

Para: Juzgado 01 Civil Circuito - Cauca - Popayan <j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co>

SEÑORES

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYA CAUCA

E.

S.

D.

REF: SEGUNDA INSTANCIA DEL PROCESO EJECUTIVO CON
GARANTIA REAL Y CON MEDIDAS PREVIAS DE DIANA
MARCELA GAVIRIA HOYOS contra LINA ESTHER RODRI
GUEZ-

RADICACION No2.020 – 00072 -00

JOSE LEONEL RODRIGUEZ C. conocido de autos dentro del proceso de la referencia, con EMAIL rodriguezcovjoseleonel@gmail.com con whatsapp 3172290057, con oficina en la calle 11 No

5 -61 oficina 801 Edificio Valher, de Cali V., muy respetuosamente encontrándome dentro de la oportunidad procesal y legal, acudo ante usted señor JUEZ a complementar o ampliar las

Razones con las cuales sustento mi recurso de APELACION y que han de servir de sustento para que se revocada la providencia de primera instancia mediante la cual se resolvió el incidente del

Tercero supuestamente poseedor al momento mismo en que se llevo a cabo la practica de la diligencia de secuestro ordenada dentro de este proceso por parte del juzgad primero civil del circuito de Popayan Cauca, todo lo cual lo hago asi:

1.-Desde el punto de vista legal, Art. 767 se define la posesión como la tenencia de una cosa de-
Terminada "CON ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO"

Al respecto, dice nuestra jurisprudencia, lo siguiente:

"LA POSESION MATERIAL, COMO HECHONQUE ES, SOLO SE DEMUESTRA CON HECHOS Y NO AFIRMACIONES, CONFESANDO O NEGANDO ESA DETERMINADA SITUACION JURIDICA." (Sent., 30 Octubre 1.956, LXXXIII, 485)

Por otra parte, al respecto dice transcribo la siguiente jurisprudencia nacional: ·LA POSESION NO SE CONFIGURA JURIDICAMENTE CON LOS SIMPLES ACTOS MATERIALES O MERA TENENCIA QUE

PERCIBIERON LOS DECLARANTES COMO HECHO EXTERNO O corpus APREHENCIBLE POR LOS SENTIDOS, sino que requiere esencialmente LA INTENCION DE SER DUEÑO, ANIMUS DOMINI... o de hacerse dueño, ANIMUS REM SIBI SIBI HABENDI..., elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos, Claro esta que este elemento interno o acto volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, asi como el poseedor, a su vez se presume dueño mientras otro no demuestre serlo" (Sent., 22 de Agosto 1.957, LXXXIII, 776).

De la jurisprudencia nacional antes descrita, como usted señor juez lo sabe mejor que yo,

Para probar el ejercicio de la posesión real y material, debemos tener en cuenta, que se requieren el ejercicio de dos elementos, uno MATERIAL O EXTERNO, y un segundo elemento que es EL SUJETIVO O INTERNO, que requiere esencialmente LA INTENCION DE SER DUEÑO, animus dominio de hacerse dueño, animus rem sibi habendi. Lo anterior nos deja ver muy claramente, que para probar la posesión, no basta únicamente, con probar el primero de los elementos antes señalados, ùes como lo dice textualmente dicha jurisprudencia, LA POSESION NO SE CONFIGURA JURIDICAMENTE CON LOS SIMPLES ACTOS MATERIALES O MERA TENENCIA QUE PERCIBIEROS LOS DECLARANTES COMO HECHO EXTERNO O CORPUS, SINO QUE SE REQUIERE ESENCIALMENTE PROBAR EL SEGUNDO DE LOS ELEMENTOS O REQUISITOS para probar la posesión ejercida por un tercero, como lo es el elemento subjetivo, o intención de ser dueño, "ANIMUS DOMINI". ,

Tratándose de probar el ejercicio de la posesión material por parte de un tercero sobre un bien inmueble CON PLENO ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO, acaso uno de esos ACTOS DE SEÑOR Y DUEÑO, lo es como el que mas, EL PAGO DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO del que esta dotado el inmueble supuestamente poseído, Y ANTE TODO EL PAGO DEL IMPUESTO PREDIAL causado durante todo el tiempo que se pretende poseedor, esto es un verdadero ACTO DE SEÑOR Y DUEÑO, pues es lo primero que hace un dueño de un inmueble, para que no lo llegue a embargar por ese concepto el respectivo municipio, ese es EL PRINCIPAL ACTO DE VERDADERO SEÑOR Y DUEÑO que en el caso que nos ocupamos debio haber realizado el señor JAIME GUZMAN, y como sobre el recae legalmente la carga de la prueba, tenia que haber presentado prueba de ello-

Se complementa lo señalado en la norma legal y en las jurisprudencias antes escritas respecto de que la prueba de la posesión, requiere de una parte externo objetiva y material, como también se requiere de una parte subjetiva, anímica e intencional, si se demuestra la primera, faltando la segunda, se queda sin probar la existencia la posesión material ejercida por un tercero, es por ello que para complementar esta tesis de la prueba de la posesión ejercida por alguien , acudo a exponer ciertas citas que en su prestigiosa obra "LA POSESION", segunda edición EDITORIAL temis, paginas 256 a 260 hace en su mencionada obra el tratadista y distinguido jurista ARTURO VALENCIA ZEA. " PODEMOS CONCLUIR DICENDO QUE LA DOCTRINA DE SAVIGNY, EN CUANTO A LA PRUEBA, FUE COMPLEMENTADA POR EL Code (ART. 2230) y por IHERING en el sentido de explicar. Estamos en capacidad ahora de afirmar que cuando Ihering creyo haber refutado definitivamente la doctrina de Savigny , en verdad realizo una labor mejor: la complemento. Es preferible para un jurista fracasar en la refutación (como realmente fracaso Ihering r efutando a Savigny) pero tener éxito en la construcción o perfeccionamiento de una doctrina.

Veamos el derecho civil sobre prueba de la posesión.

106,- LA PRUEBA DE LAS RELACIONES POSESORIAS EN DERECHO CIVIL ACTUAL

El derecho moderno, según lo hemos explicado, ha integrado el sistema de Savigny dentro de un mas amplio sistema de relaciones posesorias. No se trata, pues (como muchos han creido erróneamente) , de repudiar de repudiar un sistema subjetivo so pretexto de que es imposible probar concretamente el elemento sicológico o espiritual que lo anima. Ya hemos dicho que es imposible concebir una teoría general de las relaciones materiales del hombre con las cosas totalmente obbjetivas; que el orden jurídico solo tiene en cuenta aquellas relaciones que en grado mayor o menor son voluntarias. Es necesario no tenerle miedo a la voluntad o espiritualidad de las reglas del derecho; todas las doctrinas que predicen un absoluto OBJETIVISMO O MATERIALISMO de las instituciones jurídicas, son dificilmente comprensibles y a veces superficiales.

Asi, algunas doctrinas enseñaron que las leyes debían interpretarse en forma objetiva, sin tener en cuenta su intención o espíritu; según tal doctrina existiría un metodo plenamente objetivo de interpretación. Mas olvidan cualquier ley se exterioriza por determinados signos (palabras) y que no puede existir signo alguno (palabras o proposición gramatical) QUE EN FORMA MEDIATA O INMDIATA no este referido a un querer, a una intención. Podra discutirse legítimamente si se debe tener en cuenta la propia intención o pensamiento que haga compresible y útil una ley en el momento en que se aplica; podrá enseñarse correctamente que las intenciones o voluntades evolucionan con el tiempo y cambian su sentido ordinario por otro; pero siempre nos encontramos con la necesidad de tener en cuenta elementos objetivos de la ley, una ley sin ratio legis no es ley.

Lo mismo sucede con los negocios jurídicos ; estos por definición- lo mismo que la ley- representan declaraciones de voluntad objetivas y que deben interpretarse teniendo en cuenta la buena fe y los usos sociales; mas en ningún caso, negocios jurídicos desprovistos de toda voluntariedad. Igualmente, un elemento sicológico aparece en el conceptp de culpa, de derecho objetivo, de relación jurídica, etc. En resumen la total objetividad NO ES CONCEBIBLE EN EL DERECHO, pues este, esta referido al hombre, a sujetos dotadoa de voluntad.

Frente al derecho actual es falso que los elementos subjetivos de las instituciones no sean susceptibles de comprobarse. Al respecto es necesario tener en cuenta dos aspectos de cualquier elemento subjetivo o psicológico: su aspecto interno de una voluntad es una cuestión metafísica que nadie puede conocer, y precisamente las leyes jamás se refieren a una voluntariedad simplemente interna. La ley tiene en cuenta la voluntad de los particulares en cuanto se exterioriza, en cuanto se da a conocer mediante algún vehículo o forma que la haga conocer de los demás. Esta voluntad plena, es decir formada por elementos íntenos y externos a la vez, es la auténtica VOLUNTAD JURÍDICA, o sea la voluntad que tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de cualquier pueblo.

Tenemos pues, una regla de gran importancia práctica: La exteriorización de la voluntad es susceptible de ser conocida; esa es, por consiguiente, la voluntad susceptible de prueba, de comprobación.

Una regla o adagio que a fuerza de ser repetido nos parece superficial, indica la pauta para comprender más exactamente lo que se explica: "El hombre habla por sus obras" o "nuestras acciones hablan por nosotros". Depuremos esas frases y digamos: de la conducta de las personas se infiere su modo de pensar, su voluntad.

Veamos como, en forma correcta, del modo de obrar de las personas se deduce una VOLUNTAD POSESORIA.

Hemos dicho que toda relación material del hombre con las cosas (poderes de hecho) es voluntaria. ¿Cómo se prueba la voluntad de tales relaciones o poderes de hecho? Es voluntaria ¿? como se prueba la voluntariedad de tales relaciones de poderes DE HECHO? En general el orden jurídico parte de lo que normalmente sucede, de aquella conducta habitual de los sujetos o personas. Lo normal, por consiguiente, es que los hombres establezcan relaciones posesorias (simples "poderes de hecho") en forma voluntaria; y lo extraordinario, lo anómalo, es un poder de hecho totalmente involuntario, como cuando alguien es obligado a la fuerza a cargar sobre sus espaldas una cosa..

Luego esta primera clase de voluntad se presume, es decir, se tiene por establecida desde el momento en que vemos a alguien ejerciendo un poder de hecho sobre una cosa, dada la circunstancia de que generalmente nadie somete a su dominación cosas en forma involuntaria, esto es, cosas que no se quieren tener ya para sí, ya para otro. En resumen: el animus de tener de las relaciones posesorias (o sea el más elemental grado de voluntad de las relaciones jurídicas entre el hombre y las cosas) se presume, esto es, se tiene por establecido por el solo hecho de un "señorío efectivo" sobre la cosa.

Con todo lo antes expuesto, pretendo señor juez, que quien se pretende poseedor EN ESTE CASO DE UN BIEN INMUEBLE, para demostrar o probar esa prueba de la posesión comprende dos elementos, EL OBJETIVO O MATERIAL: Y UN SEGUNDO ELEMENTO, QUE ES el subjetivo VOLUNTARIO o INTENCIONAL, si no se prueban ambos elementos, no se puede legalmente tener como poseedor a quien así lo está pretendiendo.

Igualmente con dichos argumentos expuestos, legales jurisprudenciales y doctrinarios, por las razones que a continuación expongo, con el respeto que se merece el señor juez, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario no tenía la razón para que en su providencia dictada en la audiencia celebrada el día 25 de Febrero de 2022, DECLARARA QUE EL TERCERO INCIDENTALISTA COMO SUPUESTO POSEEDOR EN LA MISMA FECHA EN QUE SE REALIZÓ LA DILIGENCIA DE SECUESTRO EL DÍA 28 DE SEPTIEMBRE DE 2021 ERA EL POSEEDOR MATERIAL DEL BIEN INMUEBLE SECUESTRADO, Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO ORDENAR EL LEVANTAMIENTO DE DICHA MEDIDA DE SECUESTRO, LAS RAZONES DE MI INCONFORMIDAD CON ELLO SON LAS QUE A CONTINUACIÓN SEÑALARE, PARA QUE CON BASE EN ELLO SE DECRETE EN SEGUNDA INSTANCIA SEA REVOCADA DICHA PROVIDENCIA. Estas, estas apreciaciones son eminentemente procedimentales, pues las pruebas aportadas por el supuesto tercero incidentalista, no fueron más que las declaraciones rendidas por los testigos: ARIAS JOSÉ ARCOS LÓPEZ, ISRAEL JEMBUEL MOSQUERA, Y EIBAR ALIRIO RIVERA RIVERA, declaraciones estas que en forma genérica al leerlas

e interpretarla bajo los PRINCIPIOS DE LA SANA CRITICA, no son mas que un mar de confusiones y contradicciones, ello con el agravante de que tal como quedo figurando en la grabación y filmación de dicha audiencia, a los mencionado testigos les estaban informando la respuesta que debía darle a cada pregunta que se les hacia, motivo por el cual el señor juez que presidía dicha audiencia, en no me nos de tres o cuatro veces le llamo la atención al señor abogado del incidentalista, hasta el punto de que en el último llamado de atención le dijo a dicho abogado que si continuaba diciéndole las respuestas que debían dar los testigos, la sancionaría, de ello se puede apreciar en la grabación y filmación de dicha audiencia. Estas son razones que desde el punto de vista legal, con el respecto que se merece el criterio del señor juez primero civil del circuito, no considero lo suficiente para HABER DECLARADO QUE EL TERCERO INCIDENTALISTA SEÑOR JAIME GUZMAN ERA POSEEDOR AL MOMENTO DE REALIZARSE LA DILIGENCIA E SCUESTRO DEL BIEN INMUEBLE OBJETO DE DICHA MEDIDA, Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO HABER DECLARADO SE LEVANTARA DICHA MEDIDA DE SECCUESTRO SOBRE EL BIEN INMUEBLE OBJETO DE DICHA MEDIDAS. BASADO EN ESE PUNTO Y EN EL QUE A CONTINUACION EXPONDRE, SON MOTIVOS DE MI INCONFORMIDAD CON LA PROVIDENCIA OBJETO DE APELACION, Y DE LA CUAL SOLICITO SU REVOCACION.

Como si lo antes expuesto fuese poco, sustento mi inconformidad con la providencia APELADA, en una razón de tipo DE TIPO SUSTANTIVO, dejando en claro desde ahora que el derecho SUSTANTIVO impera sobre el procedimental, este argumento con el cual sustento mi inconformidad con la providencia objeto de este RECURSO DE APELACION, consiste en que para la fecha 30 de noviembre de 2019 en que se REALIZO la promesa de compraventa del bien inmueble objeto de este proceso, y que fue secuestrado, celebrado entre la señora LINA ESTHER RODRIGUEZ como promitente vendedora, y el señor JAIME GUZMA como promitente comprador, y quien es proponente de este incidente como tercero supuestamente poseedor en el momento de realizarse la diligencia de secuestro, con anterioridad a esa fecha 30 de noviembre de 2019, ya existía constituida una HIPOTECA ABIERTA constituida según la escritura publica No 5652 DE FECHA 27 DE NOVIEMBRE DE 2017 DE LA NOTARIA CUARTA DE CALI, (hipoteca esta constituida con dos años de anterioridad, y la cual se registro en la oficina de registro de instrumentos públicos de Popayan, tal como se puede observar en la ANOTACION No 6 del folio de la matricula inmobiliaria 120-108295, con fecha de anotación, 7 DE DICIEMBRE DE 2017, fecha esta con dos años de anterioridad a la fecha, con relación a la fecha del 30 DE NOVIEMBRE DE 2019, EN QUE SE REALIZO Y SE FIRMO LA MENCIONADA PRPROMESA DE COMPRAVENTA DEL BIEN INMUEBLE OBJETO DE ESTE INCIDENTE. Es de anotar y resaltar de que no solo el PROMITENTE COMPRADOR SEÑOR JAIME GUZMAN al momento de realizar y firmar la promesa de compraventa, no solo por haberlo visto en el correspondiente certificado de tradición del bien inmueble objeto de esa compraventa, sino también porque en el contenido del contrato escrito de promesa de compraventa, que aparece adjunto como prueba dentro de este incidente, en la PARTE final de LA CLAUSULA SEGUNDA DE DICHO CONTRA ESCRITO DE PROMES DE COMPRAVENTA expresamente se le puso en conocimiento al PROMITENTE COMPRADOR, cuando usted mismo señor juez al leerlo, observara que dice: "LA PROMITENTE VENDEDORA EN TODO CASO SALD AL SANEAMIENTO DE LO VENDIDO EN LOS CASOS DE LA LEY.....SONRE EL PREDIO MENCIONADO RECAE HIPOTECA ABIERTA SIN LIMITE DE CUANTIA, SEGÚN LA ESCRITURA PUBLICA NUMERO 5652 DE FECHA 27-11-2017 OTORGADA EN LA CUARTA DE CALI VALLE, DEBIDAMENTE REGISTRADA EN LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE POPAYAN, BAJO EL FOLIO DE LA MATRICULA INMOBILIARIA NUMERO. 120-108295, la cual la promitente vendedora se compromete a realizar su cancelación en toda su totalidad, para entregar el predio libre de toda clase de gravámenes (HIPOTECAS) . Con lo aquí expuesto y probado, no queda duda alguna que la fecha de la escritura publica de constitución de la hipoteca sobre el bien inmueble objeto de este incidente tiene como fecha de su registro en el certificado de tradición, DOS (2) AÑOS ANTERIOR A LA FECHA DE ELABORACION DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DEL MISMO BIEN INMUEBLE (30 NOVIEMBRE DE 2019). Con base en lo aquí señalado concluimos que el tercero como supuesto poseedor incidentalista, para que le prospere su pretencion, "NO LE BASTA DEMOSTRAR SU POSESION: SINO, SINO QUE EL INCIDENTALISTA, EN ESTE CASO EL SEÑOR JAIME GUZMAN TIENE QUE DEMOSTRAR, PROBAR QUE ES UN "TERCERO), PUES EXISTEN CASOS EN QUE SE PUEDE SER POSEEDOR PERO NO SE UN TERCERO". En este caso, cuando el señor JAIME

GUZMAN A TRAVES DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DEL BIEN INMUEBLE SOBRE EL CUAL EJERCE OPOSICION AL SECUESTRO DEL BIEN INMUEBLE, PUDO HABER RECIBIDO LA POSESION MATERIAL DEL MISMO, PERO ESTE SE HALLABA GRAVADO CON HIPOTECA, evento en el cual ante una diligencia de secuestro de dicho bien inmueble, podría acreditar su calidad de poseedor, pero el señor JAIME GUZMAN en el caso que nos ocupamos, CARECE DE LA CALIDAD DE TERCERO, PORQUE AL COMPRAR A TRAVES DE LA promesa de compraventa que le hizo a la señora Lina Esther Rodríguez, EL SEÑOR GUZMAN ESTABA ENTERADO Y SABIA QUE DESDE DOS (2) años antes SOBRE DICHO BIEN INMUEBLES EXISTIA EL DERECHO REAL ACCESORIO DE HIPOTECA en este caso en favor del la demandante en este proceso, señora DIANA MARCELA GAVIRIA HOYOS.

Es de resaltar señor juez EL CARÁCTER REAL DEL DERECHO DE HIPOTECA, QUE CONFIERE A SU TITULAR, EN ESTE CASO A LA ACREEDORA SEÑORA DIANA MARCELA GAVIRIA HOYOS, LOS ATRIBUTOS DE : 1.- PERSECUCION: Y 2.- PREFERENCIA, siendo por el primero de ellos que el acreedor puede perseguir el bien hipotecado, sin observancia de "EN MANOS DE QUIEN SE SE ENCUENTRE", Ello acorde con lo señalado en el Art. 2452 C.C.C. "LA HIPOTECA DA AL ACREEDOR EL DERECHO DE PERSEGUIR LA FINCA HIPOTECADA, SEA EL QUE FUERE EL QUE LA POSEA, Y A CUALQUIER TITULO QUE LA HAYA ADQUIRIDO.....

Igualmente NOS SIRVE DE SOPORTE LEGAL QUE PERMITIRA QUE MI INCONFORMIDAD CON RELACION A LA PROVIDENCIA OBJETO DE MI RECURSO DE APELACION, LOS CONLLEVE A QUE REVOCADA LA MISMA, ., el Art. 756 C.C.C., QUE TEXTUALMENTE DICE: "SE EFECTUARA LA TRADICION DEL DOMINIO DE LOS BIENES RAICES POR LA INSCRIPCION DEL TITULO EN LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS.

DE LA MISMA MANERA SE EFECTUARA LA TRADICION DE LOS DERECHOS DE USUFRUCTO, O DE USO CONSTITUIDOS EN BIENES RAICES, Y DE LOS DE HABITACION O HIPOTECA.

Al señor JAIME GUZMAN como tercero incidentalista como supuesto poseedor sobre el bien inmueble objeto de secuestro en este proceso, de conformidad con lo señalado en el Num. 8 del Art. 597 C.G. del Proceso, en este caso le corresponde la carga de la prueba de la posesión material al momento de realizarse la diligencia de secuestro, es a el a quien le corresponde probar la posesión material, PERO TRATANDOSE DE PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS Y PRENDARIOS, COMO EN ESTE CASO QUE NOS OCUPAMOS, TAMBIEN EL SEÑOR GUZMAN DEBE DEMOSTRAR QUE ESTA, LA POSESION LA DETENTABA ANTES DE LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA POR SE ESTE GRAVAMEN DERECHO REAL ACCESORIO QUE SE TIENE SOBRE UNA COSA SIN RESPECTO A DETERMINAA PERSONA. Arts. 664 y 756 C.C.C., ADEMAS de ser un bien inmueble que ya estaba jurídicamente comprometido AL PAGO DEL CREDITO U OBLIGACION HIPOTECARIA

Como sobre el bien inmueble objeto de la diligencia de secuestro dentro de este proceso ejecutivo con título hipotecario, a la fecha en que el señor JAIME GUZMAN tercero incidentalista como supuesto poseedor, para la fecha en que este como PROMITENTE COMPRADOR y la señora LINA ESTHER RODRIGUEZ FIRMARON el documento escrito de promesa de compraventa del bien inmueble objeto de este proceso, ya desde dos (2) años antes se encontraba inscrito la hipoteca sin limite de cuantía sobre el mismo bien inmueble, y de lo cual era conocedor el señor JAIME GUZMAN CUANDO FIRMO EL DIA 30 DE NOVIEMBRE DE 2019 el documento de promesa, , de compraventa, eso conlleva a que si bien podía ser poseedor, no demostró siendo que a el dentro de este incidente por mandato legal Le correspondia probar ser tercero, porque el al momento de firmar la promesa de compraventa, estaba enterado y lo sabia que con dos años antes se había inscrito en correspondiente certificado de tradición la existencia de un gravamen de hipoteca sobre el mismo inmueble a que se refiere la promesa de compraventa lo cual hacia que el señor JAIME GUZMAN NO FUESE UN TERCERO Opositor como poseedor, SITUACION QUE LO CONLLEVABA A QUE SUS PRETENCIONES EN ESTE INCIDENTE LE FUESEN FALLIDAS O NEGADAS POR PARTE DEL JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, lo cual no se dio así, y sustentado con todo lo antes expuesto he interpuesto RECURSO DE APELACION con relación a la providencia dictada el día 25 de Febrero de 2022, y que resolvió este incidente accediendo a la pretensiones invocadas por el señor JAIME GUZMAN, y que con el respecto que se merece el señor juez primero civil del circuito de POPAYAN, MI INCONFORMIDAD y desacuerdo con su providencia, me conlleva a solicitarle AL SEÑOR JUEZ A QUE, decretar la REVOCATORIA DE LA PROVIDENCIA APELADA, como consecuencia de ello decretar que el señor JAIME GUZMAN NO PROBO SER UN

TERCERO POSEEDOR AL TIEMPO DE REALIZARSE LA DILIGENCIA DE SECUESTRO OBJETO DE DICHA MEDIDA DENTRO DE ESTE PROCESO, SI POR ALGUNA RAZON SE CONSIDERA QUE EL SEÑOR GUZMAN SI ERA POSEEDOR, EL MENCIONADO INCIDENTALISTA NO PROBO SER UN TERCERO PARA PODER PROMOVER ESTE INCIDENTE, YA QUE EL SEÑOR JAIME GUZMAN AL FIRMAR LA PROMESA DE COMPRAVENTA EL DIA 30 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 2.019 ENTRE EL SEÑOR JAIME GUZMAN COMO PROMITENTE COMPRADOR Y LA SEÑORA LINA ESTHER RODRIGUEZ, ERA CONOCEDOR QUE DESDE DOS AÑOS ANTES EXISTIA INSCRITA EN EL CORRESPONDIENTE CERTIFICADO DE TRADICION, LO CUAL conllevaba a que el señor GUZMAN NO HUBIESE PROBADO DICHA CALIDAD DE TERCERO, POR TAL MOTIVO, TENIENDO EN CUENTA QUE EL CARÁCTER REAL DEL DERECHO DE HIPOTECA, CONFIERE A SU TITULAR DIANA MARCELA GAVIRIA HOYOS, LOS ATRIBUTOS DE_ 1-PERSECUCION, Y 2-PREFERENCIA, ORDENE QUE LA ACREEDORA CONTINUE CON LOS TRAMITES DE SU PROCESO HIPOTECARIO HASTA LLEVAR A REMATE EL BIEN HIPOTECADO Y SECUESTRADO PARA QUE CON DICHS DINEROS SE PAGUE LA TOTALIDAD DE LA OBLIGACION HIPOTECARIA (CAPITAL, INTERESES MULTAS ETC.,

A N E X O S

1-.Como soporte jurídico aporporto providencia de segunda instancia de LA SALA CIVILFAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE EREIRA DENTRO DE LA apelación propuesta dentro del proceso ejecutivo hipotecario del DEMANDANTE: TITULARIZADORA COLOMBIA S,A, contra el DEMANDADO ELIAZ ARBELAEZ MEJIA. TEMA:: OPOSICION SECUESTRO- TERCERO. RADICACION:2.014 -00044-O1. MAGISTRADO SUSTACIADOR: DUBERNEY GRISALES HERRERA.

Leida esta providencia a un caso similar a aquel objeto de mi recurso de apelación, por favor solicito `proceder de confirmidad

ATENTAMENTE.



JOSE LEONEL RODRIGUEZ C.

T,P. No 24,665 c.s.j.

C.C. No6-455.398EMAIL rodriguezcoyjoseleonel@gmail.com

Calle 11 No5-61 Of. 801, whatsapp 3172290057 CALI VALLE

EMAIL rodriguezcoyjoseleonel@gmail.com



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA
DISTRITO DE PEREIRA – RISARALDA

Asunto : Decide Apelación Auto
Trámite : Ejecutivo Hipotecario
Ejecutante : Titularizadora Colombiana S.A.
Ejecutado : Elías Arbeláez Mejía
Procedencia : Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal
Tema : Oposición Secuestro – Tercero – Condena en Costas
Radicación : 2014-00044-01 (Interna 9108 - L.R.G.)
Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Pereira, noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014)

1. ASUNTO POR DECIDIR

La Apelación interpuesta por la parte **OPOSITORA**, contra el Auto que **NEGÓ** la **OPOSICIÓN** al **SECUESTRO** de un inmueble aprehendido en el proceso de la referencia, previas las apreciaciones jurídicas que enseguida se plantean.

2. PROVIDENCIA RECURRIDA

Aparece datada el día 23-07-2014 y con ella se **NEGÓ LA OPOSICIÓN** de la señora Clemencia Patiño Cardona, al secuestro practicado en mayo 23 de 2014, sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria 296-41858, al considerar que no tenía la condición de **"TERCERA"** porque su derecho lo derivaba de la parte ejecutada en el proceso, a pesar de haberse probado que tiene la calidad de poseedora del predio:

3. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Pretende la incidentante, que se revoque el precitado proveído, para que en su lugar, se declare próspera la oposición, arguyendo que, no hay duda conforme el acervo probatorio, que para la fecha de la diligencia de secuestro, tenía la posesión material, quieta, pacífica con ánimo de señora y dueña, del inmueble objeto de la medida, con una antigüedad aproximada de 3 años.

Refiere que a la opositora no puede considerársele causahabiente del ejecutado en el proceso; en cuyo asocio pretendan defraudar los intereses del ejecutante, porque desde el momento en que entró a poseer el bien inmueble, ha ejercido actos propios de quien se reputa como señora y dueña, entre los que se incluye mejoras efectuadas al bien.

Finalmente, manifiesta estar en desacuerdo con la condena en costas y perjuicios, porque no se causaron en el trámite incidental y el monto de las agencias es elevado para la gestión desplegada por el apoderado judicial de la parte actora del proceso.

4. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR

4.1 La competencia funcional.

Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superior jerárquico del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal - Risaralda, donde cursa el proceso.

4.2 El problema jurídico para resolver.

¿Es procedente modificar, confirmar o revocar la decisión del A Quo, quien negó la **OPOSICIÓN AL SECUESTRO DEL INMUEBLE** dado en garantía hipotecaria, en este proceso de ejecución con garantía real?

4.3 La resolución del problema jurídico.

4.3.1 Los presupuestos de viabilidad.

Siempre es indispensable la revisión de los supuestos de viabilidad del recurso, como rotula la doctrina¹⁻², a efectos de examinar el tema discutido por vía de apelación. Se dice que son ellos una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión. Y como anota el profesor López Blanco: *“En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo.”*²

Los requisitos son concurrentes, si está ausente uno, debe desecharse el estudio de la impugnación. Para el *sub lite* son: legitimación, oportunidad, procedencia y sustentación; todos debidamente satisfechos en el *sub examine*.

¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 9ª edición, Dupré Editores, p. 742

² PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho procesal civil, Tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, Pág. 276

³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. Cit., Pág. 746

4.3.2 El análisis del caso concreto.

Habrà de confirmarse la decisi3n interlocutoria impugnada, con apoyo en los planteamientos jur3dicos hechos en primer grado, habida consideraci3n de que se avienen a lo regulado por nuestro sistema positivo.

En efecto, se **neg3 la oposici3n** porque quien aleg3 la posesi3n deriva tal derecho de quien es la parte ejecutada en el proceso hipotecario, donde justamente se hace valer la garanti3 hipotecaria; raz3n asiste a la juzgadora que as3 resolvi3, pues el primer supuesto, que es de fondo, consiste en que se legitima para postular la s3plica opositora a la cautela, quien sea tercero, es decir, **AJENO A LAS PARTES TRABADAS EN LA LITIS.**

Si bien el Estatuto Procesal Adjetivo omite una noci3n sobre qui3n es parte y qui3n tercero, lo cierto es que la doctrina nacional se inclina para entender que son aquellos que no tienen la calidad de demandante o demandado procesal³, y su participaci3n en el litigio obedece a factores diferentes a los de aquellas.

Ninguna discusi3n ofrece que la pretensa opositora adquiri3 sus "derechos" del se3or Arbel3ez Mej3a, ejecutado en este proceso, por ende, es su causahabiente, calidad que en nada se desfigura porque act3e de buena fe, como sostiene el procurador judicial recurrente. N3tese que no es ajena al ejecutado.

Sin duda, en principio, pareciera que la resistencia a la cautela, se hace por quien tiene un inter3s ajeno a la pretensi3n ejecutiva de pago con el bien hipotecado, pero cuando se detalla el origen de los derechos alegados, pronto se advierte su g3nesis en cabeza del ejecutado, y so pretexto de privilegiar la buena fe, no se puede desnaturalizar el derecho real de hipoteca y sus caracteres distintivos.

Es que no basta demostrar la posesi3n, pues se comparte lo dicho por el reconocido procesalista, L3pez Blanco⁴: "T3ngase muy presente que no basta demostrar la calidad de poseedor sino que siempre es menester acreditar la de tercero, o, en otras palabras, la de tercero poseedor, pues existen casos donde se puede ser poseedor pero no tercero, por ejemplo, cuando adquiero un bien y recibo la posesi3n material del mismo pero este se halla gravado con hipoteca, evento en el cual ante una diligencia de secuestro bien podr3a acreditar mi calidad de poseedor pero carezco de la calidad de tercero, porque al comprar sab3a de la existencia del derecho real accesorio de hipoteca."

³ ROJAS G3MEZ, Miguel Enrique. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogot3 D.C., P3g. 83

⁴ L3PEZ BLANCO, Hern3n Fabio. Procedimiento civil colombiano, parte especial, 2004, 8ª edici3n, Dupr3 Editores, p. 875

⁶ PINEDA RODR3GUEZ, Alfonso y otro. El t3tulo ejecutivo y los procesos ejecutivos, 2006, 6ª edici3n, Editorial Leyer, P3g. 253

Y por supuesto que la providencia de la Sala Unitaria de este Tribunal, referida en la decisión, en sustento de la tesis enfilada allí, se prohíba sin miramientos, también en esta oportunidad.

En refuerzo de lo dicho, importa resaltar el carácter real del derecho de hipoteca, que confiere a su titular los atributos de (i) Persecución; y, (ii) Preferencia⁵, siendo por el primero de ellos, que el acreedor puede perseguir el bien hipotecado, sin observancia de: "en manos de quien se encuentre." Ello de conformidad con lo establecido en el Art. 2452 del Código Civil, y, siempre que no se trate del caso excepcional allí contemplado.

Así las cosas, quien ejerza la posesión al título que sea, luego que se encuentre constituido el gravamen (Si es anterior y un tercero, la situación es absolutamente diferente y no corresponde a este caso⁵), debe atenerse a que el acreedor que ejecute, con fundamento en su garantía hipotecaria -incluidas desde luego, las cautelas como instrumentos procesales para hacer eficaz un fallo-, pueda llevar a subasta el bien gravado, para pagarse la obligación insoluta; de donde se infiere en sana lógica, que la oposición a tales medidas, se trunque in limine ante el derecho erga omnes del acreedor.

Si en gracia de discusión se pudiera avanzar en el examen del asunto, la disertación llegaría a la misma conclusión negativa, ora porque la posesión esgrimida tiene una data posterior a la fecha de inscripción de la hipoteca en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, de tal suerte que el efecto de publicidad se había cumplido y mal podría desconocerse sin más.

En el norte acabado de apuntar, conviene citar en forma textual las reflexiones de la doctrina, en particular lo expuesto por el profesor Chica Torres⁶ en su obra:

"(...) el tercero corre con la carga de la prueba, así entonces debe probar la posesión material al tiempo de efectuarse el secuestro, PERO TRATÁNDOSE DE PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS Y PRENDARIOS, TAMBIÉN DEBE DEMOSTRAR QUE ESTÁ LA POSESIÓN MATERIAL LA DETENTABA ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA o DE LA PRENDA POR SER ESTOS GRAVÁMENES DERECHOS REALES ACCESORIOS QUE SE TIENEN SOBRE UNA COSA SIN RESPECTO A DETERMINADA PERSONA (CC, Arts. 664 y 756). Además, SON BIENES

⁵ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Algunas garantías civiles, 2013, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Págs. 247-284

⁶ CHICA TORRES, Héctor. Incidente de levantamiento de embargo y secuestro instructivo, 2011, Bogotá DC, Ediciones Nueva Jurídica, Pág. 44

(...).

*“Ante todo, aquí tiene plena vigencia y aplicabilidad el aforismo latino “prius in tempore, protoir in iure” (el primero en el tiempo es primero en el derecho) y es precisamente con base en esta máxima al cual primero que todo debe concurrir el poseedor material para esgrimir su defensa ante tan categórico derecho otorgado al acreedor por la ley, de perseguir el bien gravado con hipoteca o prenda en cabeza de quien lo tenga, cualquiera sea el título a que lo haya adquirido. En otro orden de ideas, el incidentista tendrá que demostrar que su posesión en el tiempo viene ejerciéndola y existía previamente a la constitución y registro del indicado gravamen, con esto desquiciará el derecho de persecución consagrado en el artículo 2452 del Código Civil, que si bien el acreedor no lo ve debilitado, lo hace efectivo pero corriendo con la contingencia de que en la venta en pública subasta se lleve adelante sin perjuicio del tercero poseedor, a quien el rematante tendrá luego que perseguir en acción reivindicatoria.”*⁷

En la misma línea de pensamiento expuesta, y para relieves más el carácter de derecho real, dígame con palabras del profesor Velásquez Jaramillo⁸, que:

“LA ACCIÓN ES SIMPLEMENTE UNA ACCIÓN EJECUTIVA DE MAYOR PODER QUE LA ORDINARIA o SIMPLE. PUESTO QUE PUEDE PERSEGUIR EL PAGO EN EL PATRIMONIO DE QUIEN LA TENGA EN SU PODER AUNQUE SEA DIFERENTE AL DEUDOR QUE ASUMIÓ EL COMPROMISO OBLIGACIONAL.”

Antes de finalizar, preciso es indicar que tampoco se modificará lo atinente a la Condena en Costas, en razón a que se comparte lo decidido por la A Quo, porque se ajusta a lo prescrito por el artículo 686, inciso 10º del CPC y al Acuerdo 1887 de 2003

La condena en costas aparece regulada por el Estatuto Procesal Civil en los artículos 392, 393 y 395. Se tiene establecido que de acuerdo a tales reglas, su imposición es de tipo objetivo⁹, esto es, se imponen a la parte que resulte vencida, y siempre que se den los supuestos fácticos prescritos por una norma, dice su tenor literal:

“(...) Además en los casos especiales previstos en este código. (...)”; por este motivo, es un tema excluido de la congruencia del fallo.¹²⁻¹⁰

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de septiembre 13 de 1968

⁸ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes, 1ª edición, Librería Jurídica Comlibros, Medellín A., 2008, Pág. 136

⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, 7ª edición, Bogotá, editorial Diké, 1990, p. 468

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 9ª edición, Dupré Editores, p. 1069

¹⁰ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo II, cuarta edición, editorial Temis, Bogotá DC, 1994, Pág. 475

Subyace en ese criterio que como se trata de una consecuencia negativa para la parte a la que se le impone la condena en costas, aplica en su hermenéutica jurídica, lo dispuesto por el Art. 43 de la Ley 153 de 1887, que es el principio de legalidad de las penas o sanciones, por manera, que ha de mediar norma expresa que consagre la referida condena.

En general, hay condena en costas cuando se pierde el proceso, se resuelve en forma adversa el recurso de apelación, de súplica, queja, casación, revisión y anulación; de igual manera prescribe la normativa que se impone cuando se resuelva en forma desfavorable un incidente, las excepciones previas, una nulidad o un amparo de pobreza y también cuando se levante el embargo y secuestro en los eventos del artículo 687 del CPC. Es inane, para el juez, examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido.

La reforma de la Ley 1395 tuvo como propósito “(...) *exigir mayor responsabilidad a los litigantes en el empleo de instrumentos procesales a su disposición y disuadirlos del abuso del derecho de litigar.*”¹¹

Y para el caso en revisión, evidente se aprecia que media una preceptiva que manda condenar cuando se fracase en la oposición, ello basta para su imposición, sin que se necesario escrutar en la conducta procesal de la parte favorecida.

5. LAS DECISIONES FINALES

A tono con las premisas jurídicas plasmadas líneas atrás, deviene imperativo confirmar íntegramente el auto venido en alzada. Se advertirá que esta decisión es irrecurrible (CPC, Art. 29), se ordenará devolver el expediente al Juzgado de Origen y se condenará en costas, en esta instancia (Ib., Art. 392-1°).

Conforme al Art. 19 de la Ley 1395 del diciembre 7 de 2010, que modificó el Art. 392 del CPC, se fijarán como Agencias en Derecho la suma de \$616.000.00, según el Art. 6° numeral 1.12.1 del Acuerdo 1887/03 del Consejo Superior de la Judicatura.

Adviene pertinente aducir que en esta instancia, la causación de la condena se funda en la necesaria compensación para el contendiente favorecido, habida cuenta de la

¹¹ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Apuntes sobre la ley de descongestión, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, Pág. 52

expectativa generada por la alzada y el tiempo que necesariamente tuvo que estar pendiente de las resultas del asunto, así razona la Corte Suprema de Justicia.¹²

Por último, menester es señalar que el trámite surtido no fue por vía de incidente, en los términos del Art. 135 y siguientes del Régimen Adjetivo Civil, pues este figura reservado para cuando se promueve dentro de los veinte (20) días siguientes al secuestro (Art. 687-8); entonces, impropio era indicar que se decidía un incidente y hablar de parte incidentista e incidentada; aspecto este que resulta trascendente frente a la procedencia de la apelación y el efecto en que la misma ha de concederse.

Nótese que el efecto está regulado en forma diversa, para el **auto que decide el incidente** (Art. 138) y aquel que resuelve “**un trámite especial que lo sustituya**” como decía el Art. 351, antes de la reforma de la citada Ley 1395; el caso bajo examen había norma expresa que habilitaba la segunda instancia.

Infortunado fue el *lapsus* en que se incurrió en el auto de concesión de la alzada, cuando se dijo que: “**Ejecutoriada**”, refiriéndose al proveído que concedió la apelación, ya que en realidad estaba vencido el término de “ejecutoria”, pero no ejecutoriada la decisión.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA UNITARIA DE DECISIÓN,**

R E S U E L V E:

Primero. CONFIRMAR el Auto apelado, por lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. CONDENAR en Costas a la parte opositora, que fracasó en la alzada, las cuales, Se liquidarán por la Secretaría de este Tribunal.

Tercero. FIJAR como Agencias en Derecho la suma de \$616.000.00

Cuarto. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.

Quinto. DEVOLVER el expediente al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal – Risaralda.

NOTIFÍQUESE

DUBERNEY GRISALES HERRERA

Magistrado

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia del 06-03-2013; MP: Fernando Giraldo Gutiérrez, radicado 2008-00628-01
