

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE FAMILIA****MAGISTRADA: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ.****SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020).

Ref. Proceso de sucesión Rad. 11001311001220130096901 del causante Alfonso Cárdenas Murcia- Apelación Auto del 10 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Dos de Familia de Bogotá.

El auto recurrido en apelación resolvió sobre dos aspectos controvertidos en esta instancia: 1) negó la nulidad propuesta y, 2) rechazó la oposición a la entrega de un bien ordenada en la sentencia. Dos solicitudes planteadas por el apoderado opositor, ambas confirmadas por decisión mayoritaria.

Estoy de acuerdo con lo primero (la nulidad), mantengo algunas reservas sobre el segundo aspecto, debido a la postura asumida por la suscrita en proceso radicado **11001-31-10-013-2011-00155-01** (ponencia derrotada), acerca del mismo tema, proyecto cuyo sustento, en síntesis, se fundamentó en el siguiente razonamiento:

1. El mecanismo jurídico previsto en el ordenamiento jurídico para la protección del derecho de dominio cuando el titular o sus herederos fueron despojados de la posesión material, es el proceso reivindicatorio.

2. El secuestro de un bien no tiene por objeto la discusión definitiva sobre los alcances de la posesión, tal como lo tiene decantado la Sala de Casación Civil, de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y lo explicó en sentencia del trece (13) de julio de dos mil nueve (2009). Ref.: 11001-3103-031-1999 01248-01 Dr.

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ así:

“Por su parte, el secuestro, en esencia, se contrae a la entrega del bien al auxiliar de la justicia que se designe, para que lo custodie, conserve o administre, y, posteriormente, lo entregue a quien obtenga una decisión judicial a su favor (art. 2273 del C.C.), detentación que realiza como un mero tenedor, reconociendo dominio ajeno (art. 775 del C.C.), de lo que, al tiempo, se desprende que la detentación de la cosa cautelada por parte del secuestre, no es a nombre propio, ni con ánimo de señor y dueño.

De lo anterior se colige que la situación que aflora del secuestro tampoco se acomoda a las previsiones de los referidos numerales 1º y 2º del artículo 2523 del Código Civil, pues en frente de esta medida cautelar, no surge, necesariamente, la cesación del poder o señorío que el poseedor tiene sobre el respectivo bien, ni, lo que resulta cardinal, se da origen a una nueva posesión en cabeza del secuestre o depositario.

8. Esta Corporación, desde el 8 de mayo de 1890, ha señalado que *“[e]l embargo no interrumpe ni la posesión ni la prescripción, porque la ley no ha reconocido esto como causa de interrupción natural o civil, como puede verse en los artículos 2523 y 2524 del Código Civil...”* (G.J. T. XXII, pág. 376).

Ese criterio lo reiteró en sentencia del 16 de abril de 1913, en la cual, además, señaló que “el depositario no adquiere la posesión, desde luego que su título es de mera tenencia, conforme el artículo 775 del Código Civil. Si el poseedor de la cosa antes de ser depositada en un juicio ejecutivo es el deudor, por el hecho del depósito no pierde éste la posesión, y lo mismo acontece respecto de un tercero, si es éste el poseedor. El ánimo de dominio, que es uno de los elementos de la posesión, no pasa al depositario, y éste tiene en nombre de la persona de cuyo poder se sacó la cosa mientras ésta no sea rematada. Si así no fuera, bastaría para arrebatarse la posesión de terceros, denunciar sus bienes en juicios ejecutivos y obtener el depósito de ellos” (G.J. T. XXI, págs. 372 a 377; se subraya).

Posteriormente, mediante fallo adiado el 30 de septiembre de 1954, la Corte insistió en la precedente tesis y explicó que “[e]l embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna en el C. C., que se oponga a la usucapión o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación” (Casación, 4 de julio de 1932, XL, 180)” (G.J., T. LXXVIII, págs. 709 y 710; se subraya).

A su turno, en pronunciamiento del 28 de agosto de 1973, en el cual se casó la sentencia recurrida, la Sala aseveró que “el secuestro es un título de mera tenencia, como se sigue de los artículos citados en el cargo: 762, que define la posesión como ‘la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño’, relación de hecho esencialmente distinta de la que se origina entre el secuestre y la cosa, en la cual éste tiene a nombre del propietario; del 775 ib., que llama ‘mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño’; y el 786 ib., según el cual ‘el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la mera tenencia...’”

Puntualizó luego, que “[s]on inexplicables estas palabras de la Sala sentenciadora: ‘Es inadmisibles por ser contraria a la lógica y a la naturaleza de la institución, la coexistencia en una misma cosa de dos posesiones distintas y

contrapuestas'. Lo que realmente es contrario a la lógica y a la institución de la posesión, es suponer que el secuestro -que es título precario- sea posesión. El secuestro, por ello, tiene la cosa en lugar y a nombre del poseedor; éste sigue poseyéndola a través de aquél, y el tiempo del secuestro aprovecha al poseedor, como si éste ejecutase sobre la cosa los actos materiales que integran el estado posesorio" (se subraya).

Más adelante, en el mismo proveído, estimó que a no ser por el desacierto en que incurrió el Tribunal, dicha autoridad "no habría aceptado el secuestro como interrupción de la posesión, transgrediendo con ello los artículos 778 y 2521 del Código Civil -también citados por el recurrente-, preceptos que prevén la continuidad de la posesión para los efectos de la usucapión, como en el caso actual, en razón de los títulos registrados que figuran en autos" (Cas. Civ., sentencia del 28 de agosto de 1973).

En oportunidad más cercana, la Corporación insistió en que ni el embargo, ni el secuestro de un bien, traducen la interrupción de la prescripción adquisitiva, puesto que "medidas judiciales de ese linaje constituyen apenas títulos de mera tenencia como lo tiene definido el artículo 775 del mismo código [civil], luego de los secuestros debe decirse que son siempre servidores de la posesión ajena, o por mejor expresarlo ejecutores materiales del señorío posesorio que otros ostentan..." (se subraya). Adelante observó, que cualquiera sea la modalidad y la finalidad del secuestro practicado, él "... 'se perfecciona con la entrega de la cosa que a título precario hace el juez al secuestro; y este cesa en sus funciones cuando, en acatamiento de la orden judicial que así lo dispone, restituye el bien o bienes a quien por derecho corresponda. Durante el lapso comprendido entre estos extremos, más o menos largo según las contingencias de la litis, el secuestro está en relación con la cosa a título de mero tenedor y en definitiva tiene a nombre del propietario o de quien llegue a serlo...' (G.J. Tomo CXXXVIII, pág. 351). Dicho en otras palabras, el secuestro de bienes no tiene de suyo virtualidad para actuar indefectiblemente como causa determinante de la interrupción natural o civil de una prescripción en curso, ello por cuanto puede existir plena compatibilidad con la posesión del prescribiente y el 'animus rem sibi habendi', por efecto del depósito judicial, no lo asume el secuestro, siguiéndose de ello, entonces, que recibida del mentado auxiliar la tenencia física por parte de quien venía poseyendo con anterioridad, la respectiva situación posesoria se reputa subsistente durante todo el tiempo en que la medida tuvo efectiva vigencia, habida cuenta que en esas condiciones, en ausencia de prueba positiva en contrario y por mandato de los artículos 792 y 2523 del Código Civil según se apuntó con anterioridad, la posesión debe juzgarse legalmente recobrada y por lo tanto continuada sin interrupción (cfr, Tomo XXII, pág. 372, XL, pág. 180 y CIII pág. 105-106)" (Cas. Civ., sentencia del 22 de enero de 1993, expediente No. 3524; se subraya).

9. Paladino aflora, en consecuencia, el yerro jurídico en que incurrió el Tribunal en el presente caso, al considerar que el secuestro del inmueble materia de la litis, practicado dentro de un proceso ejecutivo en el que no es parte el aquí actor, tuvo como efecto que la posesión ejercida por él se hubiera interrumpido naturalmente, de la manera especificada en el numeral 2º del artículo 2523 del Código Civil, toda vez que, como quedó suficientemente establecido, la referida medida, como tampoco la de embargo, están establecidas en la ley como generadoras de esa forma de interrupción de la prescripción adquisitiva y por cuanto ni una ni otra, ni las dos en conjunto, caben dentro de las específicas hipótesis desarrolladas por el precitado precepto, equivocación que por sí sola conduce, indefectiblemente, al quiebre del fallo cuestionado".

Postura reiterada en sentencia del 13 de diciembre de 2010, con ponencia del H. Magistrado Jaime Arrubla Paucar, en el radicado No.2003-00103-01, en la cual se dijo: *“Igualmente que al señalar el ad quem, que el poder de señorío de la precitada señora, se interrumpió el 22 de febrero de 1999, **estaba significando, en primer lugar que la “medida de secuestro no origina per se o necesariamente la interrupción de la posesión que alguien ejerce”**, lo tiene explicado la Corte, y en segundo término, que esa cautela no fue eficaz para que el propietario ejecutado recuperara, al menos durante su vigencia, la aprehensión material, por lo que el secuestro, así sea en teoría continuó ostentándola a nombre de la poseedora, en consideración a que, en palabras de la sala, **“el tiempo del secuestro aprovecha al poseedor”**.”*

*“La anterior conclusión, por supuesto, no podía ser de otra manera, porque en lo que concierne al caso, si bien la poseedora contaba en el proceso ejecutivo, contaba con la posibilidad de reclamar la posesión material al momento del secuestro, o dentro de los veinte días siguientes, de conformidad con los artículos 686, nral 2º, y 687 nral 6º del artículo 687 del C.P.C., debe entenderse, **en garantía del derecho de defensa, que ello tenía lugar cuando la diligencia de secuestro le era oponible, por si no, los términos tenían que computarse a partir de la época en que se enteró de su existencia.**”*

En el caso la medida no pudo afectar a la poseedora, porque como se observa en el acta, nadie atendió la diligencia y a ninguna persona se le informó acerca de su práctica, al punto que ni siquiera se constató la presencia de moradores, pues, el predio se identificó mediante “recorrido” en una embarcación, y porque no aparece que previo al levantamiento del secuestro, a raíz del remate del bien, dicha señora hubiera intervenido en el proceso...”

En la referida sentencia del 13 de diciembre de 2010¹, la Corte ha indicado que el secuestro transfiere la tenencia de un bien, pero no priva de la posesión a quien la ostentaba al momento de materializarse. Asumo sobre la base de la tesis de la Corte Suprema de Justicia, que la diligencia de secuestro no agota el debido proceso para discutir la existencia o no de la posesión, porque no priva de ella a quien la ostenta, transmite la tenencia al auxiliar de la Justicia, por tanto, no podría tener el carácter definitorio del derecho y la situación de hecho en conflicto.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de diciembre de 2010, Radicado No. No.2003-00103-01, ponencia del H. Magistrado Jaime Arrubla Paucar.

Por otra parte, casos habrá en que la medida cautelar sea inoponible a quienes alegan posesión, trayendo en lo relevante para la actual controversia, dos reglas trascendentales de vieja data decantadas por la jurisprudencia: 1) Ningún acto incluyendo la medida cautelar del secuestro, es oponible a quien no tuvo ocasión de controvertirlo; y, 2) El secuestro no es poseedor, pues aún en el evento de detentar la tenencia del bien sustraído a la posesión, no elimina sus potenciales efectos cuando aquella no es restaurada al propietario a través del mecanismo legal previsto para esos efectos, cual es la acción de reivindicación ejercida en el proceso correspondiente, tal como lo planteó la sentencia del 13 de julio de 2009, ya citada.

3. Si ello es así, quien era poseedor al momento del secuestro continúa siéndolo para el momento de la sentencia, y el juzgador podrá entregar el título del bien, pero no la posesión que sigue radicada en quien la tenía al momento de materializar la medida cautelar, pues, tal como lo indica la Corte, en la sentencia arriba citada, *“el secuestro, en esencia, se contrae a la entrega del bien al auxiliar de la justicia que se designe, para que lo custodie, conserve o administre, y, posteriormente, lo entregue a quien obtenga una decisión judicial a su favor (art. 2273 del C.C.), **detentación que realiza como un mero tenedor, reconociendo dominio ajeno** (art. 775 del C.C.),*

4. La pregunta a resolver entonces, será ¿debe el Juez prescindir de la posesión al ordenar la entrega, rechazarla, para hacer prevalecer la titulación consolidada en una sentencia emitida en un proceso cuyo objeto no ha sido definir los efectos de la detención material de un bien con ánimo de señor y dueño?

5. A mi modo de ver, la entrega debe realizarse sin perjuicio de la posesión, quien tiene la titularidad del derecho podrá acudir al proceso reivindicatorio y vencer al poseedor agotando el debido proceso para consolidar la titularidad y posesión del bien, como debe ser, no por medio de una medida precaria, que insisto, transfiere la mera tenencia del bien.

6. De hecho, la decisión mayoritaria cae en cuenta de la contradicción generada en la interpretación normativa o quizá implícita en las disposiciones asociadas al precario alcance de la medida cautelar en la condición de mera tenencia generada con el secuestro, cuando a pesar de rechazar la oposición a la entrega con fundamento en lo previsto en el artículo el artículo 308 del Código General del

Proceso, termina remitiendo al opositor a discutir su derecho en el proceso pertinente, que entiendo sería el de “pertenencia”, o prescripción adquisitiva, es decir, acepta que hay una posesión produciendo efectos, sólo que invierte las cargas procesales y sociales, pues el poseedor se reputa dueño mientras no se pruebe en contrario y quien debe demandar la reivindicación es quien ha perdido la posesión, agotando el debido proceso judicial.

A manera de conclusión, considero que **la entrega procederá una vez agotada la discusión sobre la posesión, la que no puede darse cuando se rechaza de plano la oposición, sin garantizar al menos la posibilidad de contradicción. Por eso mi salvamento de voto es parcial.**

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lucía Josefina Herrera López', with a horizontal line extending to the left and right of the signature.

**LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ.
MAGISTRADA.**