

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL FAMILIA

Popayán, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Corresponde desatar el recurso de apelación, interpuesto contra el auto proferido el 12 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, dentro del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. El 30 de noviembre de 2021, SONIA LUCIA DIAZ MUÑOZ, por conducto de apoderado, promovió proceso ejecutivo singular contra los HEREDEROS INDETERMINADOS de ROSA MARIA MUÑOZ GUERRERO ¹, con el fin de ejecutar la obligación contenida en una letra de cambio por el monto de DOSCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS (\$220'000.000) MCTE, más los intereses moratorios causados hasta el día que se efectúe el pago total, asunto que correspondió por reparto al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, quien mediante proveído del 1 de diciembre de 2021, libró mandamiento de pago.

2. El 2 de diciembre de 2021, la parte ejecutante solicitó el embargo y secuestro del inmueble de propiedad de la señora ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO, ubicado en la Calle 5ª número 10 – 95, Barrio "El Chacho" de la ciudad de Popayán, identificado con la M.I. 120-111072, medidas cautelares que fueron decretadas mediante auto de fecha 3 de diciembre de 2021.

2.1 El embargo del inmueble fue registrado en la ORIP de esta ciudad el día 29 de diciembre de 2021, por lo que el *a quo* libró el despacho comisorio No. 001 del 18 de febrero de 2022, dirigido a la Administración Municipal, con el fin de proceder con su secuestro. Esta diligencia se llevó a cabo el día **4 de marzo de 2022**, oportunidad en la que se hizo presente el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ – sin apoderado-, aseverando que venía ocupando el local de la señora ROSA MARIA MUÑOZ en calidad de arrendatario hasta el fallecimiento de aquella, pero que la prenombrada constituyó un fideicomiso en favor suyo,

¹ Inicialmente el proceso fue impetrado en contra de la señora ROSA MARIA MUÑOZ GUERRERO, quien **fallece el 30 de enero de 2022**, por lo que mediante auto del 16 de febrero de 2022, se ordena el emplazamiento de sus herederos indeterminados (en la forma prevista en el art 108 del CGP, en concordancia con el art 10º del Decreto 806 de 2020), los cuales no comparecieron al asunto, por lo que a través del proveído del 5 de abril de 2022, el *a quo* nombró curador *ad litem* para que represente sus intereses, el cual, debidamente posesionado y notificado, contestó la demanda el día 30 de junio de 2022, sin proponer excepciones.

en el que se pactó que una vez ella falleciera dicho local pasaría a ser de propiedad del mismo.

3. Mediante escrito del **9 de marzo de 2022**, el señor ARY HERNANDO, a través de apoderado, solicitó ordenar el levantamiento del embargo y secuestro practicados en este asunto, manifestando que al momento de llevarse a cabo la diligencia *“tenía la posesión material en nombre propio del bien objeto de la medida cautelar, ejerciendo posesión del mismo sin reconocimiento de terceros como propietarios, disponiendo el pago de los servicios públicos e incluso mediando autorización de mi representado, dispuesta ante funcionario de la Policía Nacional para que un tercero custodie dentro del inmueble los elementos de cuidado en casa de propiedad de la EPS a la cual se encontraba afiliada la demandada ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO(Q.E.P.D.), lo cual será informado por quien se dispuso el cuidado de los mismos una vez ocurra el retiro de los equipos por la entidad, terminando con ello la autorización de ingreso a la casa.”*

Agregó que el incidentante *“es reconocido por los vecinos del sector como poseedor del inmueble, luego del fallecimiento de la SEÑORA ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO, y en ese orden desarrolla su ejercicio dispositivo frente a la sociedad y la relación que deriva respecto al inmueble, realizando actos físicos de dominio, siendo el último de ellos la instalación de cámaras de seguridad externas para garantizar la integridad y seguridad del inmueble”*, por lo que al ser poseedor regular tiene *“pleno derecho”* a recuperar la posesión material del inmueble.

3.1. Dentro del término de traslado de la solicitud, el día 18 de abril de 2022, el apoderado de la parte demandante se opuso a la misma, manifestando que si bien el incidentante atendió la diligencia, fue *“única y exclusivamente, en el local comercial externo del bien inmueble, esto debido a que el señor TOBAR FERNANDEZ, funge como arrendatario y tiene instalada una farmacia en dicho lugar.”* siendo que quien *“en verdad la atendió”* fue el señor HERNANDO PASTRANA SANCHEZ, *“pues fue él fue quien permitió el ingreso al inmueble, esto en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito con la señora MARIA EUGENIA DÍAZ MUÑOZ, el cual tiene como finalidad que el señor PASTRANA SANCHEZ preste los servicios de vigilancia y cuidado del bien inmueble.”* Por este motivo, agrega que *“no es cierto que el incidentante haya tenido la posesión material del bien inmueble al momento de practicar la diligencia de secuestro”*, sino la señora MARIA EUGENIA DÍAZ MUÑOZ, quien contrató al señor PASTRANA SANCHEZ.

Refiere que el pago de servicios, *“tampoco puede ser considerado como un acto de posesión”* pues la señora MARIA EUGENIA DÍAZ MUÑOZ fue quien los pagó a

través del portal PSE, y que el señor ARY HERNANDO TOBAR los pagó nuevamente *“en su afán de querer demostrar una aparente posesión (...) esto con la finalidad conseguir los comprobantes que aporta como anexos. Hecho que se demuestra con el documento anexo entregado por la Compañía energética de Occidente, donde se observa un doble pago por el mismo recibo, siendo el primero de ellos el realizado por la señora DIAZ MUÑOZ.”*

Aduce que quien recibió y velaba por la conservación de los equipos usados para tratar a la fallecida ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO, era la señora MARIA EUGENIA DIAZ, -quien autorizó al señor OSWALDO GUERRA SOLARTE para entregarlos al momento en que la entidad encargada fue a recogerlos-, y no el incidentante, quien desde que falleció la señora ROSA MARÍA no tiene acceso al inmueble.

Manifiesta que no es cierto que el solicitante sea reconocido por los vecinos del sector como poseedor del bien, ni que realice actos físicos de dominio sobre él, como sí lo ha hecho la señora MARIA EUGENIA DÍAZ. Que la instalación de la cámara de seguridad, *“fue un acto abusivo de las atribuciones que tiene el señor FERNANDEZ TOBAR como arrendatario aprovechando la ausencia por un espacio de horas del señor HERNANDO PASTRANA”,* y que el recurrente no cuenta con los requisitos necesarios para ser poseedor (*animus y corpus*), pues inclusive le solicitó al señor HERNANDO PASTRANA SANCHEZ solucionar un problema de electricidad que se presentó en el mes de febrero en toda la vivienda, incluido el local donde trabaja, *“acto que haría cualquier arrendatario que no cuenta con el poder dispositivo del bien”*.

3. EL AUTO APELADO. Surtido el trámite correspondiente, mediante auto del 12 de julio de 2022, el Juez resolvió, entre otras cuestiones, denegar por improcedente el incidente de desembargo de marras. Lo anterior, tras hacer un estudio de las pruebas obrantes en el plenario y concluir que, el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNÁNDEZ no acreditó ejercer *“alguna clase de posesión sobre la totalidad o alguna parte del bien inmueble ubicado en la calle 5 No. 10-95 de esta ciudad, puesto que ninguna de las pruebas glosadas a estas actuaciones permite evidenciar que éste ejecuta actos posesorios a nombre propio y sin reconocer a terceros como propietarios, a partir de que, como fue visto y fue aceptado por el incidentante en su interrogatorio, él ni siquiera tiene acceso a la totalidad del predio, tan solo al local comercial del cual refirió y lo ratifican los testigos, fue arrendador de la señora MUÑOZ GUERRA, sin que se pueda pasar por alto que, también aceptó y dijo que le pagó los cánones a la causante hasta el día*

de su deceso, el 30 de enero de 2022 y que para el mes de febrero hizo el pago a quien cuidó en su momento a la difunta, lo que, en principio, demuestra que el señor TOBAR FERNÁNDEZ, no es un poseedor sino un tenedor, siendo diferente el que haya dejado de continuar pagando esos cánones".

4. EL RECURSO DE APELACIÓN. Fue presentado en subsidio del de reposición por el apoderado del incidentante, argumentando, que la controversia gira en torno a la constitución del fideicomiso que realizó en su favor la señora ROSA MARIA DÍAZ ², cuyo fallecimiento era la condición para que el recurrente adquiriera la propiedad del inmueble embargado, lo que acredita su calidad de poseedor, y por ende, la medida cautelar que pesa sobre el bien le ha impedido formalizar su titularidad.

Que los actos realizados sobre el inmueble por MARIA EUGENIA DIAZ MUÑOZ, hermana de la difunta ROSA MARIA DIAZ, a sabiendas del fideicomiso precitado, demuestran *"una clara perturbación de la posesión"* del recurrente, impidiéndole arbitrariamente el ingreso y ejercer demás actos de *"propietario"*, por lo que al tenor del artículo 768 del código civil, no existe buena fe en su posesión ni los presupuestos de la misma.

Que el incidentante *"ha manifestado y demostrado ser el propietario del inmueble tanto judicial como extrajudicialmente"*, que es evidente que *"no existe posesión de la señora MARÍA EUGENIA DÍAZ MUÑOZ"*, y por el contrario, el peticionario si logró demostrar que *"es un poseedor legítimo y por simples formalidades que no se han podido materializar por el embargo no es propietario del bien inmueble"* objeto de la medida cautelar, *"calidad que le permite oponerse al embargo y secuestro del citado bien"* y hace procedente el incidente.

Que de acuerdo con la *"Instrucción Administrativa 6 de fecha 15 de marzo de 2017 e Instrucción Administrativa 19 de agosto de 2018 la de la Superintendencia de Notariado y Registro ³, tenemos que el propietario pleno del inmueble ubicado en la calle 5 No. 10-95 de esta ciudad, distinguido con la matrícula inmobiliaria 120-111072, para la fecha en que se realizó el secuestro del predio es el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNÁNDEZ pero aún no se ha perfeccionado en la formalidad; además, no es deudor dentro del presente asunto, por lo tanto no es procedente el embargo y secuestro del inmueble... lo anterior dado que el bien mencionado ha salido del*

² Mediante escritura pública 2414 del 2020 otorgada en la Notaría Tercera de Popayán y registrada en el folio M.I. 120-111072 de la ORIP de Popayán.

³ Ambas mencionan lo atinente a la inembargabilidad de los bienes en virtud de los cuales se constituye fideicomiso civil.

patrimonio del deudor por haberse cumplido la condición del fideicomiso”, aunado, que el inmueble es inembargable por expresa disposición del numeral 8° del artículo 1676 del Código Civil.

4.1. La parte demandante se pronunció frente al recurso, y en lo pertinente manifestó, que el recurrente no demostró ser poseedor del inmueble objeto de la medida cautelar, destacando entre otras cosas, una nota hecha a mano por el incidentante donde pone en conocimiento del vigilante de la propiedad un problema eléctrico ocurrido, la cual, estaba dirigida a que la señora MARÍA EUGENIA solucionara el inconveniente, *“como efectivamente ocurrió”, por lo que “se desprende que el señor ARY no cuenta con el animus de ser poseedor, ya que al solicitarle a alguien más que solucione el problema de energía dentro del inmueble, realiza un acto que haría cualquier arrendatario que no cuenta con el poder dispositivo del bien.”*

Finalmente, aduce que frente a la calidad de propietario referida por el recurrente en virtud del fideicomiso mencionado, esta es incompatible con la calidad de poseedor, y que el despacho no debe pronunciarse sobre la procedencia de las medidas cautelares practicadas sobre el inmueble, por no ser objeto del presente trámite.

4.2. El *a quo* negó la reposición mediante auto del 3 de agosto de 2022, y concedió la apelación incoada en forma subsidiaria en el efecto devolutivo.

CONSIDERACIONES

1. El auto reprochado es susceptible de este recurso en voces del numeral 5° del artículo 321 del Código General del Proceso, y el suscrito Magistrado es competente para conocer del asunto, acorde con lo previsto en los artículos 31 y 35 *Ibíd.*

2. El problema jurídico que debe resolver la Sala gravita en dilucidar, si la determinación del funcionario de primer grado de negar el incidente de desembargo propuesto por el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ se encuentra ajustada a derecho, o en su defecto, si debe revocarse para en su lugar acceder a lo deprecado por el incidentante.

3. La tesis de la Sala es, que el peticionario no demostró plenamente su calidad de poseedor del inmueble objeto de las cautelas, y en ese orden, no se hallan plenamente satisfechos los presupuestos para la procedencia de la

solicitud de desembargo, razón por la cual el auto apelado será confirmado. A la anterior conclusión se arriba luego del siguiente análisis jurídico y probatorio:

3.1. Conviene comenzar por precisar, que no le asiste razón al impugnante cuando señala que el inmueble distinguido con M.I. 120-111072 era **“inembargable”** por hallarse en **posesión fiduciaria** de la señora ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO, puesto que de acuerdo con la jurisprudencia patria, al confluir en la misma persona la condición de fiduciante y fiduciaria, se descarta la inembargabilidad del bien que establece el numeral 8° del artículo 1677 del Código Civil ⁴, en tanto el derecho de dominio no se obtuvo en virtud del contrato de fideicomiso, sino que está precedida de otro título. En ese sentido explica la Corte:

“Expresado de otro modo, si el fiduciante es el mismo fiduciario, los bienes que integran su haber lo hacen en virtud de un título y/o modo antecedente, distinto del fideicomiso civil (por vía de ejemplo, un contrato de compraventa sumado a la tradición, o la prescripción adquisitiva de dominio, por el tiempo de ley, precedida de la posesión), de modo que no puede realmente afirmarse que posea bienes «fiduciariamente», o al menos no sin ocultar la realidad preexistente al referido fideicomiso.

En ese sentido, resulta necesario edificar la siguiente subregla jurisprudencial: (i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso **(ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los «posee fiduciariamente»> (como lo exige el artículo 1677-8, id.).”** ⁵ (Resaltado fuera del texto)

No está de más agregar, que en la misma decisión de la Corte Suprema de Justicia que se trae a colación (la STC13069-2019), se planteó por el alto Tribunal un problema jurídico semejante al propuesto por el aquí recurrente, esto es de si se vulneraban el debido proceso y el derecho de propiedad invocados por los allí accionantes *“al denegar su solicitud de levantamiento de embargos, pese a que dichas cautelas recaen sobre predios en los que se encuentra constituido un fideicomiso civil”*, siendo negativa la respuesta que

⁴ “Artículo 1677. BIENES INCLUIDOS EN LA CESIÓN. (...). No son embargables: (...) 8) La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC13069-2019 del 25 de septiembre de 2019. Magistrado Ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA. Radicación n° 11001-02-03-000-2019-01578-00 .

de manera mayoritaria dio a dicho problema jurídico la honorable Sala de Casación Civil.

3.1.1. Ciertamente, según se desprende del certificado de tradición y del contenido de la escritura pública 2414 del 7 de septiembre de 2020 de la Notaría Tercera de la ciudad -contrato de fideicomiso-, la fallecida ROSA MARIA MUÑOZ GUERRERO adquirió el inmueble mediante compraventa celebrada por escritura pública 4636 del 27 de noviembre de 1996 debidamente inscrita, y si bien constituyó en favor de ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ un fideicomiso civil, que se hallaba condicionado al deceso de la señora MUÑOZ GUERRERO, ésta última figuró simultáneamente como fideicomitente y propietaria fiduciaria, por lo que **sí era procedente el decreto y practica de las cautelas sobre el bien que aparecía inscrito como de propiedad de la difunta deudora.**

3.2. Ahora bien, tal y como lo advirtió el a quo, los presupuestos formales así como la oportunidad procesal para promover el incidente no merecen reparo alguno por parte de esta Judicatura, pues según se desprende del acta de la diligencia de secuestro de fecha 4 de marzo de 2022, el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ concurrió a ese acto sin abogado, y dentro del plazo que prevé el art. 597 del CGP ⁶, elevó a través de apoderado la respectiva solicitud de desembargo.

3.3. Cosa distinta es lo relacionado con la **calidad de POSEEDOR**, que de acuerdo con lo previsto en el numeral 8 del artículo 597 en concordancia con el artículo 167 del Estatuto Adjetivo, **le corresponde acreditar fehacientemente al incidentante, so pena del fracaso de sus pedimentos.**

⁶ Que en lo que concierne concretamente al **incidente de desembargo**, establece en su **numeral 8° del artículo 597 lb.:** “ARTÍCULO 597. LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO Y SECUESTRO. Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos: (...) 8. 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.

También podrá promover el incidente el tercero poseedor que haya estado presente en la diligencia sin la representación de apoderado judicial, pero el término para hacerlo será de cinco (5) días.

Si el incidente se decide desfavorablemente a quien lo promueve, se impondrá a este una multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos mensuales.”.

En este aspecto recuérdese, que al tenor del artículo 762 del Código Civil, 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”. En ese sentido, para que una persona pueda considerarse poseedor deben confluir los siguientes elementos estructurales:

*“El **corpus**, esto es, el ejercicio de un poder material, traducido en **un señorío de hecho**, que se revela con la ejecución de aquellos actos que suelen reservarse al propietario (v.gr., los que refiere el artículo 981 del Código Civil); y el **animus domini**, entendido como la voluntad o autoafirmación del carácter de señor y dueño con el que se desarrollan los referidos actos.*

Así, mientras el corpus es un hecho físico, susceptible de ser percibido – directamente– a través de los sentidos, el animus reside en el fuero interno del poseedor, por lo que ha de deducirse de la manifestación de su conducta.”⁷

3.4. Con el fin de acreditar la alegada posesión, el incidentante aportó al plenario las siguientes pruebas: i) copia del acta de la diligencia de secuestro llevada a cabo el 4 de marzo de 2022 sobre el inmueble ubicado en la calle 5 No. 10-95 de esta ciudad. ii) copias con constancia de pago de los recibos públicos de energía eléctrica del mes de enero y febrero de 2022, acueducto y alcantarillado del mes de febrero de 2022, internet y televisión del mes de diciembre de 202, correspondientes al inmueble referido; iii) copia con constancia de pago del recibo de impuesto predial de la vigencia 2021; iv) copia de una petición radicada por el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ el 11 de febrero de 2022 a la empresa EMTTEL, solicitando la cancelación del servicio; y v) una fotografía que conforme manifiesta el incidentante, fue tomada por la cámara de seguridad que instaló en el inmueble.

3.4.1. Además, se practicaron a instancias suyas los testimonios de WILLIAM EMILIO ROJAS BALLESTEROS y GUSTAVO ENRIQUE ERAZO ROSERO. El primero de ellos manifestó que conoce al señor ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ desde hace aproximadamente 10 años, por cuanto el deponente vive al frente de la droguería que aquel tiene, tiene entendido que el señor ARY

⁷ CSJ SC3925-2020, 19 oct. 2020, rad. No. 11001-31-03- 020-2009-00625-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA.

ocupa ese local **"en arriendo"**, y que la casa era de propiedad de la señora ROSA.

A su turno, el señor GUSTAVO ENRIQUE ERAZO ROSERO manifestó que conoce que ARY HERNANDO fue arrendatario del inmueble hasta el día en el que falleció la señora ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO, lugar donde funciona una farmacia, que de acuerdo con lo que le comentó ARY *"la señora ROSA MARÍA le había dejado el inmueble a él... o sea, con un término de donación, pero no sé exactamente en qué fecha fue, pero sí sé que fue el inmueble, tanto la farmacia como la casa"*, sin embargo **desconoce en qué calidad se encuentra actualmente en ese local, y asegura que ARY no ha podido disponer de la totalidad del inmueble, pues únicamente lo ha observado en la farmacia.**

3.4.2. En el interrogatorio de parte el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ relató, que ingresó al local donde funciona su droguería en el año 2011 en calidad de arrendatario de la señora ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO, que luego del fallecimiento de aquella no siguió pagando canon de arrendamiento, por cuanto está *"haciendo valer un fideicomiso"* que la difunta constituyó en su favor. Que en el mes de febrero de este año, el declarante le canceló unos dineros a una señora que cuidaba de la difunta ROSA MARÍA, valor que lo asumió como si fuera el pago del último canon, puesto que desde el mes de marzo no volvió a cancelar ninguna suma por ese concepto. **Reconoce que no ha podido ejercer acciones de señor y dueño sobre todo el inmueble, que solamente se halla ocupando y trabajando en el local, pues no tiene llaves ni acceso a la casa.** Al respecto dijo: *"no he podido entrar porque ahí está viviendo un señor, y yo por eso espero que la ley me ayude a solucionar este inconveniente, porque yo no he podido ocupar la casa. Ese señor está viviendo ahí, yo estoy viendo prácticamente por toda la casa, los servicios, todo, como me lo pidió doña Rosita cuando estaba en vida... está viviendo un señor ahí, no lo conozco, ese lo pusieron las señoras Díaz... doña MARÍA EUGENIA DÍAZ y doña SONIA DÍAZ, ellas lo trajeron el mismo día que se murió una Rosita, el 30 de enero del año en curso... soy el dueño, pero no he podido todavía tomar posesión en general de toda la casa"*. Se considera dueño de la vivienda en razón a que con el deceso de la señora ROSA se cumplió la condición a la que estaba sujeta el fideicomiso.

Sobre los actos de posesión, manifiesta que autorizó a un funcionario de Policía para custodiar los equipos de salud usados por la fallecida ROSA MARÍA MUÑOZ GUERRERO - propiedad de la EPS - hasta que la Entidad los retire, que instaló cámaras de seguridad fuera del local comercial, pagó los servicios públicos de la totalidad del inmueble, así como el impuesto predial de los años 2021 y 2022, que arregló la fachada de toda la vivienda para la celebración de Semana Santa en este año, y realizó el mantenimiento y arreglos del local comercial, dado que no puede acceder al resto del inmueble.

3.5. Analizadas las pruebas reseñadas, es insoslayable concluir que **el incidentante no cumplió con la carga de demostrar el ejercicio de la posesión sobre el bien cuyo desembargo solicita**, en tanto que, su declaración y las atestaciones de los deponentes antes mencionados, ponen en evidencia que el peticionario únicamente tiene acceso al local comercial que forma parte del bien embargado, al cual ingresó en calidad de arrendatario de la demandada ROSA MARIA MUÑOZ, y no ha podido desplegar ningún acto de disposición o explotación económica respecto del resto del inmueble.

Y es que precisamente en razón a la calidad de “**tenedor**” del local que el mismo ARY HERNANDO reconoce que ha venido ostentando, la carga de acreditar la interversión de esa condición a la de poseedor de la totalidad del inmueble es aún mayor, pues como señala la Corte:

“Para considerar a alguien como poseedor de un bien determinado, no basta con que ejecute «hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio», sino que debe hacerlo sin autorización de otros, autoafirmándose como propietario de lo que materialmente detenta.

*Conforme se explicó supra, en la generalidad de los casos la realización de actos reservados al dominus, como cercar, edificar, sembrar o construir mejoras – entre otros supuestos–, constituyen serios indicios de la existencia de animus domini. Pero **la misma inferencia no puede replicarse de manera irreflexiva en aquellos supuestos en los que la detentación material inició a través de un título de tenencia, pues aunque las acciones del tenedor pudieran ser objetivamente idénticas a las que ejecuta el poseedor, aquel carece de ánimo de señorío, en tanto reconoce a otro como dueño de la cosa, y se comporta frente a ella según su autorización o aquiescencia.***

*Por consiguiente, **el tenedor que luego se reputa poseedor no puede aspirar a que sus reclamos salgan avante probando únicamente la ejecución de los***

susodichos «hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio», pues estos no reflejan con nitidez el animus rem sibi habendi que el ordenamiento le exige. Quien pretenda usucapir bajo dichas condiciones, debe acreditar también las circunstancias en las que emergió su renovada voluntad, así como la manera en la que la dio a conocer al propietario inscrito –o a su contraparte negocial–, pues solo esos elementos conjuntados permitirán establecer, con debida nitidez, los confines de la tenencia y el inicio de la posesión que confiere el derecho a usucapir”⁸. (Resaltado fuera del texto)

3.6. **Dicha carga no fue satisfecha por el interesado**, puesto que aun cuando asegura que ha realizado labores de conservación y mantenimiento de toda la fachada de la edificación, esos presuntos actos no encuentran respaldo en ningún otro medio de prueba, aunado, que la instalación de cámaras de seguridad, el pago de servicios públicos y del impuesto predial en el año 2021⁹ - anualidad para la cual la señora ROSA MARIA MUÑOZ se hallaba con vida-, **por si solos no resultan suficientes para tener por demostrados con contundencia la detentación material ACTUAL de la TOTALIDAD del fondo reclamado, ni mucho menos el ánimo de señor y dueño en franca REBELDÍA frente a la propietaria o sus causahabientes.**

3.7. En este aspecto, no son de recibo los planteamientos de la alzada referentes a que el incidentante debe considerarse dueño del inmueble en virtud del contrato de fideicomiso en el que funge como beneficiario, tras haberse cumplido la condición pactada, dado que la calidad de propietario de un bien raíz se acredita con el respectivo título y modo, último –la tradición– que brilla por su ausencia en este caso, y que tampoco puede predicarse que por esa sola circunstancia la tenencia mudara automáticamente en posesión, pues se itera, que el fenómeno posesorio es un estado de hecho que debe estar precedido de los dos elementos ya mencionados –animus y corpus –, los cuales, como ya se anunció, el interesado no logró probar y que no se derivan, como insiste en predicarlo, del mencionado contrato de fideicomiso del que es beneficiario.

⁸ CSJ SC3727-2021, 8 sept. 2021, rad. No. 11001-31-03-036-2016-00239-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA.

⁹ Al respecto, en sentencia del 24 de junio de 1997 dijo la Sala de Casación Civil: “Además, advierte la Sala, contrariamente a lo que sugiere el recurrente, que los recibos del pago del impuesto predial aportados, por sí mismos no demuestran la posesión que pregona, dado que tal cancelación, en las circunstancias de ausencia de otras pruebas de la posesión material común, no reflejan el animus domini, por lo que en su apreciación no puede endilgársele error al tribunal”. (Expediente No. 4843 MP. PEDRO LAFONT PIANETTA).

Mismo fracaso conllevan los argumentos del recurrente encaminados a invertir la carga de la prueba en cabeza de la señora MARÍA EUGENIA DÍAZ MUÑOZ - que se dice es hermana de la ejecutante y presuntamente la actual administradora y/o poseedora de la vivienda-, por la potísima razón que dicha ciudadana no ha sido vinculada como parte ni como tercera interesada en esta causa, y que como se indicó al inicio de estas consideraciones, **era al promotor del incidente como interesado en las resultas del mismo, a quien le incumbía presentar los elementos suasorios que respalden sus afirmaciones.**

3.8. Agréguese a lo anterior, que no es este el escenario procesal para emitir pronunciamiento respecto a los efectos, alcance, cumplimiento o incumplimiento del contrato de fideicomiso plasmado en la escritura pública 2414 del 7 de septiembre de 2020 de la Notaría Tercera de Popayán, al que hace alusión insistentemente el impugnante, pues para ello existen otros mecanismos judiciales a través de los cuales el interesado puede elevar sus reclamaciones al respecto.

4. Ante ese escenario, no habiendo acreditado el señor ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ la calidad de poseedor requerida para la procedencia de la solicitud de desembargo, fue acertada la negativa frente a su petición dispuesta por el *a quo*, lo que conlleva a la confirmación de la decisión atacada.

Ante el fracaso de la alzada, al tenor de lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de esta instancia al apelante.

Por lo expuesto, la SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el auto proferido el 12 de julio de 2022 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, dentro del asunto del epígrafe

Segundo: Condenar en costas de esta instancia al incidentante ARY HERNANDO TOBAR FERNANDEZ, en favor de la parte demandante. Líquidense en la forma establecida en el art. 366 del CGP, para lo cual, se fijan como agencias en derecho a ser incluidas en la liquidación que para el

Ref. Ejecutivo Singular / INCIDENTE de DESEMBARGO. Rad. No. 19001-31-03-005-**2021-00212-01** de Sonia Lucía Díaz Muñoz Vs. Herederos Indeterminados de Rosa María Muñoz Guerrero. Incidentante, Ary Hernando Tobar Fernández.

efecto se haga, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV).

Tercero: Una vez ejecutoriado el presente auto, y en vista de que las diligencias se remitieron a esta Corporación por medio digital, por conducto de Secretaría comuníquese la presente determinación al Despacho de origen, anexando también por dicho medio solamente la actuación correspondiente a la segunda instancia, efectuándose las desanotaciones de rigor.

Notifíquese y Cúmplase.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado sustanciador

APCM/AB.