

PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO - INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR
RADICACIÓN No. 19001-31-03-001-2020-00072-02
DEMANDANTE: DIANA MARCELA GAVIRIA HOYOS
DEMANDADO: LINA ESTHER RODRÍGUEZ PLAZAS
APELACIÓN AUTO QUE ORDENA LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR DE SECUESTRO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, once (11) de julio del año dos mil veintidós (2022).

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante y ejecutada, contra el Auto No. 126 del 25 de febrero de 2022 proferido en audiencia de incidente de levantamiento de cautelas, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, dentro del proceso ejecutivo hipotecario iniciado por Diana Marcela Gaviria Hoyos en contra de Lina Esther Rodríguez Plazas, interviniendo como tercero poseedor e incidentante el señor Jaime Guzmán.

EL AUTO APELADO

En la referida providencia, el *a quo* resolvió declarar *"que el incidentante Jaime Guzmán, tenía la posesión material del inmueble hipotecado y aprehendido al interior de la presente ejecución, al tiempo en que se practicó su secuestro"*. En consecuencia, ordenó el levantamiento de la medida cautelar del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria número 120-108295, disponiendo oficiar *"a la secuestre actuante para que realice la entrega material al incidentante"*.

LA APELACIÓN

Inconformes con esta determinación, la parte ejecutante y ejecutada, interpusieron recurso de apelación, se entiende, para que sea revocada y se mantenga la medida cautelar previamente decretada.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo dispuesto en el artículo 321, numeral 8°, ésta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación impetrado; además, acorde con lo señalado por el artículo 35, *ibídem*, la Sala de Decisión debe resolver la apelación de las sentencias y la apelación formulada contra el auto que rechace el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto, o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella, en tanto que **"el Magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la Sala de Decisión"**. En consecuencia, el recurso aquí interpuesto compete resolverlo sólo al Magistrado Sustanciador.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Procede modificar el auto fechado el 25 de febrero de 2022, mediante el cual el *A Quo* ordenó el levantamiento del secuestro practicado por comisionado al bien inmueble objeto de garantía real?

TESIS DEL DESPACHO. Procede modificar el auto fechado el 25 de febrero de 2022, para disponer también, el levantamiento de la medida de embargo practicado sobre el mismo, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 328 y 597 del C.G.P. Lo anterior, porque el tercero opositor demostró ejercer actos de posesión al tiempo en que se practicó la diligencia de secuestro y desvirtuó el reconocimiento de dominio ajeno que en principio supone la celebración del contrato de promesa de compraventa, al pactarse en ella, la entrega al futuro comprador, en posesión material del bien.

CASO CONCRETO: Por efectos metodológicos, el despacho presenta divididos, los argumentos en los que respalda la respuesta al problema jurídico planteado:

• **Antecedentes que dieron origen al incidente de levantamiento de la medida cautelar:**

1. Mediante Comisorio No. 001 del 06 de abril de 2021¹, emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, se solicitó al Juez Promiscuo Municipal de Morales - Cauca, realizar la diligencia de secuestro² ordenada en auto 023 del 20 de enero de 2021, corregido por auto del 21 de ese mes y año, sobre el inmueble objeto de ejecución³, el cual se identifica con matrícula inmobiliaria número 120-108295 y se encuentra ubicado en la vereda "matarredonda"⁴ del municipio de Morales - Cauca.

2. El día 28 de septiembre de 2021 del año anterior, el Juez Promiscuo Municipal procedió a efectuar la diligencia encomendada, dejando constancia que no fue posible ingresar al predio pues se encuentra "cerrado" y no se halla ninguna persona en él. Sin embargo, dijo identificar (sic) el inmueble y dejó constancia que no se presentó "ninguna oposición", declarándolo secuestrado y ordenando su entrega "real y material" a la secuestre.

3. El despacho comisorio se agregó por el comitente, a través de auto 643 del 07 de octubre de 2021.

4. Posteriormente, mediante correo electrónico del 05 de noviembre de 2021 (10:23 a.m.), el señor Jaime Guzmán, aduciendo calidad de "tercero poseedor" presentó por conducto de apoderado judicial, incidente

¹ Ordenado en auto 023 del 20 de enero de 2021, corregido por auto del 21 de ese mes y año.

² Ordenado en auto del 16 de septiembre de 2020

³ Previamente embargado según anotación del 23 de noviembre de 2020, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria número 120-108295.

⁴ El comisionado deja constancia que su ubicación es en la vereda "El Rosal" del municipio de Morales - Cauca.

de levantamiento de "embargo y secuestro", expresando en esencia, que el 30 de noviembre de 2019 celebró con la aquí ejecutada, contrato de promesa de compraventa del bien inmueble, comprometiéndose la prometedora a "cancelar la hipoteca que pesa sobre el inmueble y a entregarlo libre de gravámenes", obligación que no cumplió, razón por la cual, la escritura de venta a realizarle el 03 de junio de 2020, no se efectuó. Que, no obstante, el predio le fue entregado "para su posesión" desde el 02 de noviembre de 2019, fecha desde la cual, realizó mejoras, arrendó una de sus casas de habitación, tomó la otra para él y su familia, y, desarrolló actividades para conservación de los cultivos existentes en el predio.

5. Adelantadas las etapas previstas⁵, el 02 de febrero de esta anualidad se decidió el levantamiento de la medida de secuestro, manteniendo la de embargo.

Argumentó el A Quo que el incidentante tenía la posesión material del inmueble al momento de realizar la diligencia de secuestro, pues cumpliendo con la carga de la prueba a él endilgada así lo demostró, siendo la prueba documental, y, testimonial de Eibar Alirio Rivera, coincidente con el dicho del propio incidentante Jaime Rivera Guzmán, quien, concluyó, detenta el "animus y el corpus", dando cuenta el citado testigo que conoce a Rivera Guzmán, desde la fecha en que "adquirió la finca de parte de Lina Esther Rodríguez" realizando reparación a las casas, mantenimiento de cultivos, comportándose como su único propietario sin que nadie le haya reclamado "derecho alguno"; circunstancias que no desvirtuó el testimonio del señor Gustavo Adolfo Pineda, traído a instancias de la parte ejecutante.

⁵ Auto 777 del 02 de diciembre de 2021 decreta pruebas y fija fecha para realización de audiencia a fin de practicarlas y decidir el incidente.

6. Contra esa determinación el apoderado judicial de la ejecutante y el curador ad litem de la ejecutada formularon recurso de apelación coincidiendo ambos, en afirmar que el opositor "**reconoce dominio ajeno**", pues incluso, acepta que adeuda una suma de dinero a su propietaria, que tenía conocimiento de la hipoteca que pesa sobre el mismo y, en consecuencia, no se dan los elementos de la posesión que sirve de fundamento al trámite incidental.

- **La promesa de compraventa, per se, envuelve reconocer dominio ajeno, no obstante, "puede transmitir posesión, pero no es la norma, sino la excepción" (SC5187-2020, SC3642-2019 última que refiere SC 7004 del 5 de junio de 2014 - Rad. N.º 2004-00209-01, SC-16993 del 12 de diciembre de 2014 - Rad. N.º 2010-00166-01 y SC 10825 del 8 de agosto de 2016 - Rad. N.º 2011-00213-01). Análisis en el caso concreto.**

1. Dispone el numeral 8 del artículo 597 del Código General del Proceso, que se levantará el embargo y secuestro "*si un tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro solicita al juez del conocimiento, dentro de los veinte (20) días siguientes a la práctica de la diligencia, si lo hizo el juez de conocimiento o a la notificación del auto que ordena agregar el despacho comisorio, que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquella se practicó, y obtiene decisión favorable. La solicitud se tramitará como incidente, en el cual el solicitante deberá probar su posesión...*", lo que así aconteció en el *sub examine*, requiriendo el tercero poseedor levantar ambas cautelas, presentando su solicitud dentro del término legal señalado en dicho precepto normativo.

2. La práctica del embargo y secuestro del bien inmueble conforme lo estipula la norma adjetiva, no apareja la extinción de los derechos que sobre aquél detenta un tercero poseedor, quien por intermedio de su apoderado,

puede hacerlos valer, probando la calidad que menciona ostentar, como quiera que es el legislador quien ha querido proteger sus intereses, mediante la estructuración de diferentes mecanismos que evitan la consumación del secuestro y/o el levantamiento de esa cautela y de la referida al embargo previo.

3. A su paso, importa advertir que la posesión, conforme reza el artículo 762 del Código Civil, *"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"*. Consecuentemente, sus elementos axiológicos son: (i) el objetivo o *corpus*, que consiste en la aprehensión de la cosa; y (ii) el subjetivo o *animus*, que radica en la pretensión o intención de ser dueño de la cosa que se detenta.⁶

4. En lo que atañe a la posesión material, la Corte también ha enseñado que, *"...no se trata de actos de mera tolerancia (artículo 2520 del Código Civil), fundados en relaciones de amistad, de condescendencia, de parentesco, de coparticipación o de comunidad (los copropietarios, comuneros o consocios, ...) de vecindad, de familiaridad (los cónyuges ...), de benevolencia, de ocasión, o de licencias que otorga el titular del derecho de dominio; todos los cuales no tienen eficacia posesoria, por su carácter circunstancial, temporal o de mera cortesía, o por su naturaleza anfibológica o ambigua (posesión propia del heredero y posesión del heredero en nombre de la herencia; posesión en nombre del comunero y posesión del comunero en nombre de la comunidad; posesión propia del socio o accionista y posesión del socio en nombre de la sociedad).*

En general, todos esos comportamientos obedecen a meras concesiones del dueño, que no están acompañados de la voluntad de despojarse del dominio en pro de quien se beneficia de tales conductas. Son actos que no revisten el carácter definitivo, público e ininterrumpido o permanente que demanda la posesión; son sucesos que por no entrañar

⁶ Sent. Sept. 20 de 2000, Exp. 6120; C. S. de J., Sala de Cas. Civil.

perjuicio para el propietario resultan tolerables; y nótese, cualesquiera engendran ambigüedad, pero realmente no hay desposesión para el dueño. Eventualmente, pueden desbordar hacia una auténtica posesión, interversando el estado jurídico, pero deben reflejarse en abierto rechazo al derecho del verdadero propietario, abrogándose el tenedor, un señorío de hecho que no es suyo, pasando a la abierta rebeldía contra el verus domini, reputándose de ahí en adelante como auténtico dueño, desconociéndole el derecho dominical y disputándosele a quien en principio autorizó la tenencia.”⁷.

5. Conforme a lo anterior, es obligación de quien presenta la oposición, probar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que comenzó a ejercer la posesión que afirma desarrollar, esto es, el *animus* y el *corpus*, los que excluyen actos de mera tolerancia como los acabados de ejemplificar.

6. Analizados esos elementos en el caso sometido a estudio, se verifica que, sobre el *corpus*, esto es, el poder físico o material que el tercero opositor tiene sobre el bien inmueble objeto de medida cautelar, no existe discusión alguna, de hecho, ejecutante y opositor en la audiencia desarrollada al interior del trámite incidental coincidieron en que es Jaime Guzmán quien se encuentra en poder de la “*finca*” lo que así corroboró la prueba testimonial del señor Eibar Alirio Rivera.

7. No obstante, y, conforme a los motivos de apelación expuestos por los recurrentes, existe discusión sobre el elemento psicológico o intelectual de la posesión, es decir, la intención de obrar como señor y dueño (*ánimus domini*) sin reconocer dominio ajeno, que dice albergar el tercero opositor, pues pese a que este afirmó que obra como un verdadero propietario o con la convicción de serlo, le enrostraron reconocimiento de dominio ajeno a favor de la propietaria del inmueble

⁷Sent. Dic. 18 de 2014, Exp. 47001-31-03-004-2004-00070-01; C. S. de J., Sala de Cas. Civil.

con quien firmó un contrato preparatorio (promesa de compraventa), reconociendo incluso que le adeuda parte del precio pactado y que ella no ha honrado los compromisos adquiridos en dicho acuerdo.

8. Es cierto, que, regla general y así se ha explicado vía jurisprudencial, el arrendatario, comodatario o el **prometiente comprador** ostentan una calidad que implica, desde un principio, **reconocer dominio ajeno**, por lo que, no pueden considerarse poseedores, pues en efecto, les falta el ánimo, a no ser que se rebelen expresa y públicamente contra el derecho del propietario, en otras palabras, que hagan interversión del título de meros tenedores con el que ingresan al bien. En ese sentido, ha dicho la Corte:

« (...) La promesa de compraventa, per se, envuelve reconocer dominio ajeno, pues en su virtud, las partes contraen recíprocamente la prestación calificada de hacer, consistente en la celebración del posterior contrato definitivo de compraventa, por cuya inteligencia se obligan a transferir y adquirir la propiedad del dueño (titulus), lo que se produce con la tradición (modus), resultando elemental por ineludibles principios lógicos, el reconocimiento de esa calidad, que por su naturaleza y concepto legal, es incompatible con la posesión. «El contrato preparatorio, preliminar, promesa de contrato, precontrato (pactum de contrahendo o pactum de ineiundo contractu), en efecto, genera esencialmente (essentialia negotia), una prestación de hacer, su función es preparatoria e instrumental, proyecta y entraña la obligación de estipular en un futuro determinado otro contrato diferente en sus elementos, naturaleza, función y efectos» (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

-En este asunto, es cierto, como lo recalcan los apelantes, que el tercero opositor, ingresó al bien objeto de garantía real, en calidad de prometiente comprador, causa jurídica que se itera, en principio, excluye la posesión, pues al pactarse la adquisición del bien a futuro, implica que mientras ello no suceda,

el prometiente comprador no puede apropiarse de lo que no es suyo.

9. Sin embargo, hay un aspecto adicional, o una excepción a esa regla general, que el A Quo no analizó y que pasaron por alto los apelantes: La promesa de compraventa "**puede transmitir posesión**", lo que también ha explicado la Corte, tiene lugar cuando se anticipa la obligación de entrega por parte del vendedor señalando explícita y palmariamente que se entrega la posesión material de la cosa objeto del contrato.

-Sobre ese tópico, se ha señalado en Sentencias SC5187-2020, SC3642-2019 última que refiere SC 7004 del 5 de junio de 2014 - Rad. N.º 2004-00209-01, SC-16993 del 12 de diciembre de 2014 - Rad. N.º 2010-00166-01 y SC 10825 del 8 de agosto de 2016 - Rad. N.º 2011-00213-01:

« (...) la promesa no es por sí misma "un acto jurídico traslativo de la tenencia o de la posesión del bien sobre el cual ella versa" (CCXLIII, 530), salvo "que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa" (CLXVI, 51), y para "que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el prometente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador (G. J., t. =VI, pág. 51)»⁸ (Negrillas fuera de texto).

Así se reafirmó en Sentencia SC3642-2019:

« (...) De manera consistente, la Corte, de hace ya algo más de tres décadas, viene sosteniendo que "[c]uando el

⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 30 de julio de 2010, radicado 00154, referida en SC187-2020

prometiente comprador de un inmueble lo recibe por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no se ha desprendido todavía el prometiente vendedor, a quien por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida. Para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometiente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa... (CSJ, SC del 24 de junio de 1980, G.J. t. CLXVI, págs. 51 y 52).

*Y se dice que, en forma consistente, pues no obstante el paso del tiempo, **la tesis de la Corte no sólo se ha mantenido sin fisuras, sino que, si se quiere, se ha robustecido ...***» (Negrillas fuera de texto).

10. Bajo ese derrotero, se avizora que el 30 de noviembre de 2019, entre los señores Lina Esther Rodríguez Plazas, y, Jaime Guzmán, se realizó contrato de promesa de compraventa del bien inmueble objeto de garantía real, estipulando en su cláusula décima:

*"ENTREGA DEL INMUEBLE: El contratante declara la entrega del inmueble se realizará el 02 de noviembre de 2019, **fecha en la cual el PROMETIENTE COMPRADOR tomará la posesión, la posesión real del mismo como su legítimo dueño**"* (Negrillas y Subrayas fuera de texto)

11. Así pese a la función preparatoria e instrumental del contrato, el aquí referido, contiene un **pacto expreso, agregado a propósito** y realizado de manera autónoma por las partes (autonomía privada y libertad contractual), anteponiendo una prestación propia del contrato de compraventa (contrato definitivo), relativa a la entrega anticipada del bien, entrega que se hizo, **a título de posesión**, por lo cual, no fue una simple y llana entrega; sino que explicó y dejó sentado que

estaba acompañada de la intención que el prometiende comprador tomara el bien como su "**legítimo dueño**", circunstancia que como ya se dijo "**puede generar o derivar una posesión inmediata, si es inequívoca la declaración de las partes en ese sentido**"⁹, por lo que no es factible afirmar, que el opositor, tomó el bien con la conciencia que el dominio del bien no le correspondía, pues de ese derecho, se desprendió la prometiende vendedora al manifestar de manera clara, explícita e inequívoca la transmisión antelada de la posesión de la cosa prometida.

12. Así pese a que los testigos Ariel José Arcos López, e Israel Jembuel Mosquera no fueron responsivos ni aportaron mayores elementos de juicio, razón por la que no fueron valorados por el A Quo, lo cierto es que, el testigo Eibar Alirio Rivera corroboró lo dicho por el opositor y plasmado en el contrato de promesa, relativo a que el bien le fue entregado materialmente y que en virtud a esa entrega, este con ánimo de señor y dueño ejerce actos de cuidado y explotación sobre el mismo, creyéndose su "**legítimo dueño**", aspecto que no lo desvirtúa el hecho que el contrato definitivo no se haya celebrado, presuntamente, por incumplimiento de la prometiende vendedora. Agregó el opositor al rendir interrogatorio de parte, ser una persona de bajos recursos, que en la finca adquirida invirtió todo su patrimonio y el de su familia, que reparó las casas, arrendó una de ellas y realizó actividades de agricultura. Que en efecto, debe parte del precio pactado, pero que incluso, antes de la firma de la promesa, el bien le había sido entregado para que ejerciera en él actos de posesión siendo reconocido por sus vecinos como el dueño y señor del mismo; aspectos que en nada fueron refutados por los recurrentes, pidiendo la ejecutante la recepción del testigo Gustavo Adolfo Hoyos Pineda quien solo dio cuenta de una reunión que sostuvieron el acreedor hipotecario y el opositor

⁹ Sentencia de 26 de junio de 1986, G. J. CLXXXIV, pág. 95) referida en SC3642-2019

en el "centro comercial jardín plaza" y en la cual, de manera infructuosa, intentaron conseguir una solución a los hechos materia de litigio, dejando claro el opositor que se le informó que lo adeudado al acreedor hipotecario era mucho menor a lo que este afirma y en que pagó realmente por el precio de la finca.

13. Finalmente, y, conforme a lo dispuesto en el artículo 328 del C.G.P., se modificará la decisión adoptada por el A Quo, al ser necesario disponer también el levantamiento de la medida de embargo, al ser este un asunto "indispensable reformar" por estar "íntimamente" relacionado con el asunto sometido al recurso vertical, y, por así disponerlo de manera expresa, el numeral 8 del artículo 597 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, se **RESUELVE:**

PRIMERO: Modificar el numeral segundo del auto No. 126 del 25 de febrero de 2022 proferido en audiencia de incidente de levantamiento de cautelas, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, en los siguientes términos:

"SEGUNDO: ORDENAR en consecuencia, el levantamiento del embargo y secuestro del inmueble que se relaciona a continuación: LOTE DE TERRENO RURAL, denominado "La Leyenda", ubicado en la Vereda Matarredonda del Municipio de Morales, Cauca, con una extensión de 3 hectáreas, 8.400 M2, inscrito al folio de matrícula inmobiliaria 120-108295, cuyos linderos son los siguientes: "NORTE, en extensión de 225 metros, lindando con propiedad de la señora Romelia Mosquera, va desde la carretera pública al occidente, hasta el riachuelo al oriente, la mitad del lindero demarcado con un cerco de alambre de púas, y la otra mitad hasta el riachuelo, colindando con una zanja; ORIENTE, el riachuelo aguas arriba hasta llegar a su nacimiento de agua, en una extensión de 228 metros, deslindando riachuelo en medio con propiedad de Lorenzo Muelas e Hilda Bernal, en sus 150

metros iniciales, el lindero está demarcado por el canal del riachuelo, y los 78 metros restantes, hasta llegar al nacimiento de agua dividido con un alambre de púas; SUR, del nacimiento del paso de agua en 82 metros, por cerco de alambre en medio con predio del señor Aureliano Velasco, hasta encontrar una zanja que divide la propiedad de la Junta de Acción Comunal de la Vereda El Rosal, entra hacia el norte en 12.25 metros, doblando hacia el occidente y sube en 18 metros, hasta encontrar la carretera pública; y, OESTE, en una extensión aproximada de 211.5 metros, partiendo del lindero con la caseta de la Junta de Acción Comunal de la Vereda El Rosal, hasta llegar al lindero norte, de propiedad de la señora Romelia Mosquera”.

SEGUNDO: Confirmar en todo lo demás la providencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas ante su no causación.

CUARTO: Por secretaría remitir en medio digital al Juzgado de origen, lo actuado en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

El Magistrado Sustanciador,



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES