TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
Sala Civil Familia

Magistrada Ponente:	DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Radicado:	19001 31 03 005 2019 00070 01
Proceso:	VENTA DE BIEN COMÚN
Demandante:	JOSÉ LUIS TORNE PÉREZ y MONSERRAT TORNE PÉREZ[1]
Demandado:	JUAN PABLO TORNE PÉREZ[2]
Asunto:	Apelación auto que rechaza trámite incidental

Popayán, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido el 15 de julio de 2021, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, por el cual, se rechazó de plano el "*incidente de reconocimiento y pago de mejoras*", formulado por la señora CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNÁNDEZ[3].

ANTECEDENTES

El auto impugnado

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, mediante auto proferido el 15 de julio de 2021, rechazó de plano el "*incidente de reconocimiento y pago de mejoras*", formulado por la señora CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNANDEZ, señalando, que el tramite en comento no está expresamente autorizado por la ley, conforme el art. 130 del C.G.P., y además, al tenor del art. 412 de la misma codificación, *"los que están habilitados para reclamar mejoras que se tengan en la cosa común son los copropietarios quienes deberán presentar su reclamación en la demanda o en su contestación*", por lo que la norma no habilita tal reclamación respecto de terceros, y por último, "*el incidente no se atempera a las exigencias que prevé el num. 8 del art. 597*", porque el incidente no está encaminado a que se reconozca la posesión de la tercera incidentante y obtener el levantamiento del

[1] Por conducto de apoderada: Dra. GLISETH AUXILIADORA OTERO VERGARA – Correo electrónico gliove@hotmail.com - victoriaeiragorri@gmail.com – Celular: 314 675 0158 – 314 680 4881
[2] Por conducto de apoderado: Dr. LIZARDO NUÑEZ NUÑEZ – Correo electrónico: alcalvache@hotmail.com - estefanybecocheabogada@gmail.com - El demandado: Correo electrónico: jlthorne8760@gmail.com – Celular: 322 549 1080
[3] Por conducto de apoderado: Dr. HELVER FERNANDO AGREDO SANCHEZ, correo electrónico: helfas@live.com. móvil: 3104514637 - 31448930813

secuestro, sino que a obtener el reconocimiento del valor de las mejoras que dice haber realizado en el bien inmueble, y para éste efecto, la tercerista puede acudir a un proceso verbal para que se dicha pretensión, no siendo parte en el juicio divisorio de la referencia.

Fundamento de la impugnación

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte incidentante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitando se revoque la providencia recurrida de fecha 15 de julio de 2021, y en su lugar, se dé trámite a la solicitud conforme lo previsto en el num. 8 del art. 597 del C.G.P., advirtiendo, que el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, omitió dar trámite a la solicitud de reconocimiento y pago de mejoras, por cuanto la señora CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNÁNDEZ, no aparece como copropietaria, sin embargo, la señora CONSTANZA LIGIA ejerce actos de posesión con ánimo de señor y dueño, y en el proceso quedó acreditado que recibía el valor de los cánones de arrendamiento, y por lo tanto, CONSTANZA LIGIA tiene derecho a reclamar la posesión, con fundamento en la cual, ha realizado una serie de mejoras que deben ser canceladas por los condueños, siendo el único hijo que vela por ella JUAN PABLO TORNE.

El Juzgado de conocimiento, en auto del 11 de agosto de 2021, mantiene incólume la providencia recurrida, y en su lugar, se concede el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 321 del Código General del Proceso, el legislador señaló de manera taxativa los autos que son susceptibles del recurso de apelación, dentro de las cuales, enlista en el numeral 5º *"El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva"*, y en consecuencia, esta Magistratura es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto dentro del proceso de la referencia.

Descendiendo al caso concreto, se advierte, que por con auto del 28 de mayo de 2019, se admitió la demanda de venta de bien común, promovida por JOSÉ LUIS y MONSERRAT TORNE PÉREZ, contra JUAN PABLO TORNE PÉREZ, respecto del bien inmueble del que son propietarios común y proindiviso, ubicado en la calle 17A N # 8-20 del Barrio el Recuerdo de Popayán, identificado con matrícula

inmobiliaria No. 120-31684, y no susceptible de división material porque se depreciaría el valor del bien; pretensión a la que se opone el demandado, quien a través de apoderada, alega posesión pacífica y pública con ánimo de señor y dueño desde el 15 de junio de 2002, pues ha venido mejorando la edificación y adecuando las instalaciones de servicios públicos con sus propios recursos. Agrega, que MONSERRAT está radicada en Estados Unidos desde hace más de 20 años, y JOSE LUIS es ciudadano Venezolano también radicado en Venezuela desde hace 20 años, por lo que el único poseedor legítimo del bien es JUAN PABLO TORNE, "*como lo atestiguan sus padres JUAN TORNE FELEZ y CONSTANZA LIGIA PEREZ FERNANDEZ*", y en consecuencia, a JUAN PABLO le asiste el derecho a que se declare la prescripción extraordinaria de dominio sobre el inmueble, razón por la que excepciona "*prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio*" y "*derecho de retención*" [para que se le cancele el valor de las mejoras necesarias y útiles realizadas en el inmueble en los últimos 15 años]; medios exceptivos de los que se corrió traslado a la parte demandante, quien se opone a la prosperidad de los mismos, arguyendo, que los demandantes aceptaron arrendar el inmueble a JUAN PABLO para organizar su negocio JPT CONSULTING AND SERVICES S.A.S, y que el dinero producto del canon de arrendamiento pasaría a la progenitora – CONSTANZA LIGIA PEREZ FERNANDEZ "*para su subsistencia*"; contrato que se prorrogó hasta el año 2016, suscribiendo como arrendadora CONSTANZA LIGIA y como arrendatario el abogado FRANCISCO OSORIO en representación de la empresa JPT CONSULTING AND SERVICES S.A.S, y como coarrendatario JUAN PABLO TORNE, lo que desvirtúa la reclamada prescripción.

Agotado el trámite de la audiencia del art. 372 del C.G.P., se surtió la audiencia de instrucción y juzgamiento el día 3 de marzo de 2020, en la que se dictó sentencia, declarando no probadas las excepciones propuestas por el demandado, se denegó el derecho de retención solicitado por JUAN PABLO TORNE frente a las mejoras, al no cumplir con la carga impuesta en el art. 412 del C.G.P., y en consecuencia, se ordenó la venta en pública subasta del bien común, teniendo en cuenta el avalúo presentado con la demanda, y se dispuso el secuestro del bien inmueble, diligencia que se llevó a cabo el día 25 de marzo de 2021, siendo atendida por la señora LORENA XIMENA FIERRO - Gerente Administrativa del establecimiento denominado "JPT CONSULTING AND SERVICE" de propiedad de JUAN PABLO TORNE PÉREZ, declarándose el inmueble secuestrado, y al mismo tiempo se dejó constancia de que *"no se hicieron presentes terceras*

personas a oponerse", siendo agregado el comisorio mediante auto del 08 de junio de 2021.

Seguidamente, la señora CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNÁNDEZ, a través de apoderado, dijo presentar "*incidente de reconocimiento y pago de mejoras útiles*", realizadas en el inmueble materia del proceso, alegando tener la calidad de poseedora del bien y haber realizado una serie de mejoras; razón por la que dentro de la oportunidad prevista para hacer oposición al secuestro, solicita: i) *"Que se DECLARE que puede intervenir mi Representada Sra. CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNANDEZ, con C.C. No. 25.261.007 expedida en Popayán(C),* ***como TERCERO INCIDENTANTE*** *dentro del Proceso de la Referencia";* ii) *"Que se DECLARE que mi representada Sra. CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNANDEZ, con C.C. No. 25.261.007 expedida en Popayán(C),* ***ha realizado MEJORAS ÚTILES*** *en el Inmueble ubicado en la Carrera 17AN No. 8 20-22 de la Urbanización Ciudad Jardín de Popayán (C), hoy el Recuerdo de Popayán(C), consistentes en: 1. Cambio de Techo. 2. Construcción de un área de trabajo. 3. Paredes en la parte de atrás del Inmueble. 4. Mantenimiento general de la casa como: Cambio de Puertas, Ventanas, Tubería, Instalación de Cableado de Energía y otras mejoras útiles. TOTAL VALOR TOTAL DE LAS MEJORAS ÚTILES: CUARENTA MILLONES DE PESOS M/C ($ 40.000.000.oo.)"*, y iii) *"Que, como consecuencia de la anterior declaración,* ***se CONDENE a los Sres. JOSÉ LUIS; JUAN PABLO y MONSERRAT TORNE PEREZ, de condiciones civiles ya conocidas en el Proceso de la Referencia, a RECONOCER Y PAGAR a mi representada Sra. CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNANDEZ, con C.C. No. 25.261.007 expedida en Popayán(C), el valor relacionado anteriormente por concepto de las MEJORAS ÚTILES*** *realizadas en el Inmueble en cuestión, dentro del término previsto en la Ley"*, sin perjuicio de las demás declaraciones y condenas que el Juzgado estime pertinentes, y la condena en costas y agencias en derecho en caso de oposición. Trámite incidental que rechazó de plano el Juzgado por auto del 15 de julio de 2021, y que es objeto del recurso que ocupa la atención de esta Corporación.

Preliminarmente, sea del caso señalar, que el artículo 597 del C.G.P., que regla "***el levantamiento del embargo y el secuestro***", en su num. 8, faculta al tercero poseedor para solicitar ante el funcionario de conocimiento "*se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquella* [la diligencia de secuestro] *se practicó*"; petición que se tramitará como incidente, "*en el cual el solicitante deberá probar su posesión*". Diferenciándose por el legislador, la oportunidad para promover el trámite incidental, según el tercero poseedor no haya estado presente en la diligencia de secuestro, o estando presente en la misma, no contaba con la representación de apoderado judicial, pues en el primer evento, se le concede un

término de 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, y en el último caso, el término será de cinco (5) días.

En relación con el incidente de levantamiento de embargo y secuestro, el tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, en su obra *"Código General del Proceso – Parte Especial"*, refirió:

> *"El numeral 8 del art. 597 consagra el incidente que puede adelantar un tercero que no estuvo presente en la práctica de la diligencia de secuestro, o lo estaba pero no contaba con los medios probatorios y prefirió guardar silencio, o se opuso pero sin contar con la asistencia de abogado,* ***para que se declare que tenía la posesión material del bien cuando se cumplió la diligencia****, posibilidad aplicable tanto a procesos de ejecución como a procesos declarativos, de sucesión, jurisdicción voluntaria, en suma en cualquiera donde haya secuestro.*
>
> *(…)…Para que pueda operar esta medida es necesario que quien no se opuso a la práctica de la diligencia por cualquiera de los motivos señalados****,*** *o quien lo hizo con resultados negativos pero no estuvo asistido por abogado, promueva el incidente dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que aquella se llevó a efecto si la practicó el juez del conocimiento o a la notificación del auto que ordena agregar el despacho al expediente si fue un comisionado el que la practicó.(…)"*[4]

Efectuada la anterior precisión, de cara a la solicitud de "*incidente de reconocimiento y pago de mejoras útiles*" presentada por la señora CONSTANZA LIGIA PEREZ FERNANDEZ, y las pretensiones contenidas en la misma, no cabe duda de que **no se está reclamando el levantamiento de la medida cautelar** en los precisos términos del numeral 8° del art. 597 del C.G.P., sino que por el contrario, la señora CONSTANZA LIGIA valiéndose de la oportunidad prevista en la citada norma, pretende el reconocimiento y pago de unas mejoras, invocando la calidad de poseedora del bien, y es que como acertadamente lo indicó el funcionario de primer grado, no puede ahora la recurrente, a través del recurso, modificar su pretensión, pues quedó claro desde el momento en que presentó su solicitud, que lo que se pretende es el reconocimiento y pago de mejoras útiles.

Y es que tal pretensión, resulta ajena al propósito previsto por el legislador en el numeral 8° del art. 597 del C.G.P., frente al cual, ha expresado la jurisprudencia: *"…el artículo 597 del Código General del Proceso, en el numeral 8º prevé el «levantamiento del embargo y secuestro» a solicitud del tercero poseedor que no estuvo presente en la diligencia de secuestro, y obtiene decisión favorable; y también faculta al «tercero poseedor que haya estado presente en la diligencia sin la representación de apoderado judicial» a promover dicho «incidente»…"*[5].

---

[4] HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *"Código General del Proceso – Parte Especial"*, Págs. 799 a 800
[5] CSJ STC10544-2021, 19 ago. 2021, Rad. No. 7300122130002021-00230-01

Sumado a lo anterior, que sólo se tramitarán como incidente los asuntos expresamente señalados en la ley, como sin ambages se deduce del artículo 127 del C.G.P., que reza: *"Sólo se tramitarán como incidente los asuntos que la ley expresamente señale; los demás se resolverán de plano y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos".*

Es así, como el tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, en la obra antes citada, manifestó: *"**el incidente es eminentemente taxativo, pues sólo se pueden someter a su trámite "los asuntos que la ley expresamente señale"** (art. 127 CGP). Por tanto, si no existe disposición que de manera expresa ordene el adelantamiento de un incidente, no hay lugar a él y en tales casos, la petición debe resolverse de plano; es más, de haber hechos que probar, junto con la petición deberá acompañarse prueba siquiera sumaria de ellos"*[6].

En este orden de ideas, el trámite incidental que se reclama no encuentra fundamento alguno en el numeral 8° del artículo 597 del C.G.P., porque como se indicó con anterioridad, lo que pretende la señora CONSTANZA LIGIA PEREZ es el reconocimiento y pago de unas mejoras; pedimento que resulta ajeno a la norma en comento. De ahí, que el artículo 130 ibidem., autoriza al juez para rechazar de plano "*los incidentes que no estén expresamente autorizados por este Código*".

Además, respecto de las mejoras en el proceso divisorio, como acertadamente lo indicó el funcionario de conocimiento, con apoyo en los principios de economía y lealtad procesal, se debe alegar en la demanda o en su contestación, conforme lo previsto en el artículo 412 del C.G.P. que prevé: "***El comunero*** *que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación, especificándolas debidamente y estimándolas bajo juramento de conformidad con el artículo 206, y acompañará dictamen pericial sobre su valor. De la reclamación se correrá traslado a los demás comuneros por diez (10) días. En el auto que decrete la división o la venta el juez resolverá sobre dicha reclamación y si reconoce el derecho fijará el valor de las mejoras. Cuando se trate de partición material el titular de mejoras reconocidas que no estén situadas en la parte adjudicada a él, podrá ejercitar el derecho de retención en el acto de la entrega y conservar el inmueble hasta cuando le sea pagado su valor*". De suerte, que del texto mismo de la norma se colige que sólo los comuneros están habilitados para solicitar el reconocimiento de mejoras dentro del juicio divisorio, y

[6] LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio, "Código General del Proceso – Parte General", Dupré Editores, 2019, Pág. 502

por lo tanto, ninguna prosperidad encuentra la pretensión de la incidentante, no teniendo ésta la calidad de copropietaria del bien común.

Así las cosas, se procederá a confirmar la providencia apelada, emitida el 15 de julio de 2021, por la cual, se rechazó de plano el trámite incidental promovido por la señora CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNÁNDEZ.

Condena en costas

De conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte incidentante - CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNÁNDEZ, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar lo dispuesto en el auto apelado de fecha 15 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán; por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte apelante – CONSTANZA LIGIA PÉREZ FERNÁNDEZ, tásense.

TERCERO: Fijar como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, la que será incluida en la liquidación de costas, en la forma y términos previstos en el artículo 366 del C.G.P.

CUARTO: Devolver las actuaciones al juzgado de origen, vía correo electrónico[7], previas las desanotaciones correspondientes.

Notifíquese y cúmplase,

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

[7] Habiéndose recibido las copias del expediente vía correo electrónico