional y legal de congruencia, que indica que la

sentencia debe guardar absoluta coherencia con lo pedido por las partes, es así como la Honorable Corte lo ha tratado:

“El juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos; pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita). Pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento; El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello” Corte Constitucional, Sala de revisión, T-455, 2016)

Ahora, se debe recordar que la pretensión que se lleva a través de un proceso de pertenencia es también un derecho sustancial, que es la prescripción, que busca con el proceso que se ratifique o se declare la situación de poseedor que el tiempo y sus actos sobre el bien le han otorgado, por lo que sería lógico pensar que no es que la sentencia que deriva del proceso de pertenencia al extinguir la hipoteca se sobreponga al derecho sustancial (la hipoteca), sino que el proceso de pertenencia también se instrumentaliza el derecho sustancial para adquirir el dominio por prescripción, en suma, no sería derecho procesal vs derecho sustancial, sino derecho sustancial vs derecho sustancial, dejando con ello la posibilidad al operador jurídico de que bajo el mismo precepto constitucional¹⁵ efectuó la prescripción al ser un derecho sustancial que es por

¹⁵ Artículo 228 de la Constitución Política

esencia un modo de adquirir originario dado que nada es inmune al paso del tiempo, como así precisa el Código Civil en su artículo 2538 “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”.

Respecto a esto el Doctor (Gómez, 2021) afirma que:

“En definitiva, descartar la declaración de pertenencia como causal de extinción de la hipoteca constituida por el propietario anterior cuyo derecho perece como consecuencia inmediata de aquella, es inocultablemente desacertado. Si gracias a la declaración de pertenencia el derecho que residía en cabeza del constituyente se esfuma para dar paso al que surge en virtud de la usucapición, no puede haber razón para pensar que la hipoteca si se transmite al nuevo propietario para estropearle su derecho”.

Razón tiene que en esta medida se entre a analizar algo poco estudiado, esto en tanto al momento en que nace la hipoteca y el momento en que el poseedor inicie su posesión, se hace importante analizarlo por los efectos de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio en el proceso de pertenencia trae los cuales pueden ser retroactivos, es decir, el usucapiente se tiene como dueño desde el momento que comenzó los actos de poseedor sobre la cosa y no tan solo desde el momento que el juez lo declara propietario. Bajo esta lógica, no es plausible que el prescribiente pretenda que se extinga una hipoteca que recaía sobre un bien desde antes que este comenzara dicha posesión, puesto que, el poseedor debía conocer la existencia del gravamen, ya que, este es un contrato cuyo perfeccionamiento es solemne, donde es necesario realizar escritura pública para dotar de existencia ese negocio jurídico.

En ese sentido, si la hipoteca es anterior a la posesión, el poseedor juicioso que realiza actos de señor y dueño sobre un bien que considera suyo debe estar enterado que sobre la cosa ya recaía ese gravamen y por lo tanto decidió que sin importar esa condición continuaría hacia el

camino de la usucapión. Distinto es el caso donde hay un poseedor que llega a un bien que no tiene hipotecas constituidas y por lo tanto comienza con la ruta hacia la prescripción convencido que es dueño de una cosa que sobre ella no recae gravámenes de esta índole y mientras está en posesión, el titular del dominio constituye la mencionada garantía real, de manera sorpresiva para el poseedor.

Los efectos erga omnes de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio.

El Código General del Proceso preceptúa en el artículo 375 que se ha venido desarrollando, en su numeral 10° que: “La sentencia que declara la pertenencia producirá efectos erga omnes, y se inscribirá en el registro respectivo. Una vez inscrita nadie podrá demandar sobre la propiedad o posesión del bien por causa anterior a la sentencia...” (Ley 1564, 2012, art 375,10).

Esto significa que la sentencia que dictamine la prescripción en un proceso de pertenencia trae consigo el efecto de cosa juzgada, porque trae una obligación negativa al ser esta una prohibición para los ciudadanos de incoar demandar similar por el inmueble con posterioridad.

Frente a si los efectos erga omnes de la sentencia del proceso de pertenencia es oponible a la hipoteca un amplio sector de la doctrina¹⁶ ha manifestado que el gravamen constituido por el titular del dominio sobrevive a la ulterior declaración judicial de pertenencia a favor de otro, por ser esta una garantía real, pero está no está del todo plausible en el artículo 375, 10, porque si en efecto el legislador quisiera que los efectos erga omnes no cubrieran el crédito hipotecario debió haberlo excepcionado del mismo modo como si lo hizo con el INCODER, porque recordemos

¹⁶ El Doctor Lopez Blanco en su libro “Instituciones del derecho procesal civil colombiano, Canosa torrado en teoría y práctica del proceso de pertenencia y Alvarez Gómez en su texto “Ensayos sobre el código general del proceso”

que conforme al Código General del Proceso, en ningún caso, “las sentencias de declaración de pertenencia serán oponibles al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) respecto de los procesos de su competencia.” ((Ley 1564, 2012, art 375).

Por lo que, si el legislador pretendía salvaguardar la garantía del acreedor hipotecario, de entrada, le reconocería en el mismo texto.

CONCLUSIONES

La primera conclusión se encuentra ligada al modo en que deviene la prescripción, donde se evidencia que esta forma de adquirir el dominio es de carácter originario y que esto le permite al poseedor una vez cumpla con los requisitos exigido por la ley podrá recibir el inmueble sin importar sus antecedentes, pues con esta se crea una nueva historia para inmueble que ha adquirido.

Aunado a esto se evidencia que en efecto el artículo 375 del Código General del Proceso trae consigo una laguna legal en tanto a la defensa que pueda iniciar el acreedor hipotecario una vez sea citado al proceso de pertenencia, que se prevé que en un futuro el ordenamiento civil de cara a esto tendrá que replantear, bien de manera legislativa o bien de manera jurisprudencial, porque si nuestro ordenamiento jurídico no indica cuales son los mecanismos que tiene el acreedor para hacer valer su garantía en este tipo de procesos, podrían presentarse innumerables interpretaciones que en tiempos venideros implicará una congestión del aparato judicial en segundas instancias.

Ahora en tanto a la garantía de los acreedores hipotecarios en los procesos de pertenencia se llega a la conclusión de que la sentencia que declare la prescripción adquisitiva del dominio puede por diversas razones extinguir condicionalmente la hipoteca, es decir, bajo la lógica de estos servidores la hipoteca si y sólo sí, podrá extinguirse si cumple con tres requisitos sine qua non, el primero sería que el poseedor que pretende la pertenencia cumpla con los requisitos de tiempo y actos de señorío que estipula la ley, como se vio en el capítulo primero, no tendrá relevancia si lo que persigue es la prescripción ordinaria o extraordinaria, porque en ambos el

fenómeno tiende a lo mismo, el segundo será que el poseedor haya iniciado su posesión con anterioridad a la hipoteca, por los derechos que le ocupan al poseedor una vez inicia su posesión, la legislación Colombia guarda bastante respeto por esta figura, tan es así que existe la acción posesoria por lo que se sobre entiende que el poseedor antes de ser propietario por la sentencia del proceso de pertenencia, ya trae unos derechos para hacer valer la posesión que llevase, por lo que no es correcto afirmar que sólo desde la sentencia se le reconocen derechos al poseedor.

El último requisito que deberá el poseedor juicioso cumplir para que el juez le conceda la hipoteca que tuviese el bien que se encuentra poseyendo, es sin duda alguna que la pretenda de forma textual en el libelo demandatorio, porque el juez no le es dable declararla de oficio, por aquello del principio de congruencia que se trató en el capítulo segundo

En tanto al acreedor se concluye que es bastante acertado aquello de que nada se le opone al paso del tiempo, pues aquella figura prevista desde el derecho romano denominada prescripción, termina no sólo siendo un castigo para el propietario descuidado sino también para el acreedor negligente con su garantía, que si bien en la realidad no es necesario que el acreedor al momento de establecer la hipoteca observe si es o no el propietario quien ostenta el bien, si implica un mínimo de cuidado, y estudio a la situación jurídica y material del inmueble que va a recibir en garantía.

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas

Gómez, M. (2017) Lecciones de derecho procesal Tomo 1, editorial Escuela de Actualización Jurídica – Esaju.

Gómez (2017), Miguel Enrique, Lecciones de derecho procesal Tomo 2, editorial Escuela de Actualización Jurídica – esaju,

Álvarez Gómez (2018), Marco Antonio, Ensayos sobre el Código General del Proceso, editorial Temis. Volumen I, segunda edición, Bogotá.

ALESSANDRI, Arturo & SOMARRIVA (1987), Manual. Derecho Civil: los bienes y los derechos reales. Imprenta Universal.

GÓMEZ, (1960) José J. Derecho Civil: Bienes. Universidad Externado de Colombia.

HINESTROSA, (2005) Fernando. Apuntes de Derecho Romano: Bienes. Universidad Externado de Colombia.

CANOSA TORRADO (2009) Fernando, teoría y práctica del proceso de pertenencia, sexta edición, Bogotá D.C.

Colombia, Congreso de la República, (2012). Ley 1564 de 2012: Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones

Colombia, Congreso de la República, (2012). *Ley 1564 de 2012 art 375*

Colombia, Congreso de la República, (2012). *Ley 1564 de 2012 art 281*

Colombia, Congreso de la República, (1887). *Ley 57 de 1887: “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”*

Colombia, Congreso de la República, (1887). Ley 57 de 1887 art 2432

Colombia, Congreso de la República, (1887). Ley 57 de 1887 art 2452

Colombia, Congreso de la República, (1887). Ley 57 de 1887 art 2457

Colombia, Congreso de la República, (1887). Ley 57 de 1887 art 2512

Colombia, Congreso de la República (1928). Ley 120 de 1928: sobre reformas civiles y judiciales. (Prescripciones y registro de propiedad).

Colombia, Congreso de la República (2002). Ley 791 de 2002 Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil.

Colombia, Congreso de la República (1970). Decretos 1400 y 2019 de 1970 por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil.

Colombia, Congreso de la República (1970). Decretos 1400 y 2019 de 1970 art 407

El presidente de la República de Colombia (2015): Decreto ley 2363 de 2015 Por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras, (ANT), se fija su objeto y estructura.

<https://red.uexternado.edu.co/>

<https://red.uexternado.edu.co>

www.gerencie.com/

<https://bdigital.uexternado.edu.co/>

<https://lacienciadelderecho.wordpress.com/>

https://www.derechocambiosocial.com/revista030/prescripcion_adquisitiva_e_hipoteca.pdf

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/pertenencia-y-cancelacion-de-hipoteca-o-prenda>

Corte Suprema de Justicia (01 de septiembre de 1995) Sentencia Rad. 4219, 1995 M.P Héctor Marín Naranjo

Corte Suprema de Justicia (29 de noviembre de 2017) Exp. SC19903-2017 M.P Luis Armando Tolosa Villabona

FUENTES BIBLIOGRAFICAS QUE NO HAN SIDO CITADAS, PERO HAN SIDO NECESARIAS PARA DESARROLLAR EL TRABAJO DE GRADO

Corte Constitucional (07 de diciembre de 1995) Sentencia C-595 de 1995 M.P Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional (22 de febrero de 1993) Sentencia C-060 de 1993 de 1995 M.P Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional (11 de octubre de 2016) Sentencia T-548 DE 2015 M.P Jorge Ivan Palacio Palacio

Corte Suprema de Justicia (29 de julio de 1999) Sentencia Rad. 5074 M.P Jorge Antonio Castillo Rugeles

|