

220-26144

Asunto: Créditos hipotecarios en los concursos liquidatorios.

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad el día 7 de mayo del presente año con el No. 501.361-0, en el cual, previas unas consideraciones de hecho y de derecho, solicita concepto acerca de la posibilidad de que un tercero poseedor de un bien inmueble sobre el que pesa un gravamen hipotecario, pueda cancelar y extinguir la obligación así garantizada, cuando el obligado con el acreedor hipotecario es una sociedad abocada al trámite de una liquidación obligatoria.

Como quiera que el asunto consultado involucra aspectos relativos a la extinción de obligaciones hipotecarias en el marco de un proceso de liquidación obligatoria, esta Oficina abordará su análisis desde la perspectiva de la legislación concursal y la pertinente del Código Civil, para lo cual se permitirá hacer las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal.

1. Presentación de créditos en un proceso concursal.

Sea lo primero poner de presente que como consecuencia del principio de universalidad que caracteriza al proceso concursal, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 158 de la Ley 222 de 1995, una vez decretada la apertura de la liquidación obligatoria todos los acreedores del deudor deberán hacerse parte en el referido trámite dentro del término allí previsto, esto es, a partir de la providencia de apertura y hasta el vigésimo día hábil siguiente a la desfijación del edicto emplazatorio, presentado prueba siquiera sumaria de la existencia de sus derechos de crédito.

Entiéndase el deber de presentación al concurso como una carga procesal de cuyo accionar dependerá que los créditos perseguidos sean reconocidos, calificados y graduados o, de lo contrario, deberán asumir las consecuencias jurídicas de tal omisión, como la imposibilidad de perseguir su reconocimiento y pago por cualquier otra vía jurídico procesal.

De otra parte, la concursalidad también supone que sea en el mismo escenario procesal liquidatorio que se revele en su integridad el patrimonio del deudor, conformado por la totalidad de los activos que tengan un valor económico y la totalidad de los pasivos, exceptuándose los bienes inembargables y los derechos personalísimos e intransferibles, de manera que será allí y en los términos que establece la ley, donde podrán presentarse para el pago todas las obligaciones a cargo del concursado y pagarse las que a éste se deben.

Ahora bien, en tratándose de créditos por obligaciones diferentes al pago de suma de dinero a cargo de la concursada, como por ejemplo el otorgamiento de una escritura pública, el acreedor al hacerse parte deberá solicitar los perjuicios compensatorios, estimándolos y especificándolos bajo juramento, si no figuran en el título, en una cantidad como principal y en otra como tasa de interés mensual, conforme a lo establecido en el artículo 159 de la citada Ley 222.

En ese orden de ideas, el titular del derecho de dominio sobre un bien inmueble gravado hipotecariamente para garantizar una obligación a su cargo o de un tercero, quien tiene la doble calidad de acreedor y deudor del sujeto abocado al proceso liquidatorio, en principio, no podrá pretermitir la previsión concursal sobre la forma de extinguir tales obligaciones recíprocas y correlativas a sus derechos, de una parte, porque el legislador no hizo excepciones a la regla general de presentación de créditos, y sí previno a los deudores del deudor que sólo pueden pagar al liquidador, advirtiendo la inoponibilidad del pago hecho a persona distinta y, de otra, porque a tal conclusión se llega de la decantación de los principios que rigen el régimen de procesos concursales.

2- De las garantías y del pago con subrogación en la legislación civil.

Por regla general en la legislación nacional la garantía constituye una modalidad contractual que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella, y en ese sentido siempre tendrá carácter de accesoria.

Tiene sentido su existencia en la medida en que la prenda común o general a favor de los acreedores de un deudor pueda menguarse o estar comprometida en términos tales que no resulte suficiente para cumplir las obligaciones contraídas o que solo puedan atenderse parcialmente. De allí que los acreedores puedan exigir a sus deudores la constitución y otorgamiento de garantías para cubrirse de las eventualidades que lleguen a afectar la capacidad de pago de éstos ya sea que provengan de su voluntad o de circunstancias ajenas a ella, como por ejemplo la mala fe, la impericia, la fuerza mayor o el caso

fortuito, etc. Incluso se ha ocupado el legislador de establecer la obligatoriedad de constituir *garantías idóneas y suficientes* para el cubrimiento de ciertas obligaciones que suponen la tutela de un interés general como el ahorro público, cuando las entidades bancarias realizan operaciones activas de crédito.

La doctrina tradicional ha clasificado las garantías en dos grandes grupos: las personales y las reales. Dicha clasificación obedece a la naturaleza de los derechos que surgen de su constitución, según se trate de derechos de crédito o frente a determinadas personas o, de derechos sobre los bienes objeto del contrato de garantía. Ejemplo típico de garantía personal es la fianza y de garantías reales la prenda y la hipoteca. Todas ellas constituyen seguridades adicionales a la solvencia del deudor y, por regla general, tienen vocación de hacerse exigibles ante el incumplimiento del deudor y se extinguen paralelamente con la obligación principal garantizada.

En tratándose de una garantía hipotecaria, ésta confiere al acreedor en cuyo favor se constituyó, el derecho de perseguir el inmueble hipotecado a través del ejercicio de la acción hipotecaria, sea quien fuere el que lo posea e independientemente del título a que lo haya adquirido, salvo por subasta pública ordenada por el juez, conforme a lo establecido en el artículo 2452 del Código Civil.

A su vez, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1668 numerales 1 y 2 del Código Civil, se efectúa la subrogación por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: 1) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca, y 2) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

Conforme a la disposición mencionada, nada impide que el titular del derecho de dominio de un bien inmueble hipotecado en favor de un tercero, pueda, en los términos y condiciones allí establecidas, cancelar la obligación a cargo del deudor y, en consecuencia, sobrogarse en los derechos, acciones y privilegios del acreedor, aun si el referido deudor se encuentra tramitando una liquidación obligatoria.

2. El caso concreto.

Puntualizando el caso concreto, y para dar respuesta a cada uno de los interrogantes que se plantean en la consulta, habremos de analizar las situaciones de hecho que en ella se presentan a la luz de la normativa concursal, para lo cual se desglosarán de la siguiente manera:

- a. Obligaciones de la concursada para con la CAV: Debe suponerse que la sociedad concursada obtuvo un crédito constructor de la CAV a efectos de desarrollar su proyecto inmobiliario, y que para garantizar su pago se constituyó a favor de ésta una hipoteca sobre el lote de terreno correspondiente; de suerte que la deudora tiene una obligación dineraria insoluta para con la CAV, y ésta un derecho de crédito cuyo pago deberá realizarse en el escenario del concurso liquidatorio de la deudora.
- b. Obligaciones de la concursada para con el comprador: Perfeccionado el contrato de compraventa, la concursada se obliga, además de tradirlo, al saneamiento del inmueble vendido, es decir, a liberar la hipoteca que pesa sobre el mismo. Esta es una obligación de hacer a cargo de la concursada y, por ende, deberá presentarse para su cumplimiento en el escenario del concurso liquidatorio en los términos del artículo 159 de la Ley 222 de 1995.
- c. Obligaciones del comprador para con la concursada: Como contraprestación a la venta del inmueble el comprador se obliga a pagar el precio del mismo. Esta obligación a cargo del comprador constituye para la concursada una cuenta por cobrar, hace parte de sus activos liquidables y corresponde al liquidador gestionar su recaudo conforme a lo establecido en el numeral 2° del artículo 166 ídem, independientemente que sobre el inmueble pese un gravamen hipotecario.

Del anterior esquema de obligaciones y teniendo en cuenta las consideraciones que le preceden, puede concluirse que:

1. Efectivamente puede el comprador pagar a la CAV el valor que esta liquide para cancelar el gravamen hipotecario en la proporción correspondiente, ya sea con recursos propios o con el producto del préstamo que para el efecto le sea otorgado por la misma CAV. En este evento, como quiera que lo que se paga parcialmente es un crédito a cargo de la concursada en una proporción correspondiente para cancelar el gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble que se libera, no opera la extinción de la obligación sino la subrogación del comprador en los derechos, acciones y privilegios del antiguo acreedor, es decir la CAV.
2. No podría el comprador pagar directamente a la CAV el saldo de la compraventa del inmueble que le fuera vendido por la concursada, pues, de una parte, la CAV no es acreedora de tal obligación y, de otra, como ya se advirtió, el valor de la referida deuda es un activo inventariado de la concursada que corresponde al liquidador recaudar, de manera que el eventual pago que llegare a realizar el comprador por tal concepto a la CAV resultaría inoponible frente a la concursada en los términos del numeral 4° del artículo 157 de la

Ley 222 de 1995, no lo liberaría de su obligación con ésta y no podría válidamente oponerse a la acción personal de cobro que en su contra inicie el acreedor.

Nótese que unos son los derechos personales o de crédito que le asisten y puede reclamar de su deudor el acreedor concursado, derivados de la obligación del comprador por la celebración de un contrato de compraventa de un bien inmueble, y otros los reales surgidos del gravamen hipotecario que pesa sobre el bien enajenado. Los primeros conceden al acreedor acciones personales contra el deudor determinado y los segundos acciones reales sobre el inmueble sin respecto a determinada persona. "Así, el titular del *jus in re* puede, sin contar con nadie, apoderarse de una cosa donde quiera que esté, pero el titular del *jus ad rem* no puede hacer cosa distinta de exigir a su deudor la prestación de lo debido".

3. Conforme a lo establecido en el artículo 1506 del Código Civil, para que pueda hablarse de estipulación para otro y de sus especiales efectos se requiere, como es obvio, que el tercero en cuyo favor se estipula se torne en beneficiario o acreedor con la estipulación misma, de suerte que si el tercero tiene la condición de acreedor de uno de los estipulantes no resultaría lógico que su deudor estipule con otro en su favor. Lo razonable, entonces, es que el deudor pague directamente a su acreedor.
4. **Como quedó dicho, el pago que realice el comprador a la CAV para la liberación del gravamen hipotecario lo subroga en los derechos, acciones y privilegios que ésta en su condición de acreedor de la concursada detenta, pero en la proporción correspondiente. Lo que sí resulta a todas luces improcedente es que ante un eventual pago del comprador a la CAV por concepto del saldo del precio debido a la concursada, la CAV lo aplique al crédito constructor a cargo de aquella, pues, como también se ha mencionado, dicho saldo es un activo de la concursada cuyo recaudo corresponde al liquidador gestionar; la CAV no es acreedora de tal obligación y, finalmente, resultaría inoponible dicho pago en los términos del numeral 4° del artículo 157 de la tantas veces mencionada ley 222.**