San Andrés Islas, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO : JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
REFERENCIA : RESTITUCION DE TENENCIA
DEMANDANTE/ INCIDENTANDO : BANCOLOMBIA S.A
DEMANDADO : SOCIEDAD INVERSIONES AMARISE S.A.S
INCIDENTANTE : INVERSIONES DE SERVICIOS ESTETICOS A.S STTIK / SOCIEDAD IMATEC UNIDAD DE RADIOLOGIA Y TOMOGRAFIA ORAL EN 3D S.A.S -

RADICACION No. 88-001-31-03-002-2018-00039-01

I. OBJETO DE DECISIÓN

Procede el suscrito Magistrado a resolver los recursos de apelación que vienen incoados por la parte opositora contra las providencias de fecha 02 y 16 de marzo de 2021, proferidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta urbe.

II. ANTECEDENTES.

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito se adelantó proceso de restitución de tenencia, por parte de la sociedad Bancolombia S.A contra la Sociedad Inversiones Amarise S.A.S; se dictó sentencia en el asunto de marras el día 26 de junio de 2018, en la cual se resolvió declarar la terminación del contrato de arrendamiento financiero leasing celebrado entre las partes en litigio, el cual recaía sobre el EQUIPO RX PANORAMICO TOMOGRAFO DENTAL MODELO RX100 MARCA J MORITA.

Como consecuencia de lo anterior, el fallo de instancia ordenó a la Sociedad Amarise S.A.S, restituir en un plazo de 10 días a la Sociedad Bancolombia S.A. el equipo previamente identificado.

En acatamiento a la sentencia se libró despacho comisorio ante los juzgados civiles municipales de la ciudad de Ibagué, a fin de que se realizara la respectiva diligencia de restitución. El día 03 de marzo de 2020, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ibagué, en cumplimiento de la comisión, dio inicio a la diligencia de restitución en la cual la señora CLARA INES BARRIOS BASTIDAS, directora general de IMATEC Unidad de radiología y tomografía oral en 3D, a través de apoderado judicial hace

oposición a la restitución o entrega del bien mueble equipo RX PANORÁMICO TOMÓGRAFO DENTAL MODELO RX100 MARCA J MORITA; oposición aceptada por el despacho comisionado quien a su vez dejó a la señora Barrios Bastidas como secuestre del bien mueble.

A través de auto del 21 de septiembre de 2020, el Juzgado de conocimiento ordenó requerir a la Señora CLARA INÉS BARRIOS BASTIDAS y al señor CARLOS MANUEL MERCADO QUESADA, en calidad de representante legal de la Sociedad INVERSIONES DE SERVICIOS ESTÉTICOS STTIK SAS, para que aclararan el carácter con el que intervienian en el sub-lite, a fin de imprimir el trámite de rigor a la oposición formulada, arguyendo la jueza de instancia que jurídicamente no era posible ostentar simultáneamente la condición de arrendatario-tenedor y poseedor de un mismo bien.

En cumplimiento de lo anterior, a través de sus respectivos apoderados se recepcionó correo electrónico el 3 de febrero de 2021, en el cual los togados allegaron un memorial en el que indicaron que el señor **Carlos Manuel Mercado Quesada**, representante legal de Inversiones de Servicios Estéticos STTIK, se ratifica en la oposición adelantada ante el comisionado por la señora Clara Ines Barrios, conforme a los lineamientos del art. 309 del C.G.P., numeral quinto y séptimo.

De otra parte, en el mismo memorial el apoderado de la Opositora **Barrios Bastidas**, manifiesta que su representada intervino y seguirá interviniendo en calidad de tenedora, del bien mueble objeto de restitución, a nombre de Carlos Manuel Mercado, quien ostenta la calidad de poseedor. -

El 13 de noviembre de 2020, el apoderado judicial del señor **Carlos Manuel Mercado Quesada**, presenta incidente de nulidad, alegando como causal, la contenida en el art. 40 del C.G.P, esto es que “la actuación del comisionado exceda los límites de sus facultades”.

A través de auto calendado 14 de enero de 2021, la jueza de instancia resolvió rechazar de plano la solicitud de nulidad formulada por la parte opositora, fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el numeral 5 del Art. 309 del C.G.P. y decretó pruebas.

El día 02 de marzo de 2021, dentro de la continuación de la audiencia de que trata el numeral 6 del artículo 309 del C.G.P.; el togado que representa la parte opositora, nuevamente manifiesta que advierte una nulidad insaneable.

Finalmente, el día 16 de marzo de 2021, se adopta decisión respecto a la nulidad incoada por la parte opositora, y se emite decisión de fondo frente a la oposición impetrada.

III. RECURSOS DE APELACION

Dentro del subjudice, se formularon los siguientes recursos:

- **Primer Recurso:**

Lo formuló el apoderado judicial de Inversiones de Servicios Estéticos STTIK, contra la providencia proferida en audiencia del 02 de marzo de 2021, mediante la cual se rechazó la solicitud de nulidad de pleno derecho invocada por éste, sobre la prueba obtenida con violación del debido proceso con ocasión al procedimiento realizado por parte del ente judicial comisionado al momento de ingresar al local comercial donde se encontraba el bien mueble, materia de este litigio.

Como argumentos facticos y jurídicos, en síntesis, se expuso que la nulidad planteada es de carácter procesal, que si bien no está en listada en el art. 133 del C.G.P, la jurisprudencia constitucional y legal ha sido reiterativa en indicar que si hace parte de ellas, hace alusión el togado a la necesidad de la prueba, resaltando que para patentar la nulidad esbozada se basa en la prueba ilegal, la cual a su juicio, consiste en el hecho de que la comisionada al adelantar la diligencia de secuestro y/o entrega del bien mueble objeto del proceso primigenio de restitución por parte de Bancolombia, se extralimitó en sus funciones, porque se trasladó no solamente a un lugar que no estaba identificado en el comisorio, sino que además, allanó un establecimiento de comercio ajeno a la litis, ajeno a todas las circunstancias fácticas y jurídicas de su comisor, aclara que la comisionada se trasladó a una dirección muy distinta a la encomendada, de manera arbitraria o unilateral en donde inició la diligencia lo que a su criterio afecta el procedimiento y torna ilegal el acta que se levanta en ese momento, la cual es prueba fundamental dentro del incidente que se viene tramitando, por lo tanto considera se torna nula de pleno derecho.

Destáquese que el togado aclaró que en esta ocasión lo que ataca es el acta levantada en la diligencia mas no la diligencia en sí, como había sido planteada en la nulidad primigenia que fue despachada en su momento.

- **Segundo Recurso**

Este último recurso, fue impetrado por los opositores, contra la decisión adoptada en audiencia celebrada el 16 de marzo de 2021, en la cual se resolvió de fondo la oposición a la entrega del bien mueble objeto del proceso, declarando impróspera la oposición deprecada respecto a la entrega del equipo RX Panorámico tomógrafo dental modelo RX 100 marca J Morita.

El apoderado de Inversiones de Servicios Estéticos STTIK, sustentó su recurso, señalando que difiere de la providencia recurrida por las siguientes razones:

1. **Aplicación errónea de normas al caso concreto:** alega el togado que la juez de instancia no efectuó en debida forma un análisis adecuado de las normas, concretamente la atinente a la posesión; igualmente señala que erró al aplicar el inciso segundo del art. 780 C.C, toda vez que lo correcto era aplicar el inciso primero de la norma en comento que señala: ***"si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega"***

2. **No aplicación de normas:** señala el recurrente que, la señora juez al momento de emitir su decisión negando la oposición elevada por Inversiones de Servicios Estéticos S.A.S, solamente tuvo en cuenta los artículos 762, 775, 777 y 780 del C.C., pero nada dijo de los artículos 764, 765, 768, 769 de la misma codificación, las cuales según a su criterio, demostraba que la sociedad STTIK cumplía los requisitos necesarios para afirmar que es poseedora del bien mueble Tomógrafo marca J Morita; y no una mera tenedora como lo indicó el despacho.

   Se cuestiona el no haber hecho una debida aplicación de la figura jurídica denominada "posesión regular", que surge con ocasión del contrato de venta suscrito entre inversiones Amarise S.A.S y su mandante, negocio jurídico que configura un justo título.

   Se acusa el no haberse aplicado el principio de buena fe consagrado en el articulo 83 de nuestra carta magna.

Por último, se arguye que debió darse aplicación al inciso final del Art. 764 que textualmente reza: ***"la posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título".***

3. **Determinación de normatividad inexacta respecto de la figura de tenencia, posesión, nuda y plena propiedad:** recaba el recurrente en afirmar que la señora jueza incurre en yerro al aplicar la figura jurídica denominada "mera tenencia" definida por el artículo 775 del C.C., debido a que en el inciso segundo de dicho articulo se establece que dicha figura se configura cuando se reconoce dominio ajeno, circunstancia que considera fue desvirtuada con el arsenal probatorio arrimado a lo largo del tramite incidental, y en tal sentir debió darse aplicación al articulo 762 del C.C., que versa sobre la posesión. Considera el togado que Inversiones de Servicios Estéticos S.A.S, ha detentado la calidad de poseedora y no reconoce dominio ajeno desde el mismo momento en que firmó el contrato de venta de equipo, esto es, desde el mes de octubre de 2014, insistiendo en que tal situación, no se desdibuja por la forma de pago.

IV. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Primer Recurso:

El Juzgado Segundo Civil del Circuito en curso de la audiencia celebrada el dos (02) de marzo de 2021, despachó desfavorablemente la solicitud de nulidad deprecada, no sin antes aclarar en demasía, que existe una nulidad supralegal o nulidad de pleno derecho de la prueba, cuando es obtenida con violación del debido proceso artículo 29 de la Constitución Política, y 14 del C.G.P, señaló además que la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia lo que ha hecho es, adicionar una circunstancias más de las contenidas en el artículo 133 del C.G.P.

Sin embargo, pese a lo anterior, como fundamento para rechazar la nulidad, consideró la jueza *a-quo* que las circunstancias fácticas invocadas por el mandatario judicial de la parte opositora como sustento, no guardan relación de conexidad con la causal invocada, toda vez que, la parte incidentante finca la solicitud de nulidad, en el supuesto de que el acta que se levanta en la diligencia de entrega, se torna nula de pleno derecho, a consecuencia del allanamiento que efectuó la comisionada al ingresar a un lugar que no estaba identificado en el despacho comisorio como lugar de ubicación del bien mueble materia del proceso, para la señora jueza, esta

circunstancia no denota como tal la nulidad a la que se refieren los artículos 29 constitucional y 14 del C.G.P., por cuanto si se analiza con detenimiento, los argumentos en que cimientan la solicitud el apoderado judicial de la parte opositora no enfila sus ataques frente a una prueba propiamente dicha, sino contra el hecho de que la funcionaria comisionada llevó a cabo la diligencia de entrega en una dirección diferente, a aquella que fue reseñada por el despacho como lugar de ubicación del bien mueble objeto de la diligencia de entrega, circunstancia ésta que a su juicio ya fue desarrolla y abordada en providencia del 14 de enero de 2021, donde quedó claro que no hubo extralimitación de funciones, traduciéndose para la togada en una reiteración de la nulidad ya resuelta, bajo otro título.

Segundo Recurso:

La jueza *a-quo,* en audiencia del 16 de marzo de 2021, despachó desfavorablemente la oposición a la entrega del bien mueble materia de este litigio, formulada por la sociedad inversiones de servicios estéticos S.A.S. STTIK, al considerar que del análisis conjunto de los elementos de juicio arrimados al plenario, no emerge de forma diáfana que la sociedad opositora detente la calidad de poseedora del equipo RX panorámico TOMOGRAFO DENTAL , MODELO RX 100 MARCA J MORITA , así como que no se verificaron los presupuestos exigidos por los numerales 2 y 3 del artículo 309 del C.G.P., para la procedencia de la oposición invocada.

V. CONSIDERACIONES

Este despacho del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, es competente para decidir los recursos incoados en virtud del artículo 31 del C.G.P.

Así mismo ha de tenerse en cuenta que el recurso de apelación procede contra los autos que nieguen el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva, así como el que resuelve sobre la oposición a la entrega de bienes y el que la rechace de plano, conforme lo señala los numerales 6 y 9 del Artículo 321 del C.G.P.

Dicho lo anterior es menester precisar en primer lugar que las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.

Nuestro sistema procesal, como se deduce del artículo 133 del C.G.P., (*CAUSALES DE NULIDAD*), ha adoptado un sistema de enunciación taxativa de las causales de nulidad. Sobre el particular, la corte constitucional ha establecido *que "La taxatividad de las causales de nulidad significa que sólo se pueden considerar vicios que puedan invalidar una actuación, los expresamente señalados por el legislador y, excepcionalmente, por la Constitución, como el caso de la nulidad que se presenta por práctica de una prueba con violación del debido proceso"* (sentencia C-491 de 1995). Por lo que cualquier otra irregularidad no prevista expresamente deberá ser alegada mediante los recursos previstos por la normativa procesal, pero jamás podrá servir de fundamento de una declaración de nulidad.

Aterrizando al caso que nos ocupa, en el cual se alegó como nulidad la practica de una prueba con violación al debido proceso, se anticipa que no hay lugar a su declaratoria, toda vez que al pretender tildar de ilegal el acta suscrita en la diligencia de entrega de bien efectuada el 3 de marzo de 2020, por la funcionaria comisionada, sería ir al traste con lo acertadamente decidido por la jueza de instancia el 14 de enero de 2021, allí claramente se dejó sentado que no existió extralimitación en las funciones de la funcionaria comisionada; ya que esta actuó conforme los poderes que el mismo ordenamiento le brinda, el Art. 40 del C.G.P; nos enseña que:

> *"El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos…"*

De lo anterior se puede colegir que no era necesario suspender la diligencia de entrega, si el juez comisionado, así como el comitente de ser quien estuviera atendiendo la misma, no tenían otra opción sino acceder a modificar el lugar de la diligencia, pretender ello sería un desgaste injustificado para la administración de justicia; si bien es cierto que por atacar una prueba obtenida con violación al debido proceso se hace viable el análisis que nos ocupa, no hay que recabar muy afondo para advertir que, de aceptar que el acta suscrita en la diligencia es ilegal sería lo mismo que afirmar que la comisionada se extralimitó en sus funciones, cuestión que fue debatida en su momento, se encuentra en firme y que es compartida por este operador.

Teniendo en cuenta lo anterior para este despacho resulta adecuada la decisión de primera instancia, debido a que de los hechos en los que se sustenta la solicitud, no se advierte que se estructure la nulidad alegada.

De otra arista, y teniendo en cuenta que el recurso de apelación procede contra los autos que resuelven la oposición a la entrega de bienes y el que la rechace de plano, para resolver el segundo recurso, resulta pertinente referirnos a la oposición a la entrega de bienes, contenida en el artículo 309 del C.G.P, que dispone:

> *"Las oposiciones a la entrega se someterán a las siguientes reglas:*
> *1. El juez rechazará de plano la oposición a la entrega formulada por persona contra quien produzca efectos la sentencia, o por quien sea tenedor a nombre de aquella.*
>
> *2. Podrá oponerse la persona en cuyo poder se encuentra el bien y contra quien la sentencia no produzca efectos, si en cualquier forma alega hechos constitutivos de posesión y presenta prueba siquiera sumaria que los demuestre. El opositor y el interesado en la entrega podrán solicitar testimonios de personas que concurran a la diligencia, relacionados con la posesión. El juez agregará al expediente los documentos que se aduzcan, siempre que se relacionen con la posesión, y practicará el interrogatorio del opositor, si estuviere presente, y las demás pruebas que estime necesaria.*
>
> *(…)*
> *5. Si se admite la oposición y en el acto de la diligencia el interesado insiste expresamente en la entrega, el bien se dejará al opositor en calidad de secuestre. Si la oposición se admite solo respecto de alguno de los bienes o de parte de estos, se llevará a cabo la entrega de lo demás.*
>
> *(…)*
>
> *7. Si la diligencia se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, y el término previsto en el numeral anterior se contará a partir de la notificación del auto que ordena agregar al expediente el despacho comisorio. Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia.*
>
> *8. Si se rechaza la oposición, la entrega se practicará sin atender ninguna otra oposición, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario. Cuando la decisión sea favorable al opositor, se levantará el secuestro, a menos que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del auto que decida la oposición o del que ordene obedecer lo resuelto por el superior, el demandante presente prueba de haber promovido contra dicho tercero el proceso a que hubiere lugar, en cuyo caso el secuestro continuará vigente hasta la terminación de dicho proceso. Copia de la diligencia de secuestro se remitirá al juez de aquel."*

En el caso de marras, el recurso de apelación interpuesto, contra la decisión adoptada el 16 de marzo de 2021, en la cual se despachó desfavorablemente la oposición a la entrega del bien mueble materia de este litigio, formulada por la sociedad inversiones de servicios estéticos S.A.S. STTIK se desprende que la parte recurrente presentó inconformidad frente a esta, en síntesis por tres razones: ***aplicación errónea de normas al caso concreto, no aplicación de normas, y determinación de normatividad inexacta respecto de figura de tenencia, posesión, nuda y plena propiedad.***

Siendo entonces que la posesión de conformidad con el ARTÍCULO 762 se define como:

> **<DEFINICIÓN DE POSESIÓN>.**
> ***"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"***

Y la mera tenencia a la luz del ARTÍCULO 775 y 777, es entendida como

> ***<MERA TENENCIA>.***
> ***Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.***
> ***Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.***
>
> ***<MERA TENENCIA FRENTE A LA POSESIÓN>.***
> ***El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión.***

De las anteriores disposiciones las cuales resultan aplicables al caso, emerge que, para entenderse poseedor, se deben acreditar los siguientes elementos, un elemento material y tangible que es la tenencia y otro elemento psicológico que se traduce en el animus, supuestos que debe probar el opositor de manera contundente, por tanto, para adoptar la decisión de fondo se dispondrá el análisis de las pruebas recabadas en curso del proceso para así poder determinar si la decisión de instancia fue acorde o merece ser revocada.

Fueron objeto de análisis las siguientes pruebas:

- Contrato de arrendamiento financiero Leasing numero 164427 celebrado el 29 de abril del año 2014 entre la sociedad leasing Bancolombia S.A, en calidad de entidad financiera y Sociedad Inversiones Amarise S.A.S.
- Compraventa de equipo entre sociedad Inversiones Amarise S.A.S, y Servicios Estéticos S.A.S STTIK.
- Contrato de arrendamiento celebrado entre Inversiones de Servicios Estéticos S.A.S STTIK e IMATEC unidad de radiología y tomografía oral en 3d.
- Volantes de Pagos por concepto de arrendamiento desde 24 de noviembre de 2014 hasta febrero de 2020.
- Contratos de prestación de servicios de mantenimiento suscritos por la arrendataria.
- Proceso Ejecutivo que cursó ante el juzgado 11 civil del circuito de Bogotá, bajo el radicado 11-001-31-03-011-2016-00837-00, adelantado por Inversiones Amarise S.A.S., contra Servicios Estéticos S.A.S STTIK.
- Denuncia penal instaurada por Servicios Estéticos S.A.S STTIK contra Inversiones Amarise S.A.S.
- Declaraciones rendidas por Clara Ines barrios Bastidas, Representante legal de IMATEC, Carlos Mercado Quesada, Representante legal de Servicios Estéticos S.A.S STTIK.

Observa el despacho que, contrario a lo alegado por el apelante el problema jurídico y las normas aplicadas por la jueza de conocimiento al caso, así como el análisis practicado a las pruebas fue acertado, toda vez que el caudal probatorio arrimado al *sub judice* tal y como señaló la misma, antes de demostrar la posesión probó el reconocimiento de dominio ajeno, condición o requisito *sine qua non* para la prosperidad de esta figura, el lapso del tiempo no muda la tenencia en posesión por ello, Servicios Estéticos S.A.S STTIK, no puede endilgarse como poseedora, si de sus acciones se entiende lo contrario, obsérvese por ejemplo, la cláusula consignada en el contrato de venta con Amarise, en la que se consignó:

> *"clausula cuarta: … una vez se acredita el pago total del presente contrato,* ***EL VENDEDOR*** *expedirá la factura y los documentos pertinentes a favor del* ***COMPRADOR*** *para reconocer formalmente la transferencia de la propiedad del equipo objeto de la presente negociación"*

Así mismo la denuncia penal incoada contra AMARISE S.A.S, también es muestra del reconocimiento de dominio ajeno, ya que con ella se puede perseguir incluso indemnización de perjuicio, no se discute la buena fe, ni la legalidad del contrato de arrendamiento, pero no se logró acreditar en qué momento pudo producirse la mutación.

Por todo lo anterior, se considera que las decisiones adoptadas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, están ajustadas a derecho y conforme a la ley, en consecuencia, se confirmará el auto preferido en audiencia del 02 de marzo de 2021 y la decisión proferida en audiencia del 16 de marzo de la misma calenda.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión tomada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés Islas, en providencias del 02 de marzo de 2021, a través de la cual se rechazó la nulidad impetrada.

SEGUNDO: CONFIRMAR la providencia del 16 de marzo de 2021 que resolvió de fondo, la oposición a la entrega de bien mueble, por lo expuesto. -

TERCERO: Devolver el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO PONENTE