

ANÁLISIS DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA REALIZACIÓN ESPECIAL DE LA  
GARANTÍA REAL

CHRISTIAN CAMILO LOZANO CHAPARRO  
CÓDIGO 6000910982

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
AÑO 2015

## CONTENIDO

|                                                                                                                                                     |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| LÍNEA DE INVESTIGACIÓN PRIMARIA.....                                                                                                                | 3  |
| ANTECEDENTES.....                                                                                                                                   | 4  |
| ESTADO DEL ARTE.....                                                                                                                                | 5  |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....                                                                                                                     | 6  |
| PREGUNTA PROBLEMA.....                                                                                                                              | 6  |
| OBJETIVOS.....                                                                                                                                      | 7  |
| JUSTIFICACIÓN.....                                                                                                                                  | 8  |
| MARCO DE REFERENCIA .....                                                                                                                           | 9  |
| HIPÓTESIS DEL PROBLEMA PLANTEADO .....                                                                                                              | 9  |
| MARCO LEGAL .....                                                                                                                                   | 10 |
| METODOLOGÍA .....                                                                                                                                   | 11 |
| REALIZACIÓN ESPECIAL DE LA GARANTÍA REAL. ANÁLISIS FRENTE AL DERECHO<br>DE DEFENSA Y EL CONTEXTO DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN COLOMBIA.<br>..... | 12 |
| CONCLUSIONES .....                                                                                                                                  | 18 |
| BIBLIOGRAFÍA.....                                                                                                                                   | 19 |

## **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN PRIMARIA**

La línea de investigación primaria en la cual se enmarca el proyecto, es la denominada *Derecho Constitucional, Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad*, cuya relevancia gira específicamente en torno a las graduales reformas implementadas desde el legislativo a la administración de justicia, tendientes a optimizar la realización efectiva de una justicia pronta y eficaz, siendo de importancia capital abordar el análisis de su impacto y consecuencias en el ordenamiento jurídico colombiano.

## ANTECEDENTES

El acceso a la administración de justicia es una garantía de rango constitucional, en virtud de la cual todo ciudadano tiene derecho a acudir al estado, representado en la figura del juez, para obtener la solución de una controversia jurídica. Sin embargo, el sistema judicial colombiano se ha visto colapsado por el exponencial crecimiento de la congestión judicial, que extiende la solución de los conflictos por años y resta eficacia a la administración de justicia.

Por tal motivo, el Gobierno Nacional por medio del Ministerio del Interior y de Justicia radicó en noviembre de 2008 ante el Congreso el Proyecto de Ley No. 197, con el fin de lograr la desjudicialización de conflictos; la simplificación de procedimientos y tramites; y la racionalización del aparato judicial, para hacer más efectiva la justicia mediante un control más estricto de la demanda de la misma, y a su vez, lograr la adopción de un sistema de administración de justicia que permita por una parte, mejorar la cobertura de la demanda en relación con la distribución geográfica y de otra parte, la optimización de los recursos en relación con la disponibilidad presupuestal, y de tal modo atender a la problemática mencionada.

El anterior proyecto de ley culminó su trámite con la sanción de la Ley 1395 de 2010, *por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*, y que consagró una serie de reformas procesales tendientes a descongestionar la justicia, entre ellas, la denominada realización especial de la garantía real, cuyo objeto consiste en establecer un trámite expedito para la ejecución de garantías reales (hipoteca y prenda), sin necesidad de acudir al trámite integral del proceso ejecutivo, y cuyo estudio se abordará en el presente proyecto.

.

## ESTADO DEL ARTE

|                    | AÑO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | AUTOR               | TÍTULO                                                                                                                                                                                               |
|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>FICHA 1</b>     | 2010                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | WILLIAM JIMENEZ GIL | Pierre Bourdieu y la racionalidad jurídica como instrumento de subyugación. Análisis de la crisis de deudores individuales de créditos hipotecarios en UPAC a la luz de la teoría del campo jurídico |
| <b>RESUMEN</b>     | Los deudores hipotecarios en Colombia han sufrido no pocos perjuicios de figuras legales que redundan en beneficio de los que ostentan el poder económico, situación que encontró una de sus mayores manifestaciones en la profunda crisis social y económica sufrida por los deudores hipotecarios del sistema UPAC |                     |                                                                                                                                                                                                      |
| <b>METODOLOGÍA</b> | HERMENÉUTICA JURÍDICO SOCIAL                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                     |                                                                                                                                                                                                      |
| <b>RESULTADOS</b>  | Los acreedores del sector financiero (CAV), en el entretanto, han modificado sus estrategias y hoy propugnan por mecanismos que abogan por la des-judicialización de los cobros ejecutivos, con el argumento de que dicha des-judicialización favorece una descongestión de la justicia                              |                     |                                                                                                                                                                                                      |
| <b>COMENTARIOS</b> | La teoría planteada en la investigación permite abordar el estudio de la figura de realización especial de la garantía real desde las circunstancias socio económicas que originan esta clase de reformas, y su verdadero objetivo, más allá de la descongestión judicial.                                           |                     |                                                                                                                                                                                                      |

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La realización especial de la garantía real consagrada en la Ley 1395 de 2010 promueve la celeridad procesal y agilidad en la administración de justicia por cuanto se establece una vía alterna para ejecutar el derecho de acción del acreedor con garantía real, sin necesidad de acudir al trámite del proceso ejecutivo. Sin embargo la reforma implica modificaciones procesales que pueden afectar el derecho de defensa del deudor y, surge entonces como corolario que la celeridad y economía procesal desconocerían la aplicación efectiva del derecho sustancial de defensa del deudor.

## **PREGUNTA PROBLEMA**

¿Cómo se afecta el derecho de defensa del deudor hipotecario o prendario con la implementación de la realización especial de la garantía real, consagrada en el artículo 37 de la ley 1395 de 2010?

## **OBJETIVOS**

**Objetivo General:** Analizar las eventuales restricciones del derecho de defensa del deudor hipotecario o prendario, derivadas de la implementación de la realización especial de la garantía real.

### **Objetivos específicos:**

- Explicar los componentes procesales de la realización especial de la garantía real consagrada en el artículo 37 de la Ley 1395 de 2010.
- Comparar las oportunidades procesales de defensa del deudor contenidas en el proceso ejecutivo, y en el trámite de la realización especial de la garantía real.
- Determinar las consecuencias sustanciales derivadas de las diferencias entre el proceso ejecutivo y la realización especial de la garantía real.

## JUSTIFICACIÓN

Las medidas en materia de descongestión judicial adoptadas en virtud de la ley 1395 de 2010 responden a una imperiosa necesidad de atender a la creciente demanda de administración de justicia; sin embargo, es necesario que se aporten perspectivas críticas a estas reformas, en este caso frente a la Realización Especial de la Garantía Real, figura legal adoptada con ocasión de la ley en comento, para efectos de advertir la eventual restricción del derecho de defensa del deudor frente a los acreedores hipotecarios, así como la necesidad de adoptar soluciones de carácter definitivo a problemáticas como la congestión judicial y la situación crítica de los deudores hipotecarios en Colombia, ello sin sacrificar derechos sustanciales.

Por lo anterior, la academia juega un papel fundamental como actor social, en tanto permite aportar puntos de vista críticos frente a estas problemáticas que muchas veces no son abordadas por quienes legislan o administran justicia, y los proyectos de investigación en las facultades de derecho generan los espacios de producción académica para conseguir tal fin, de donde surge la importancia capital del presente proyecto de investigación, tendiente a analizar desde una perspectiva social un aspecto que en principio es de carácter netamente procesal.



## MARCO DE REFERENCIA

La Realización Especial de la Garantía Real consagrada en el artículo 37 de la Ley 1395 de 2010, permite al acreedor hipotecario o prendario solicitar al juez la adjudicación directa del bien objeto de la hipoteca o prenda, previo a lo cual el deudor cuenta con un término de 5 días dentro de los cuales puede *formular oposiciones previstas en los artículos 492 y 509 del C.P.C.*, o *cuestionar el título por vía de excepción*, o *solicitar que antes de la adjudicación el bien se someta a subasta*. Es decir, al trámite integral de presentación de la demanda (cuyos requisitos se regulan de manera general conforme al artículo 75 y s.s. del C.P.C.) y posterior acción del juez de librar mandamiento de pago previo el estudio de los requisitos exigidos por el artículo 488 dentro del proceso ejecutivo hipotecario o prendario, se erige un trámite alternativo que consta de una solicitud ante el juez (sin el carácter de demanda) y posterior notificación de la solicitud al deudor.

## HIPÓTESIS DEL PROBLEMA PLANTEADO

La Realización Especial de la Garantía Real consagrada en la Ley 1395 de 2010 promueve la celeridad procesal y agilidad en la administración de justicia por cuanto se establece una vía alterna para ejecutar el derecho de acción del acreedor, sin necesidad de acudir al trámite del proceso ejecutivo y de tal modo impedir el desgaste de la administración de justicia. Empero, la reforma incurre en una restricción al derecho de defensa del deudor, al disminuir en términos procesales sus posibilidades de defensa, siendo más gravosa la situación por estarse ejecutando obligaciones hipotecarias.

**MARCO LEGAL**

| <b>LEY</b>                    | <b>ARTÍCULO</b>                                                 | <b>COMENTARIO</b>                                                                                                    |
|-------------------------------|-----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1395 DE 2010                  | 37 (Consagra la realización especial de la garantía real)       | Es un trámite alternativo al proceso ejecutivo para hacer valer las garantías hipotecarias o prendarios.             |
| CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL | 488 Y S.S. (Consagra el trámite integral del proceso ejecutivo) | Es el trámite general para exigir el cumplimiento cualquier obligación, incluidos los créditos con garantías reales. |

## **METODOLOGÍA**

El presente proyecto de investigación es de carácter descriptivo y analítico, en tanto que describe el problema procesal subyacente a la figura de la realización especial de la garantía real, y su vez pretende analizar la misma desde una perspectiva socio económica.

Para tal fin, se utilizarán herramientas de análisis normativo de tipo cualitativo, dentro de las cuales se encuentra la elaboración de una comparación legal, estableciendo un paralelo entre el trámite integral del proceso ejecutivo y la figura de la realización especial de la garantía real.

A la vez, se utilizará en la metodología un concepto histórico jurídico tendiente a hallar las causas de la reforma introducida por la Ley 1395 de 2010, y que permitirá conectar las causas sociológicas de la reforma con el resultado hallado en el estudio normativo descrito anteriormente.

## **REALIZACIÓN ESPECIAL DE LA GARANTÍA REAL. ANÁLISIS FRENTE AL DERECHO DE DEFENSA Y EL CONTEXTO DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN COLOMBIA.**

La figura procesal más sobresaliente y controversial en lo tocante al caso concreto del proceso ejecutivo con garantía real requiere de especial estudio, la cual se encuentra consagrada en el artículo 37 de la ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 544 del C. de P.C., norma que ahora reza lo siguiente:

*El acreedor hipotecario o prendario podrá solicitar ante juez que se le adjudique el bien hipotecado o prendado, para el pago de la obligación garantizada, siempre que sobre el respectivo bien no existan otras garantías reales.*

*A la solicitud deberá acompañar título que preste mérito ejecutivo, el contrato de hipoteca o de prenda, un certificado del registrador respecto de la propiedad del demandado sobre el bien perseguido y, en el caso de la prenda sin tenencia, un certificado sobre la vigencia del gravamen. Tales certificados deben haber sido expedidos con una antelación no superior a cinco días. También acompañará el avalúo a que se refiere el artículo 516, así como una liquidación del crédito a la fecha de la petición. El juez, sin necesidad de librar mandamiento, comunicará la solicitud al propietario, informándole su derecho a ejercer oposición y las consecuencias jurídicas del trámite, en la forma dispuesta en los artículos 315 y 320, quien podrá, en el término de cinco días, formular las oposiciones previstas en los artículos 492 y 509, o cuestionar el título ejecutivo por vía de excepción, o solicitar que antes de la adjudicación se someta el bien a subasta, caso en el cual se procederá en la forma establecida en los artículos 523, 525 a 528 y 529, en lo pertinente. Si no se presentaren postores, se procederá a la adjudicación en la forma aquí prevista.*

*En caso de oposición, el juez competente librará mandamiento, decretará el embargo y secuestro del bien y seguirá el trámite previsto en el artículo 510.*

*Cuando el deudor sólo objete el avalúo en la forma dispuesta en el artículo 516, el juez la tramitará y decidirá. De la misma manera se procederá cuando se objete la liquidación del crédito, en la forma dispuesta en el artículo 521.*

*Cuando no exista oposición, ni objeciones, ni petición de remate previo, el juez adjudicará el bien al acreedor mediante auto, por un valor equivalente al 90% del avalúo establecido en la forma dispuesta en el artículo 516. Será ineficaz toda adjudicación que se realice por un valor inferior.*

*Si el valor de adjudicación del bien es superior al monto del crédito, el acreedor deberá consignar la diferencia a órdenes del juzgado respectivo dentro de los tres días siguientes al vencimiento del plazo para presentar oposición. Si no lo hiciere, se entenderá desistida la petición.*

*A este trámite no se puede acudir cuando el bien se encuentre embargado ni cuando existan acreedores de mejor derecho.*

*Parágrafo 1°. Una vez adjudicado el bien, el juez comisionará para la diligencia de entrega del inmueble, sí fuere necesario.*

De la Realización Especial de la Garantía Real allí consagrada se desprenden dos consecuencias fundamentales, a saber: i) la creación de una vía alterna al proceso ejecutivo para hacer efectiva la garantía real y, ii) la disminución sustancial de los términos en la ejecución de esta garantía. Ahora bien, procederemos al análisis de los aspectos formales de la figura para establecer en qué medida resulta contraria al derecho de defensa del deudor.

En primer lugar, se establece en la norma un término de 5 días en el cual el deudor puede formular oposiciones previstas en los artículos 492 y 509, o cuestionar el título por vía de excepción, o solicitar que antes de la adjudicación el bien se someta a subasta. Es decir, al trámite integral de presentación de la demanda (cuyos requisitos se regulan de manera general conforme al artículo 75 y s.s. del C.P.C.) y posterior acción del juez de librar mandamiento de pago previo

el estudio de los requisitos exigidos por el artículo 488 dentro del proceso ejecutivo hipotecario o prendario, se erige un trámite alternativo que consta de una solicitud ante el juez (sin el carácter de demanda) y posterior notificación de la solicitud al deudor.

De entrada se colige la existencia de una mayor laxitud procesal en cuanto a los requisitos de ejercicio de la realización especial de la garantía real, lo cual puede surgir como corolario la imposibilidad del deudor de contar con herramientas procesales (inclusive como la posibilidad de proponer excepciones previas , puesto que la norma adicionada solo faculta al deudor para presentar excepciones perentorias), aunado a la notoria disminución de oportunidades procesales de actuación en comparación con el proceso ejecutivo. En cuanto a terceros, la norma en cita prevé la improcedencia de la solicitud cuando el bien se encuentre embargado, o cuando existan acreedores de mejor derecho; en cuanto al embargo se sabe de su existencia con el certificado del registrador, empero, resulta imposible saber la existencia de acreedores de mejor derecho, salvo que ya hubieren iniciado proceso ejecutivo y embargado el bien, verbigracia, en el supuesto fáctico de una obligación alimentaria, lo cual nos ubica en dificultades en cuanto a la publicidad de la realización especial de la garantía real.

A su turno, el Artículo 29 de la Ley 1395 adicionó el artículo 497 del C.P.C. al estipular que “Los requisitos formales del título ejecutivo solo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago. Con posterioridad, no se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título, sin perjuicio del control oficioso de legalidad” Posibilidad que también resulta incierta si recordamos que en este trámite especial no existe mandamiento de pago, situación discutible por cuanto la obligación contenida en los títulos ejecutivos es susceptible de ser controvertida en litigio, es decir, no es un derecho absoluto el que se incorpora en ellos; los títulos ejecutivos pueden ser eventualmente cuestionados tanto por sus requisitos formales como por la obligación sustancial que contienen. Bajo esta perspectiva resultan entonces insuficientes las garantías procesales en la Realización Especial de la Garantía Real para que el deudor objete plenamente la invalidez formal o sustancial del título, por lo cual podemos inferir que existe una restricción del derecho de defensa del deudor.

No obstante los aspectos procesales descritos, existe una consideración más profunda a tener en cuenta, y que refleja una realidad sociopolítica de la administración de justicia y sus usuarios. Para analizar este punto, vale mencionar, a manera ilustrativa, que los demandantes que acuden a los procesos ejecutivos en Colombia son en su mayoría Bancos, Corporaciones de Ahorro y Vivienda y/o Compañías de Financiamiento Comercial. A su turno, la legitimación pasiva en esta clase de procesos es conformada por deudores de clase media que adquieren créditos respaldados con garantía real (siendo esta una de las pocas opciones para acceder a los servicios de préstamo por parte de entidades financieras), y que, ponderativamente no poseen las mismas capacidades económicas y de defensa jurídica que una compañía financiera o una entidad bancaria, lo cual se constituye inclusive en contradicción al precepto constitucional de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 13 de la Carta.

Los deudores hipotecarios en Colombia han sufrido no pocos perjuicios de figuras legales que redundan en beneficio de los que ostentan el poder económico. Vale citar a manera de ejemplo la profunda crisis social y económica sufrida por los deudores hipotecarios del sistema UPAC. Al realizar un profundo estudio sobre las causas determinantes de dicha crisis desde la teórica del campo jurídico, Jiménez (2010) afirma que:

*Los acreedores del sector financiero (CAV), en el entretanto, han modificado sus estrategias y hoy propugnan por mecanismos que abogan por la des-judicialización de los cobros ejecutivos, con el argumento de que dicha des-judicialización favorece una descongestión de la justicia. Propugnan por trámites administrativos que trasladen los procesos ejecutivos de los juzgados a las Cámaras de Comercio o las Superintendencias (Industria y Comercio o Sociedades) de manera tal que las gestiones de cobro se apresuren y el recaudo de su cartera mediante los remates se haga expedito. Se sustenta que el 80% de los procesos que tramitan los jueces civiles, corresponden a procesos ejecutivos, y si bien tienen razón en afirmar que un mecanismo de fortalecimiento de la justicia y racionalización de la función judicial consiste en reformar el trámite del proceso ejecutivo, pasan por alto que el acceso a la justicia es un Derecho, así como son derechos el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de contradicción, que*

*pueden estar en peligro frente a la idea de trasladar los procesos ejecutivos a instancias administrativas. Sin posibilidad de recursos, de control de legalidad del proceso y sin la alternativa de una segunda instancia de revisión de los negocios des-judicializados, los deudores quedarían a merced de sus ejecutores.*

Resulta entonces manifiesta la situación de desventaja que contextualiza a los deudores hipotecarios en Colombia frente a las entidades financieras que ostentan con respecto a estos una posición dominante, criterio aceptado por vía jurisprudencial al tratar del denominado "poder de negociación."

Para el legislador la posición dominante de las entidades de crédito es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia jurídica posible y, así mismo que en cuanto esa posición es determinante para quien la goza de situaciones particulares activas o de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar al abuso en perjuicio de estos últimos".

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-661 de 2001 expresó:

*"...Los jueces de instancia desconocen abiertamente la doctrina de esta Corte en un acto contrario al deber que tiene el Juez en el Estado Social de Derecho, pero fundamentalmente su comportamiento constituye un acto de denegación de Justicia al no proteger los derechos y garantías de las personas en situación de desequilibrio frente a un poder preeminente como el que tienen las entidades financieras".*

Es así como la Realización Especial de la Garantía Real se erige como una herramienta legal que si bien, prima facie propende por la descongestión de los despachos judiciales al reducir la necesidad de acudir al trámite integral del proceso ejecutivo hipotecario, también se traduce en una legitimación jurídica para afianzar la posición dominante de los acreedores hipotecarios y, contrario sensu, de desconocer a los deudores hipotecarios sus derechos constitucionales de



igualdad ante la ley y el debido proceso, y como corolario la omisión de principios procesales de mínimo perjuicio para el deudor dentro del proceso ejecutivo.

## CONCLUSIONES

De los anteriores argumentos se sigue que, en la Realización Especial de la Garantía Real eventualmente se llega a privilegiar el derecho procesal por encima de los derechos sustantivos, lo que resulta inadmisibles a la luz de la misma Constitución por cuanto la misma preceptúa en su 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.

Así pues, la Realización Especial de la Garantía Real consagrada en la Ley 1395 de 2010 promueve la celeridad procesal y agilidad en la administración de justicia por cuanto se establece una vía alterna para ejecutar el derecho de acción del acreedor, sin necesidad de acudir al trámite del proceso ejecutivo y de tal modo impedir el desgaste de la administración de justicia. Empero, la reforma incurre en una restricción al derecho de defensa del deudor y se hace evidente la discusión que versa en torno al proceso judicial ágil en contra de la aplicación efectiva de los derechos sustanciales, ello sin perjuicio de los beneficios que la Ley 1395 trae consigo, pues no se puede desmeritar que “varias de las modificaciones, sobre todo aquellas orientadas a erradicar de la mentalidad del abogado, del juez, el culto a la forma, la reverencia al sello y el amor al lacre, sin duda redundaran en eficacia de la labor judicial” .

Ahora bien, es del caso señalar que muchas de las falencias anotadas son corregidas con una redacción más precisa en el artículo 467 del Código General del Proceso, no obstante lo cual resulta necesario aportar soluciones sustantivas a la problemática planteada, en el sentido de anotar que no se pueden desconocer derechos constitucionales en aras de la descongestión judicial, pues el problema de la administración de justicia no se soluciona implementando figuras legales que permiten la des-judicialización de conflictos pero a su vez pueden hacer más crítica la situación particular descrita de los deudores hipotecarios en Colombia; es decir, la solución no es sacrificar el trámite integral del proceso ejecutivo, sino fortalecerlo de manera que per se, sea lo suficientemente eficiente a la hora de administrar justicia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Boaventura D.S. *et al.* (2001), *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores.

Corte Constitucional. Sentencia T-661 de 2001. (M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño: 26 de Junio de 2001)

Exposición de Motivos, Proyecto de Ley No. 197 de 2008 Senado de la República. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Fabio Valencia Cossio. Gaceta del Congreso No. 825.

López, H.F., (2007). *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Parte Especial*, Bogotá, Dupré Editores.

López, H.F., (2010). *Ley 1395, Reformas al Código de Procedimiento Civil*. Bogotá D.C., Dupré Editores.

Jiménez, W., (2010) *Pierre Bourdieu y la racionalidad jurídica como instrumento de subyugación. Análisis de la crisis de deudores individuales de créditos hipotecarios en UPAC a la luz de la teoría del campo jurídico*. Universidad La Gran Colombia.