



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

Asunto : Decide apelación interlocutorio
Trámite : Ejecutivo con garantía real - Hipotecario
Ejecutante : Titularizadora Colombiana SA
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 LLRR)
Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

PEREIRA, R., DOCE (12) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso ordinario de apelación propuesto por el apoderado de la parte opositora, contra la providencia que denegó la oposición a la diligencia de secuestro de un inmueble aprisionado en el proceso, previas las apreciaciones jurídicas que enseguida se plantean.

2. LA 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 el día 23-05-2014, sobre el inmueble de matrícula No.296-41858, al considerar que no tiene la condición de “tercera” porque su derecho lo deriva 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 el mandatario judicial de la parte opositora, la revocatoria del precitado auto, para que en su lugar, se declare próspera la oposición. Argumenta, que no hay duda conforme el acervo probatorio, que para la fecha de la diligencia de secuestro, la señora Clemencia Patiño Cardona, tenía una 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 Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, R., que 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

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, p.276.

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.*”³.

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.

4.3.2. El análisis del caso concreto

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

En efecto, se denegó la oposición porque quien alegó la posesión deriva tal derecho de quien es la parte ejecutada en el proceso hipotecario, donde justamente se hace valer la garantía hipotecaria. Razón asiste a la juzgadora que así resolvió, pues el primer supuesto, que es de fondo, consiste en que se legitima para postular la súplica 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 noción sobre quién es parte y quién tercero, lo cierto es que la doctrina nacional se inclina para entender que son aquellos que no tienen la calidad de demandante o demandado procesal⁴, y su participación en el litigio obedece a factores diferentes a los de aquellas. Ninguna discusión ofrece que la pretensa opositora adquirió sus “derechos” del señor Arbeláez Mejía, ejecutado en este proceso, por ende, es su causahabiente, calidad que en nada se desfigura porque actúe de buena fe, como sostiene el procurador judicial recurrente. Nótese que no es ajena al ejecutado.

Sin duda, en principio, pareciera que la resistencia a la cautela, se hace por quien tiene un interés ajeno a la pretensión ejecutiva de pago con el bien hipotecado, pero cuando se detalla el origen de los derechos alegados, pronto se advierte su génesis 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.

³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. cit., p.746.

⁴ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá D.C., p.83.

Es que no basta demostrar la posesión, pues se comparte lo dicho por el reconocido procesalista, López Blanco⁵: “Téngase 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 posesión material del mismo pero este se halla gravado con hipoteca, evento en el cual ante una diligencia de secuestro bien podría acreditar mi calidad de poseedor pero carezco de la calidad de tercero, porque al comprar sabía de la existencia del derecho real accesorio de hipoteca.”.

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 prohija 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 de (ii) Preferencia*⁶, 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 artículo 2452 del CC 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 caso⁷) 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 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 Torres⁸ en su obra:

⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil colombiano, parte especial, 2004, 8ª edición, Dupré Editores, p.875.

⁶ PINEDA RODRÍGUEZ, Alfonso y otro. El título ejecutivo y los procesos ejecutivos, 2006, 6ª edición, Editorial Leyer, p.253.

⁷ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Algunas garantías civiles, 2013, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, p.247-284.

⁸ CHICA TORRES, Héctor. Incidente de levantamiento de embargo y secuestro instructivo, 2011, Bogotá DC, Ediciones Nueva Jurídica, p.44.

... 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 (Arts.664 y 756 C.C.). Además, son bienes que ya estaban jurídicamente comprometidos al pago del crédito...

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.⁹

En la misma línea de pensamiento expuesta, y para relieves más el carácter de derecho real, dígame con palabras del profesor Velásquez Jaramillo¹⁰: *“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 No.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 objetivo¹¹, 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 fallo¹²⁻¹³.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto del 13-09-1968.

¹⁰ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes, 1ª edición, Librería Jurídica Comlibros, Medellín A., 2008, p.136.

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, 7ª edición, Bogotá, editorial Diké, 1990, p.468.

¹² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 9ª edición, Dupré Editores, p.1069.

¹³ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil, tomo II, cuarta edición, editorial Temis, Bogotá DC, 1994, p.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 artículo 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.*”¹⁴.

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 (Artículo 29, CPC), se ordenará devolver el expediente al juzgado de origen y se condenará en costas, en esta instancia (Artículo 392-1º, CPC).

Conforme al artículo 19 de la Ley 1395 del 12-07-2010, que modificó el artículo 392 del CPC, se fijarán como agencias en derecho la suma de seiscientos dieciséis mil pesos (\$616.000), según el artículo 6º numeral 1.12.1., Acuerdo N.1887 de 2003, 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 expectativa

¹⁴ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Apuntes sobre la ley de descongestión, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.52.

generada por la alzada y el tiempo que necesariamente tuvo que estar pendiente de las resultas del asunto, así razona la Corte Suprema de Justicia¹⁵.

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

Nótese que el efecto está regulado en forma diversa, para el auto que decide el incidente (Artículo 138) y aquel que resuelve “un trámite especial que lo sustituya” como decía el artículo 351, antes de la reforma de la Ley 1395. El caso sub examine expresamente había norma que habilitaba la segunda instancia.

Infortunado fue el lapsus en que se incurrió en el auto de concesión de este recurso, cuando se dijo “Ejecutoriada”, refiriéndose al auto de alzada, 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,

1. CONFIRMAR el auto apelado, por lo razonado en la parte motiva de esta providencia.
2. CONDENAR en costas a la parte opositora, que fracasó en la alzada. Se liquidarán por la Secretaría de este Tribunal.
3. FIJAR como agencias en derecho la suma de seiscientos dieciséis mil pesos (\$616.000).
4. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
5. DEVOLVER el expediente al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Providencia del 06-03-2013; MP: Fernando Giraldo Gutiérrez, radicado No.2008-00628-01.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

DGH / DGD / 2014