El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto - 19 de septiembre de 2017

Proceso: Ejecutivo – Confirma decisión del a quo que negó levantamiento de embargo y secuestro

Radicación Nro. : 2011-00381-01

Ejecutante: MORTGAGE INTERNACIONAL CORPORACIÓN SA

Ejecutado: LUZ PATRICIA GÓMEZ ECHEVERRY Y OTRO

Magistrado Sustanciador: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR.** [S]e encuentra probado que el opugnante como mandante de los ejecutados suscribió en su nombre las escrituras de hipoteca y de aclaración, otorgadas los días 20-12-2007 y 13-03-2008 (Folios 29 a 58, cuaderno principal) y, recibió el inmueble en calidad de tenedor el día el 15-09-2008, según lo explica en el interrogatorio (Folio 2, cuaderno No.4). De otro lado, conforme a lo relatado por el incidentante, se tiene que unilateralmente trastocó la calidad de tenedor que inicialmente tenía para considerarse poseedor del bien, ejerciendo actos de señor y dueño, porque hizo mejoras necesarias y útiles con su propio peculio separado de la participación de los propietarios; claramente alega la interversión del título de mera tenencia al de poseedor, en manifiesta sublevación al mandato original de los ejecutados. Así las cosas, la resistencia a la cautela se hace por quien no tiene un interés ajeno a la pretensión ejecutiva de pago con el bien hipotecado, toda vez que siempre tuvo conocimiento de la existencia del gravamen, inclusive, con anterioridad a considerarse su poseedor; el origen de los derechos alegados deriva del mandato dado por los ejecutados frente al que el actor se rebeló.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

Asunto : Apelación de auto

 Tipo de proceso : Ejecutivo con garantía real - Hipotecario

 Ejecutante : Mortgage International Corporation SA

Ejecutado (s) : Luz Patricia Gómez Echeverry y otro

Procedencia : Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2011-00381-01

 Temas : Oposición secuestro – Tercero – Posesión

Mag. Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

Pereira, R., diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso ordinario de apelación propuesto por el apoderado de la parte incidentante, contra la providencia datada el 09-03-2017 que denegó la oposición a la diligencia de secuestro de un inmueble aprisionado en el proceso, previas las apreciaciones jurídicas que enseguida se plantean.

1. LA RESEÑA DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Desatendió las súplicas del opositor al considerar que no probó uno de los presupuestos de la posesión, esto es, el *“animus”.* Explicó que (i) En el interrogatorio reconoció la copropiedad que los señores Luz Patricia Gómez y Horacio Vialpando tienen sobre el inmueble; (ii) Actuó en nombre y representación de los comparadores conforme al poder que le fuera otorgado, es así que suscribió la escritura de compraventa e hipoteca, en la que tampoco tuvo a bien hacer precisión alguna sobre el origen de los recursos que aportó y que afirma haber obtenido de la venta de una casa propia.

(iii) Recibió el bien con la autorización de los copropietarios y no como “comprador” (Sic) (Igual reflexión se hizo sobre los abonos realizados); Y, finalmente, (iv) Aceptó asumir las obligaciones crediticias porque sabía sobre la constitución del gravamen hipotecario (Folios 5 a 8, tomo II del cuaderno No.3, incidente de levantamiento de embargo).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Se arguye que la valoración probatoria fue errada; no se tuvo en cuenta que todos los testigos coincidieron en afirmar la posesión que ejerce de buena fe; además la actuación como apoderado de los compradores no le puede impedir acceder al derecho de posesión que adquirió al asumir el sostenimiento y mantenimiento del inmueble debido al abandono de los copropietarios.

También se queja de la ausencia de decisión sobre las mejoras solicitadas y debidamente probadas en el plenario, pues si no se acepta su posesión como tenedor entonces tiene derecho a su reconocimiento, de los contrario habría un enriquecimiento sin causa en perjuicio suyo (Folios 35 a 36, ibídem).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR
	1. La competencia funcional. La facultad jurídica para resolver esta controversia radica en esta Colegiatura por el factor funcional (Artículo 32-1º, CGP), dada su condición de superiora jerárquica del Juzgado emisor de la decisión apelada.
	2. Los presupuestos de viabilidad del recurso. Siempre es indispensable la revisión de los supuestos de viabilidad del recurso, como rotula la doctrina[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2), a efectos de examinar el tema discutido por vía de apelación.

Se dice que son 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]](#footnote-3). Idénticos términos expresa en su obra más reciente[[4]](#footnote-4).

Y lo explica el profesor Rojas Gómez[[5]](#footnote-5) en su obra: *“(…) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició.”*.

Los requisitos son concurrentes, ausente uno debe desecharse el estudio de la impugnación. Para este caso se encuentran cumplidos, hay legitimación en la parte que recurre porque hay mengua de sus intereses con la decisión atacada, el recurso es tempestivo, la aludida providencia es susceptible de apelación (321-5º, CGP) y

está cumplida la carga procesal de la sustentación (Artículo 322-3º, CGP).

* 1. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar, modificar o confirmar el auto que negó el levantamiento de la medida de embargo y secuestro, elaborada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, según la argumentación de la apelación, interpuesta por la parte incidentante?
	2. La resolución del problema jurídico planteado. Delimitados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 328 del CGP, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos aspectos cuestionados.
	3. Los presupuestos de la oposición

Los requisitos son concurrentes y necesarios, para declarar la prosperidad de la oposición[[6]](#footnote-6); ausente uno se malogra su configuración. Emergen del contenido del artículo 687-8º, CPC, son cinco (5), a saber: (i) Que el incidente sea promovido por un tercero, esto es, que no tenga la calidad de parte en el litigio y por ende, sea ajeno a las consecuencias jurídicas que de él puedan derivarse; (ii) Que si se trata de un proceso de ejecución no se haya efectuado el remate del bien; (iii) Que el incidente sea promovido dentro del término legal; (iv) Que se preste oportunamente la caución exigida; (v) Que el tercero demuestre posesión material sobre el bien, para la época del secuestro.

* 1. El análisis del caso

Habrá de confirmarse la decisión interlocutoria impugnada, pero con apoyo en los planteamientos jurídicos que a continuación se expondrán, habida consideración de que serán suficientes para el fracaso de las pretensiones del impugnante, atendiendo que se dejó de probar el primer presupuesto para que la oposición triunfara.

En este asunto es evidente que quien alegó la posesión deriva tal derecho de quienes integran la parte ejecutada en el proceso hipotecario, donde justamente se hace valer la garantía hipotecaria. 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 procesal[[7]](#footnote-7), y su participación en el litigio obedece a factores diferentes a los de aquellas. Ninguna discusión ofrece que el pretenso opositor “adquirió sus derechos” de los señores Luz Patricia Gómez Echeverrry y Horacio Roberto Vialpando, ejecutados 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 ajeno a los ejecutados.

En efecto, se encuentra probado que el opugnante como mandante de los ejecutados suscribió en su nombre las escrituras de hipoteca y de aclaración, otorgadas los días 20-12-2007 y 13-03-2008 (Folios 29 a 58, cuaderno principal) y, recibió el inmueble en calidad de tenedor el día el 15-09-2008, según lo explica en el interrogatorio (Folio 2, cuaderno No.4).

De otro lado, conforme a lo relatado por el incidentante, se tiene que unilateralmente trastocó la calidad de tenedor que inicialmente tenía para considerarse poseedor del bien, ejerciendo actos de señor y dueño, porque hizo mejoras necesarias y útiles con su propio peculio separado de la participación de los propietarios; claramente alega la interversión del título[[8]](#footnote-8) de mera tenencia al de poseedor, en manifiesta sublevación al mandato original de los ejecutados.

Así las cosas, la resistencia a la cautela se hace por quien no tiene un interés ajeno a la pretensión ejecutiva de pago con el bien hipotecado, toda vez que siempre tuvo conocimiento de la existencia del gravamen, inclusive, con anterioridad a considerarse su poseedor; el origen de los derechos alegados deriva del mandato dado por los ejecutados frente al que el actor se rebeló.

No basta demostrar la posesión, pues se comparte lo dicho por el reconocido procesalista, López Blanco[[9]](#footnote-9): “*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.*”.

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[[10]](#footnote-10)*, 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 caso[[11]](#footnote-11)) 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, 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 Torres[[12]](#footnote-12) en su obra:

… 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 esta-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.[[13]](#footnote-13)

En la misma línea de pensamiento expuesta, y para relievar más el carácter de derecho real, dígase con palabras del profesor Velásquez Jaramillo[[14]](#footnote-14): “*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.*”.

Ahora, en lo concerniente al reconocimiento de las mejoras realizadas al inmueble en calidad de tenedor, esta Sala las negará, en razón a que se trata de una solicitud que debe ser ventilada en un proceso de conocimiento, distinto al presente trámite.

Finalmente, no se condenará en costas al recurrente toda vez que se encuentra amparado por pobre (Artículo 154, CGP).

1. LAS DECISIONES FINALES

En atención a lo explicado antes (i) Se confirmará la decisión apelada en el sentido de que el incidentante no es un tercero ajeno a las partes trabadas en la litis y obtuvo la posesión del inmueble con posterioridad a la constitución del gravamen hipotecario; (ii) se adicionará un numeral para negar el reconocimiento de mejoras pedidas; y, (iii) Sin condena en costas en esta instancia.

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. ADICIONAR un numeral, para NEGAR el reconocimiento y pago de las mejoras pedidas por el incidentante.
3. NO CONDENAR EN COSTAS al recurrente.
4. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
5. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

LA PROVIDENCIA ANTERIOR

SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

*S E C R E T A R I O*

1. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2012, 9ª edición, Dupré Editores, p.742. [↑](#footnote-ref-1)
2. PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276. [↑](#footnote-ref-2)
3. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.746. [↑](#footnote-ref-3)
4. LÓPEZ B., Hernán F. Código general del proceso, parte general, 2016, Dupré Editores, p.769. [↑](#footnote-ref-4)
5. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2013, 5ª edición, Bogotá DC, p.332. [↑](#footnote-ref-5)
6. AZULA C., Jaime. Manual de derecho procesal civil, editorial Temis, 2ª edición, Santa Fe de Bogotá DC, 1994, p.159. [↑](#footnote-ref-6)
7. ROJAS G., Miguel E. El proceso civil colombiano, parte general, Universidad Externado de Colombia, 1999, Bogotá D.C., p.83. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ. Civil. Providencia SC17221-2014; MP: Luis A. Tolosa V.: *“(…) 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 disputándoselo a quien en principio autorizó la tenencia. (…)”.* Criterio reiterado recientemente en las SC13099-2017 y SC2805-2016. [↑](#footnote-ref-8)
9. LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte especial, 2004, 8ª edición, Dupré Editores, p.875. [↑](#footnote-ref-9)
10. PINEDA R., Alfonso y otro. El título ejecutivo y los procesos ejecutivos, 2006, 6ª edición, Editorial Leyer, p.253. [↑](#footnote-ref-10)
11. VILLAMIL P., Edgardo. Algunas garantías civiles, 2013, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, p.247-284. [↑](#footnote-ref-11)
12. CHICA T., Héctor. Incidente de levantamiento de embargo y secuestro instructivo, 2011, Bogotá DC, Ediciones Nueva Jurídica, p.44. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. Auto del 13-09-1968. [↑](#footnote-ref-13)
14. VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes, 1ª edición, Librería Jurídica Comlibros, Medellín A., 2008, p.136. [↑](#footnote-ref-14)