

VICISITUDES DEL EMBARGO, SECUESTRO Y REMATE DE LA POSESIÓN DE BIENES SUJETOS A REGISTRO – AUTOMOTORES

**CLAUDIA JAIMES FRANCO
CIELO VIVIANA JAIMES REINA
MAGDA YOLIMA PRADA GOMÉZ**

Trabajo presentado como requisito de grado de la especialización de Derecho Procesal

Docente disciplinar; Pedro Alirio Sánchez Novoa
Docente Metodológico; Diego Armando Yáñez Meza

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN DERECHO PROCESAL**

Colombia, San José de Cucuta

Noviembre, 2018

AGRADECIMIENTOS

A los estudiantes de la Universidad Autónoma del Caribe y compañeros de trabajo judicial, que nos han motivado a la realización de este trabajo, en el que se plasma no solo, la experiencia judicial, el conocimiento adquirido e impartido a partir de la docencia, sino también el conocimiento de la práctica litigiosa, toda vez que, quienes participamos en su proyección, contamos con la experiencia dentro de la Rama Judicial y el litigio, permitiendo mostrar las dos facetas del problema jurídico que nos proponemos desarrollar.

Al doctor Carlos Alberto Colmenares Uribe, quien en la aulas de clase, sembró la iniciativa de este trabajo, en el que conjugamos nuestra experiencia profesional, profesional del que tomamos el profundo conocimiento que tiene sobre el tema.

A nuestras familias, quienes nos impulsan al mejoramiento profesional y educativo, en razón a lograr un estudio más a fondo, sobre el régimen de la medida cautelar del embargo y secuestro de la posesión material, en busca de lograr una tutela judicial efectiva, que llegue a todos los intervinientes dentro del proceso y en especial al operador judicial.

Índice

RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN	vi
PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN	viii
METODOLOGÍA	ix
CAPÍTULO 1: HACIA UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN EL RECONOCIMIENTO DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMO DERECHO FUNDAMENTAL	1
CAPÍTULO 2: ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	7
CAPÍTULO 3: EL EMBARGO Y SECUESTRO DE LA POSESIÓN MATERIAL SOBRE BIENES SUJETOS A REGISTRO – AUTOMOTORES	10
CAPÍTULO 4: REMATE DE LA POSESIÓN.....	23
CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES	24
CAPÍTULO 6: RECOMENDACIONES	25
REFERENCIAS.....	26

RESUMEN

El desarrollo de este trabajo, se enfoca principalmente, en señalar como, en Colombia, el fin del legislador en materia procesal ha sido el de lograr la efectividad de los derechos sustanciales reconocidos en la ley al interior del proceso, en aras de lograr una tutela judicial efectiva para los asociados del sistema, y para ello se recurre principalmente al régimen de medidas cautelares en aras de lograr la efectividad anticipada de las decisiones judiciales.

Dentro de las medidas cautelares se consagró, en el numeral tercero del artículo 593 del Código General del Proceso, el embargo y secuestro de la posesión material ejercida sobre bienes muebles e inmuebles, reglamentación que terminó con el gran debate que durante la vigencia del artículo 515 del Código de Procedimiento Civil venía presentándose respecto del secuestro de los derechos derivados de la posesión y que excluía de esta medida a los automotores, presentándose de esta manera la imposibilidad para los acreedores de lograr la persecución de esta posesión, que sin duda alguna también hacía parte de su patrimonio.

Se traerán a colación las ventajas que aportó el legislador con la consagración de esta medida cautelar al interior de los procesos ejecutivos, pero también se concluirá la necesidad de la reglamentación de esta medida a efectos de impedir afectar los derechos de terceros poseedores de buena fe, trayendo a colación gran parte del estudio que al respecto hizo el doctor Carlos Alberto Colmenares Uribe, y nuestra posición desde la óptica de la práctica judicial.

Palabras Claves

Tutela judicial efectiva, posesión, embargo, secuestro, remate, ventajas, consecuencias.

Abstract

The development of this work focuses mainly on pointing out how, in Colombia, the aim of the legislator in procedural matters has been to achieve the effectiveness of the substantial

rights recognized in the law within the process, in order to achieve effective of the judicial system for its associates, and for this, we take a look mainly protection system of precautionary measures, in order to achieve the anticipated effectiveness of judicial decisions.

Among them was in the third paragraph of article 593 of the General Code of the Process, the seizure of the material possession over movable and immovable property, regulation that ended in a great debate that, according to article 515 of the Code of Civil Procedure, had been presented, regarding the abduction of rights derived from possession, which excluded the automotive from this measure to, thus presenting the impossibility for creditors to achieve the pursuit of this possession, which undoubtedly was also part of its heritage.

The advantages provided by the legislator with the consecration of this precautionary measure within the executive processes will be mentioned, but the need for regulation of this measure will also be concluded in order to prevent affecting the rights of third-party possessors in good faith, mentioning a great part of the study that Dr. Carlos Alberto Colmenares Uribe did in this matter, and our views from the perspective of judicial practice.

Key words

Effective judicial protection, possession, seizure, auction, advantages, consequences.

INTRODUCCIÓN

En Colombia el régimen jurídico sobre los bienes, descansa en una trilogía de derechos, como son la propiedad, entendida como el derecho real principal que recae sobre las cosas, que permite a su titular el ejercicio de la persecución del bien en manos de quien se encuentre y sobre el cual recaen el mayor número de medidas cautelares consagradas por nuestro legislador procesal; el segundo de ellos, la tenencia que descansa ya no sobre el derecho real in re, sino en un simple apoderamiento de la cosa pero con reconocimiento de señorío ajeno por parte de quien la detenta y sobre la cual no se consagró un régimen de medidas cautelares.

El tercero y que ha tomado gran importancia en nuestra sociedad, es la posesión, entendida conforme a las luces de lo estatuido en el artículo 762 del Código Civil, como la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, que sin reconocer señorío ajeno permite a través del tiempo la adquisición del derecho real de propiedad y que por tanto ésta entra hacer parte del patrimonio del deudor, constituyéndose en la prenda general de los acreedores, conforme lo consagrado en el artículo 2488 del Código Civil.

Sobre esta última, se mantenía la idea primitiva en algunos operadores judiciales de concebir la posesión como un hecho, no siendo posible la medida cautelar de embargo y secuestro sobre la misma en especial de bienes muebles sujetos a registro – automotores, circunstancia que vario ante el reconocimiento legal que nace con la expedición de ley 1562 del 2012 (Código General del Proceso), al consagrar de manera imperativa el embargo de la posesión material, su posterior secuestro y remate. Novedosa medida que trajo muchas ventajas al permitir garantizar la efectividad de la decisión judicial, pero también carece de unos mínimos requisitos de procedibilidad que el legislador no previo al momento de hacer efectivo este pedimento, ocasionando grandes riesgos especialmente tratándose de automotores, como lo ha mostrado la experiencia judicial la que no siempre ha arrojado resultados positivos y que no muy pocos casos, las consecuencias han sido más gravosas que los beneficios aportados.

Y por ello precisamente, el trabajo presentará además de los beneficios que aportó la consagración de la medida, las posibles consecuencias de la imprecisión que trajo el estatuto procesal al expedir el numeral 3 del artículo 593 del Código General del Proceso, al momento de hacer su consagración imperativa, al no determinar de manera taxativa, clara y determinante unas exigencias mínimas para hacer procedente su solicitud y de esta manera brindar al funcionario judicial una mínima certeza del derecho invocado al momento de decretar la cautela, toda vez que la norma en la forma como se encuentra redactada deja la petición a una simple manifestación del peticionario sin exigencia del buen derecho y a una concreción en el funcionario judicial basada en la presunción de la buena fe de quien la invoca.

Así las cosas, nuestro trabajo se enfoca a buscar en nuestro legislador una iniciativa de reglamentación de la norma citada, presentando un mínimo de planteamientos, que busquen garantizar la tutela efectiva de quienes acude al estado en busca del reconocimiento de ese derecho sustancial que les asiste, pero también evitando ocasionar perjuicios en terceros de buena fe que verdaderamente ostenta la posesión de los bienes muebles, para de esta manera no dar cabida a peticiones irresponsables de muchos de nuestros abogados litigantes.

PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN

Nuestro trabajo se enfoca en presentar brevemente la forma como opera en la práctica judicial, el embargo de la posesión, su materialización a través del secuestro y posterior remate, sobre bienes sujetos a registro - Automotores, con la entrada en vigencia de nuestro el Código General del Proceso, concretándose inicialmente en determinar algunos antecedentes existentes en la evolución y reconocimiento del embargo de la posesión material como medida cautelar que garantice la efectividad de las decisiones judiciales.

Pero principalmente, traeremos los beneficios que trae de un lado, el reconocimiento legal del embargo a la posesión, su secuestro y posterior remate, en la tutela judicial efectiva de los derechos, que la invocan como medida cautelar, pero por otro lado, también las consecuencias que puede ocasionar en terceros de buena fe, al momento de solicitarse la cautela, ante la falta de lineamientos claros no tenidos en cuenta por el legislador al momento de configurarse la norma.

METODOLOGÍA

Nuestro trabajo de investigación se fundamentará en el método cualitativo¹, con enfoque hermenéutico, teniendo en cuenta el estudio documental e interpretativo que se realizará a la jurisprudencia, doctrina y normas que dieron tránsito al Código General Del Proceso; y el enfoque fenomenológico basado en la práctica judicial de la realidad en la materialización de la medida cautelar del embargo a la posesión, su secuestro y posterior remate, en la que se utilizaran como instrumentos fundamentales de la investigación la recopilación bibliográfica

¹ Ciencia y arte en la Metodología Cualitativa; MARTINEZ MIGUELEZ, Miguel, Editorial Trillas, 2004

CAPÍTULO 1: HACIA UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN EL RECONOCIMIENTO DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Sin duda, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, una de las disposiciones de mayor importancia y controversia en nuestro Estado Colombiano, ha sido la que consagra el derecho que tiene “toda persona o grupo de personas a la tutela judicial efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable” (Congreso de Colombia, 2012), pues con esta disposición, el legislador buscó, no sólo que la sociedad pudiera acceder a la administración de justicia y fuera efectivamente escuchada, sino que tuvieran eco sus pedimentos a través de una eficaz y cumplida decisión judicial, sin que se extendieran ilimitadamente en el tiempo sus efectos.

Preceptiva esta, que descansa en normas constitucionales, como lo son los artículos 1 y 2 que consagran a Colombia como un Estado Social de Derecho, que debe velar por el cumplimiento de sus fines esenciales y, en especial, el artículo 29, que consagra el debido proceso como derecho aplicable a toda clase de actuación judicial y administrativa, al señalar que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante un juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Congreso de Colombia, Constitución Política de Colombia, 1991) y el artículo 229 en el que “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado (Congreso de Colombia, Constitución Política de Colombia, 1991).

De manera que a nivel nacional, el operador judicial y el usuario del servicio, cuentan con cinco normas, cuatro de rango constitucional y una procesal, a fin de lograr una correcta, cumplida y efectiva garantía de los derechos que son puestos en controversia ante los estrados judiciales para lograr su goce efectivo, pues precisamente fue el querer del constituyente la protección efectiva de los derechos, dotados de una serie de garantías procesales para lograr su

concreción, como lo dice el doctor Ernesto Blume Fortini al señalar que “La tutela judicial efectiva no es un derecho que nace de la Constitución, es un derecho Humano anterior y superior al estado que pertenece a la esencia misma del ser humano” (Blume Fortini, 2016).

Pero además de ello, esta perspectiva garantista, ha sido reconocida en disposiciones incorporadas en tratados internacionales que son traídas a nuestro derecho constitucional y procesal, en aplicación del bloque de constitucionalidad de que tratan los artículos 93 y 94 de la Constitución de 1991, entre ellos, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos humanos de San José de Costa Rica, que hacen referencia a las garantías judiciales y a la protección judicial (OEA, 1969). Garantías judiciales “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”. Art. 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Protección judicial “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales·) y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra la igualdad de todas las personas ante los tribunales y la corte de justicia. “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (Naciones Unidas, 1976))

De manera que, es deber de los administradores de justicia, ejercer una labor hermenéutica para hacer efectivo este derecho fundamental de los asociados, toda vez que para aplicar la ley sustancial y procesal deben interpretar sistemáticamente las normas, fijando su alcance, acudiendo, incluso, a los principios generales del derecho y a los derechos y garantías que consagran la Constitución Política, que constituyen la base y punto de partida del ordenamiento jurídico (Congreso de Colombia, Setencia C-426 del 29 de mayo de 2002, 2002)

Es así como, se dijo en dicha sentencia que, “frente a la garantía de la tutela judicial efectiva, el deber primigenio del Estado -representado por los jueces y tribunales- es precisamente el de prestar el servicio de la jurisdicción, posibilitando el libre acceso de las partes al proceso y permitiendo su directa participación” (Congreso de Colombia, Sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, 2002). Posteriormente, en el año 2014, señaló esa misma Corporación que “La tutela judicial efectiva comprende: el derecho al acceso real, libre, amplio e irrestricto al órgano jurisdiccional para satisfacer determinadas pretensiones, el derecho a que la actuación judicial se desarrolle conforme a las reglas del debido proceso y los estándares necesarios para hacer posible la eficacia del derecho, y el derecho a la efectividad de la sentencia.” (Corte Constitucional, 2014)

En este sentido, y adentrándonos un poco en el tema de este artículo, tal y como se planteó al momento de formular nuestra propuesta sobre el estudio de la posesión material como fenómeno jurídico, tenemos que a través del desarrollo legislativo, ésta ha adquirido un reconocimiento trascendental en la vida jurídica del ser humano, al haber sido consagrado como una garantía fundamental, en la persecución del patrimonio del hombre ante los compromisos obligacionales en los que se ve comprometido diariamente, basado precisamente en el principio de que “el patrimonio del deudor es prenda general de los acreedores”, (Congreso de Colombia, Artículo 2488 del Código Civil Colombiano, 1873), para lo cual debe acudir precisamente al régimen de medidas cautelares, para efectivizar las garantías de tales derechos crediticios, dentro de las cuales encontramos el embargo y secuestro de la posesión material, para lo cual el estatuto procesal consagró precisamente una disposición legal, que, a juicio de estas dicentes, no reguló claramente los requisitos de su procedencia, lo que obligaría al operador judicial a ejercitar una ardua labor interpretativa, en aras de garantizar y no vulnerar el derecho fundamental de acceder a la justicia, como lo expone nuestro maestro Carlos Albero Colmenares Uribe, en su libro “Las Medidas Cautelares y la Posesión Material En El Código General del Proceso”, basado precisamente en precedentes de nuestra Corte Constitucional.

En efecto, dicha Corporación dijo sobre el particular: “Una de las características emblemáticas del Estado Constitucional es el nuevo papel del Juez. Este ya no es el orientador de

unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al Estado Constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquel. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los Estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad se lo cosifica o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos. Y lo que el ciudadano espera de sus jueces, es que estén a la altura del importante papel que se les ha asignado en las democracias modernas” (Constitucional, 2005) .

De manera que no cabe duda para estas discentes, que en su labor interpretativa, el funcionario judicial tiene el deber, no solo de definir de fondo la controversia que ha sido puesta en su conocimiento, con base en las pretensiones de la demanda, su contestación, la formulación de excepciones y los requerimientos efectuados dentro de las oportunidades procesales previstas por el legislador, sino que también, es su deber, definir, cuando una de las partes solicite se haga efectivo el cumplimiento anticipado de una futura sentencia, lo cual se logra a través de la materialización de la medida cautelar.

Y es que, es precisamente que en aplicación de la norma procesal, que consagra el embargo y secuestro de la posesión material sobre bienes muebles e inmuebles, como medida cautelar, que ante la proliferación de solicitudes indiscriminadas, con abuso del ejercicio del buen derecho que hacen muchos litigantes inescrupulosos, con flagrante desconocimiento del principio de la buena fe consagrado en nuestra Constitución Nacional, que ante la imprevisión legislativa sobre requisitos de procedencia de la medida, se ocasionan perjuicios a terceros, siendo este uno de los enfoques de nuestro estudio.

Por tanto, si bien es cierto como se anotó, se debe garantizar una tutela judicial efectiva del derecho invocado, basada en una correcta interpretación del alcance de las normas e incluso acudiendo a otras disposiciones legales, a la jurisprudencia, doctrina y los principios generales del derecho, también lo es que a juicio de estas discentes, al funcionario judicial no le es permitido, hacer exigencias para decretar la medida cautelar solicitada y que aquí se estudia, so

pretexto de una interpretación, cuando el legislador no la previó, tal como aconteció al momento de redactar el contenido del numeral tercero del artículo 593 del Código General del Proceso, que consagra, que el embargo “ ... de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos...”, sin que agregue otras exigencias. (Congreso de Colombia, Ley 1564 de 2012, 2012)

De esta manera, respetando el criterio del honorable procesalista y respetado docente, doctor Carlos Alberto Colmenares Uribe, no es viable que un operador judicial entre a exigir requisitos de procedencia, verificación para la efectivización de la medida cautelar y su oponibilidad a terceros, que el legislador no previó, pues esta facultad solo es del resorte del Congreso, máxime si tenemos de presente que la norma en cuestión no es oscura o vacía, sino que, por el contrario, su lenguaje fue incompleto al no determinar claramente las circunstancias de su procedencia y de consumación ante perjuicios que se ocasionen a terceros de buena fe, circunstancia que debe ser reglamentada.

Y ello deviene de precedentes de nuestra Corte Constitucional, cuando se ha pronunciado sobre la configuración legal y los límites del acceso a la administración de la justicia en los siguientes términos: “El acceso a la administración de justicia es un derecho de configuración legal, sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y ejecución material. Si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable básicamente de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador...” “En este sentido, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 2° del artículo 150 Superior, la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos es atribución exclusiva del legislador, el cual, atendiendo a las circunstancias socio-políticas del país y a los requerimientos de justicia, goza para tales efectos de un amplio margen de configuración tan sólo limitado “por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales” (Constitucional, Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013, 2013).

De manera que, en palabras de la Corte, en virtud de esta potestad legislativa, le corresponde al Congreso de la República determinar entre otras “Los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos” (Constitucional, Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013, 2013) siendo esa Corporación, entonces, y no los funcionarios judiciales, la única con facultad para establecer los requisitos y límites al ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en atención a la medida cautelar de embargo y secuestro de la posesión de bienes muebles e inmuebles consagrada en nuestro estatuto procesal, garantizando principios como la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo, pues, de lo contrario, pensar en una posibilidad ilimitada de interpretación en el juzgador que le permitiese imponer cargas a las partes no establecidas por el legislador, como lo son la exigencia del ejercicio de una posesión material de un año, de una prueba sumaria de la posesión, la comprobación en la diligencia de secuestro a través de la práctica de pruebas de ésta, y el registro del acta de secuestro en la oficinas competente para garantizar la oponibilidad de la medida a terceros, como lo señala nuestro respetado Carlos Alberto Colmenares Uribe, sería tanto como arrogarse atribuciones no dadas al funcionario judicial por la ley, que estarían en contravía de un debido proceso.

Así las cosas, entraremos a estudiar precisamente la consagración legislativa de esta medida cautelar que recae sobre la posesión material ejercida sobre bienes muebles e inmuebles, trayendo a colación los aspectos generales de las medidas cautelares, la posesión en general, para luego entrar a estudiar el embargo y secuestro, que se configuró legislativamente a partir de la expedición del Código General del Proceso.

CAPÍTULO 2: ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS

CAUTELARES

Partiendo del precepto reconocido por nuestro legislador en materia procesal a la tutela judicial efectiva, en esta oportunidad diremos como lo han decantado varios procesalistas, que la medida cautelar busca garantizar la satisfacción anticipada de los derechos que pueden ser reconocidos posteriormente en una eventual sentencia, aun cuando no se haya dado la discusión del derecho dentro del proceso, pues las mismas pueden ser peticionadas antes de una contienda procesal, cuya finalidad es precisamente lograr que la decisión adoptada no sea ilusoria, como lo señala el tratadista Hernán Fabio López Blanco, “la medida cautelar en el proceso civil busca precaver y prevenir las contingencias que pueden sobrevenir sobre las personas, los bienes, o los medios de prueba, mientras se inicia un proceso o se adelanta el mismo (Congreso de Colombia, Ley 1564 de 2012, 2012)

Por tanto, el régimen transversal de cautelas se encuentra ligado a la pretensión, con amplio reconocimiento en nuestra Constitución Nacional y en el bloque de constitucionalidad, pues constituyen una herramienta para garantizar la materialización de los derechos, garantizando la igualdad procesal de las partes y asegurando la efectividad de los derechos.

Es así, como el régimen de las medidas cautelares se soporta en el principio de legalidad, según el cual, no existe una medida cautelar sin ley previa que la autorice, de manera que le corresponde, al legislador como lo hemos venido señalando, determinar no solo la clase y procedencia de medida en un determinado proceso, sino también los requisitos para su procedencia y la forma en que debe materializarse o consumarse, es por ello que a juicio de estas dicentes, la falta de una determinación por parte del legislador de requisitos mínimos de procedencia para decretar el embargo y secuestro de la posesión material, ha traído repercusiones en la práctica judicial, al no contar el operador judicial con unos lineamientos claros, para proceder a negar la medida cuando no se cuenta con un mínimo de prueba del ejercicio de la

posesión dentro de un término razonable, que permita inferir sensatamente que el afectado con la medida, sea realmente quien ejerce la posesión en especial tratándose de automotores, en los que la simple tenencia del rodante, ha dado lugar a la petición irresponsable de la medida, ocasionándosele un perjuicio al verdadero poseedor y al bien, si tenemos en cuenta que además de no exigirse caución frente a pretensiones ejecutivas que garanticen los perjuicios causados, la mayoría de la veces el secuestro del mueble automotor se materializa mucho tiempo después de su retención.

Otro de los principios que regula el régimen de cautelas es la apariencia del buen derecho; esto “es la plausibilidad del derecho objeto de la pretensión (*fumus boni iuris*)”, pues habremos de señalar, que “Una cautela adoptada para respaldar un derecho que se ofrece débil resulta arbitraria y desde luego, constituye una notoria injusticia” (Bonilla, 2012) , aclarando que el decreto de la medida no exige que nos encontremos ante un derecho sustantivo cierto e indiscutible, sino por el contrario basta con que sea creíble y razonable con fundamento en el acervo probatorio con el que se cuenta dentro del proceso, para que el funcionario judicial adopte la medida cautelar deprecada, es por ello que se resalta la gran responsabilidad que deben asumir las partes al momento de solicitar la medida cautelar de embargo y secuestro de la posesión, para no causar con su práctica perjuicios, pues, si bien es cierto la posesión tiene una protección jurídica, también lo es que en muchas oportunidades, se acude a ella sin la certeza de que el ejecutado, sea el titular de esa situación de hecho que puede tener o no consecuencias de derecho.

Se sigue con otros de los fundamentos para decretar la medida cautelar, señalados por el Modulo publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, como lo es “la desconfianza que genera el deudor frente al cumplimiento de la decisión judicial (*suspectio debitoris*)” y “el peligro de la mora judicial (*periculum in mora*)”, toda vez que ésta, solicitada en la mayoría de los casos desde la presentación de la demanda, en otras oportunidades en el curso del proceso e incluso cuando se cuenta con sentencia definitiva o sin haberse instaurado aún el mismo, busca impedir que se afecte la materialización del derecho sustancial, el cual debe prevalecer en toda actuación, pues como lo explicó Redenti (Redenti, 2010), agrega que “sabiamente se preocupa la ley por el peligro en muchos casos manifiesto e innegable de que las providencias de tutela

jurisdiccional civil que ella conmina o prevé lleguen a aplicación demasiado tarde”) de poco servirían las acciones jurisdiccionales” si entre tanto ... se han escapado los bueyes” , por tanto se justifica la cautela en la medida de que se logre la efectivización del derecho.

Por último, para cerrar este título, hay que señalar que las medidas cautelares que lo pueden ser personales, reales o patrimoniales, son de carácter provisional; es decir, “se adoptan mientras se profiere la decisión que resuelva definitivamente el conflicto o se satisfaga el derecho sustancial reclamado” (Bonilla, Modulo de Aprendizaje Plan de Formacion de la Rama Judicial), se logra la satisfacción plena del derecho o se posibilita su ejercicio a través de su ejecución; son modificables, al poder reducirse, levantarse y sustituirse por otras; son accesorias, toda vez que dependen de la existencia de un proceso adelantándose o que esté por adelantarse; son instrumentales, porque buscan la materialización de una pretensión, las cuales con nuestro Código General del Proceso, pueden solicitarse aun desde la práctica de pruebas extraprocesales, cuando así lo permita el legislador; y son preventivas, porque “se anticipan a la decisión definitiva para proteger el derecho que pueden practicarse sin audiencia del demandado que las soporta, y que su decreto, en sí mismo considerado, no traduce un juzgamiento ni que se otorgue razón al peticionario” por ello, no constituyen una sanción para el demandado sino una garantía para quien la solicita, de allí que esta se cumplirá inmediatamente antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta y que “la interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada” (Congreso de Colombia, Ley 1564 de 2012, 2012)

Teniendo de presente entonces, que el régimen de cautelas ha sido instituido para garantizar el derecho fundamental del acceso a la administración de justicia y a la tutela efectiva a ella reclamada, con observancia de unas características que la identifican, pasaremos al estudio del embargo y secuestro de la posesión de los bienes sujetos a registro -automotores-, empezando por establecer en que consiste la posesión material, como ha sido su proceso de consagración como medida cautelar y, finalmente, los beneficios y consecuencias presentadas en la práctica judicial de la medida.

CAPÍTULO 3: EL EMBARGO Y SECUESTRO DE LA POSESIÓN

MATERIAL SOBRE BIENES SUJETOS A REGISTRO – AUTOMOTORES

3.1 Concepto de la Posesión, Breve Reseña de su consagración Legislativa como medida cautelar

Nuestro Estado colombiano, reconoce tres figuras con consecuencia jurídicas bien distintas, en el campo del derecho civil; como son la propiedad, la tenencia y la posesión; entendida la primera como el derecho real por excelencia, que una persona ejerce sobre una cosa, sin respecto a determinada persona, que le permite gozar, disfrutar y disponer de la cosa, no siendo si en contra de la ley, ni en contra del derecho ajeno (Congreso de Colombia, 1987), derecho real sobre el cual recae la mayoría de la solicitud de medidas cautelares; mientras que en la segunda, los atributos del *ius fruendi* y *ius abutendi*, desaparecen ante el reconocimiento de dominio ajeno y sobre ésta no es posible la configuración de medida cautelar alguna.

Por su parte, conforme lo señala el artículo 762 del Código Civil, la posesión “es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y 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 o a nombre de él. El poseedor es reputado dueño mientras que otra persona no justifique serlo” (Congreso de Colombia, 1873) sobre esta figura jurídica sólo con el Código General del Proceso, es posible la solicitud y decreto de una medida cautelar, pues en vigencia del Código de Procedimiento Civil, solo se hablaba del secuestro de los derechos derivados de la posesión.

De vieja data, se ha sostenido por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, que son dos los elementos básicos constitutivos de la posesión, el *ANIMUS*; entendido como el elemento psicológico, interno o intelectual en el ser humano, consistente en la intención de obrar como señor y dueño sin reconocer dominio ajeno, el que se hace visible ante propios y extraños, y el *CORPUS*, como ese poder físico o material que tiene una persona sobre la cosa y que se cristaliza a través del ejercicio de actos materiales, entre ellos, la tenencia del bien, su uso, su goce y conservación, ya sea directamente o a través de una tercera persona que la tenga en su

nombre. Elementos estos que deben coexistir, pues la falta de uno de ellos da al traste el reconocimiento del ejercicio de esa posesión que frente a una situación determinada se alega.

De manera que, como la posesión en palabras de la Corte, está constituida por una serie de hechos que se ejecuta durante un determinado tiempo y espacio, ésta se consolida paulatinamente en quien ante propios y extraños ejecuta los actos materiales sobre la cosa, constituyendo así una relación sólida de hecho entre la posesión y el bien poseído muchas veces con consecuencias de carácter patrimonial, por tanto, debe demostrarse a través de los medios probatorios consagrados por nuestra legislación procesal, haberse ejecutado tales hechos y realizado la conducta del dueño sobre la cosa poseída.

Ahora, conforme lo ha decantado también nuestra jurisprudencia, de un lado se ha considerado la posesión como un hecho con consecuencias jurídicas amparada por la ley, precisamente por las consecuencias que genera para el orden jurídico, al ser instrumento efectivo de acceso a la propiedad, como lo señala la Corte Constitucional “es un poder de hecho ejercido sobre las cosas, que produce efectos jurídicos, que implica la realización de actos positivos sobre la cosa. En ello consiste comportarse frente al bien como si fuera el dueño de acuerdo con la norma” (Corte Constitucional, Sentencia T-302 del 28 de abril de 2011, 2011).

Hay que señalar, que esta posición ha tenido variaciones en la interpretación al interior de nuestras Cortes, pues en algunas oportunidades ha sostenido que la posesión es un hecho, en otras la ha determinado que es un derecho impropio, y en otras, incluso, como derecho fundamental, no obstante a ello, independientemente del debate que por mucho tiempo se ha mantenido sobre el tema, es importante señalar que, lo cierto es que la posesión ha sido protegida eficazmente por nuestro legislador, al consagrar acciones para quienes detentan su ejercicio, como los interdictos posesorios, la pertenencia, la servidumbre, el deslinde de amojonamiento y ahora, recientemente, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, ser objeto de medida cautelar de embargo y secuestro.

Este fenómeno jurídico, como se señaló, produce consecuencias jurídicas, al permitirle a quien la ostenta, adquirir la propiedad del bien a través del fenómeno jurídico de la prescripción

adquisitiva consagrada por nuestro estatuto civil (Congreso de Colombia, 1987), “La prescripción es un modo de adquirir el derecho real de propiedad” Artículo 2512 del Código Civil, nos define la prescripción “Como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido tales acciones y derechos durante cierto tiempo y, concurriendo los demás requisitos legales” y el artículo 2518 *ibídem*, señala que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles que están en el comercio humano y que se han poseído con las condiciones legales”), ejercicio de esta acción que se transmite al adquirente de la posesión de la cosa rematada, quien, incluso puede alegar la suma de posesiones para agregar la posesión de quien la perdió a causa del remate, por constituirse ésta como uno de los modos de adquirir el derecho real de dominio de las cosas singulares y determinadas, buscando con ello consolidar situaciones de hecho.

Teniendo claro que la posesión material, viene siendo protegida por nuestro ordenamiento jurídico colombiano y que ésta se ejerce tanto sobre bienes muebles e inmuebles, tenemos que respecto de la medida cautelar de embargo y secuestro específicamente sobre vehículos automotores, no siempre ha sido protegida por el legislador, toda vez que en vigencia del anterior Código de Procedimiento Civil, se presentaban diferentes posiciones, entre quienes apoyaban la medida sobre los bienes muebles –automotores- y los contradictores de su procedencia y efectividad.

En efecto si nos remitimos al contenido del inciso segundo del anterior artículo 515 del Código de Procedimiento Civil, (Congreso de Colombia, Código de Procedimiento Civil. Art. 515). **Secuestro de bienes sujetos a registro.** El secuestro de bienes sujetos a registro, tanto el previo como el decretado dentro del proceso, sólo se practicará una vez se haya inscrito el embargo y siempre que en la certificación del registrador aparezca el demandado como su propietario. En todo caso debe perfeccionarse antes de que se ordene el remate, en el evento de levantarse el secuestro, se aplicará lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 686. “El certificado del registrador no se exigirá cuando lo embargado fuere la explotación económica que el demandado tenga en terrenos baldíos, *o el derecho derivado de la posesión sin título en un inmueble de propiedad privada*) tenemos que el legislador sólo había dispuesto que la medida de secuestro recayera sobre los derechos derivados de la posesión respecto de bienes inmuebles por

estar sujetos a registro, sin que extendiera sus efectos sobre los bienes muebles –automotores–, también sujetos a registro.

De manera que, el anterior Código de Procedimiento Civil, consagraba el embargo como medida cautelar que sacaba los bienes del tráfico comercial, siempre que recayeran sobre los bienes muebles e inmuebles de propiedad del demandado, la que se hacía oponible a terceros a través de la inscripción ante la autoridad competente (los bienes sujetos a registro), circunstancia esta que aún permanece vigente en nuestro Código General del proceso; incluso aún después haber prosperado la oposición a la diligencia de secuestro, no se daba la terminación del embargo, sino que por el contrario, podía el acreedor en virtud de lo estatuido por el artículo 686 del C de P.C, perseguir los derechos sobre el bien cuyo secuestro se levantaba, en aras de garantizar la tutela efectiva de sus derechos. Pero no obstante a ello, rigiéndonos por la taxatividad del mencionado artículo 515, el legislador cerraba tajantemente la posibilidad de secuestrar derechos derivados de la posesión de los vehículos automotores, pues la norma solo abrió esta posibilidad sobre los inmuebles, medida además que era considerada como autónoma, pues para este caso no se exigía el embargo como requisito previo.

Y es que dicha medida de secuestro sobre los derechos derivados de la posesión material, consagrada en el anterior Código de Procedimiento Civil, se dio precisamente frente a todas aquellas situaciones posesorias que representaban un activo patrimonial transferible, que daba no solo la facultad del ejercicio de las acciones posesorias, la publiciana, la facultad de oponerse al secuestro y de adquirir el inmueble alegando la prescripción adquisitiva de dominio, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley civil, como se señaló, sino que además abría la posibilidad de que fuera perseguido por sus acreedores, bajo la premisa de que el poseedor es considerado dueño mientras otra persona no justifique serlo y siendo este derecho evaluable económicamente y constituir un activo de quien lo ostenta, dando lugar a que el bien sea rematado y quien lo adquiere ostente la misma condición de quien hubiese recibido la posesión por acto entre vivos; no obstante, en la práctica se presentaba el inconveniente, ya que al llegar a la diligencia de remate dentro de los procesos ejecutivos, ese poseedor no perdía ese contacto con la cosa, precisamente porque lo que consagraba la norma era el secuestro de los

derechos derivados de la posesión de bienes inmuebles en cabeza de otro, más no la posesión en sí misma.

Ahora, hay que recordar que conforme nuestro ordenamiento jurídico, la transferencia de la propiedad de los vehículos automotores, debe inscribirse en el registro automotor, por así haberse determinado a partir de la expedición de la ley 53 de 1989, a efectos de que los actos que allí se inscriban surtan efectos frente a terceros, por tanto, como lo señalan los doctores Ruth Sella Correa Palacio, Danuiel Suarez Hernández y Martin Bermúdez Muñoz, tratándose de bienes sujetos a registro, no existe ninguna razón para no aplicar la misma normatividad establecida para los bienes inmuebles, si tenemos en cuenta existe similitud fáctica por encontrarse ambos bienes sujetos a registro. (Correa Palacio, Suarez Hernandez, & Bermudez Muñoz, 2016) “Solo si se hace una interpretación exegética de la norma se puede llegar a la conclusión de que los acreedores del poseedor del vehículo, que tienen tal condición ante la ley porque la transferencia que de la propiedad del mismo que se hizo a su favor no ha sido inscrita, no puede solicitar su secuestro, porque el artículo 515 exige como requisito previo para tal fin la presentación del certificado del registrador donde se haya inscrito previamente el embargo” y “ Pero si se tienen en cuenta las diferencias entre embargo como medida que afecta el derecho de propiedad y el secuestro como medida dirigida a la situación posesoria y se advierte que puede existir un titular de derecho de dominio de un vehículo automotor inscrito ante la oficina correspondiente distinto de quien detenta la posesión efectiva del mismo, situación que en la práctica es de común ocurrencia, al igual que acontece respecto de los bienes inmuebles, no existe ninguna razón lógica para aplicar el artículo 515 solamente a dichos bienes. Iguales situaciones fácticas, reclaman iguales consecuencias jurídicas”).

Y es que esta confrontación se presentaba al interior de nuestros Tribunales, pues vemos como el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 30 de junio de 1992, siendo Magistrado Ponente Edgar Carlos Sanabria, se fincaba en la tesis que no era procedente el secuestro de la posesión de vehículos automotores, en razón a que no figuraba el demandado como propietario, mientras que posteriormente ese mismo Tribunal, en sentencia del 19 de noviembre del 1993, cambia radicalmente su postura.

Es por ello que después de haberse surtido las sesiones en la comisión redactora del Código General del Proceso, del Instituto Colombiano del Derecho Procesal, en el acta No. 54 de la sección del 15 de diciembre del 2004, se concibió en una primera instancia como redacción del numeral tercero del artículo 593 la siguiente “... El de bienes muebles no sujetos a registro **y el de derechos derivados de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de éstos** (la negrilla y resaltado es nuestra), excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes..”, En esta oportunidad el Dr. Zopó señaló que en el numeral 3 de esta norma, dejaba por fuera el embargo de la posesión. Agregando que existen otras disposiciones que se refieren a los derechos derivados de la posesión, por lo que sugiere precisar que se trate del embargo de la posesión, sugerencia que es acogida y mantenida como se desprende del acta No. 55 del 19 de enero del año 2005, en la que este procesalista agregó que si bien, lo correcto es hablar del embargo de los derechos derivados de la posesión, de señalarse así conllevaría a que no se **pueda presentar el desapoderamiento** (la negrilla y resaltado es nuestra), agregando que la Corte Constitucional sostiene que la posesión es un derecho. (Proceso, 2004).

Así las cosas, quedó consagrado en el numeral tercero del artículo 593 del Código General del Proceso, la procedencia del embargo de la posesión material de bienes muebles e inmuebles como medida cautelar, la cual se consumará con el secuestro.

Con esta consagración, se abre la facultad para que los acreedores persigan los bienes muebles e inmuebles, sobre los cuáles sus deudores ejercen posesión, precisamente para garantizar la tutela judicial efectiva y, de esta manera, ver positiva la protección de sus derechos, dando lugar, entonces, a que luego de su embargo y secuestro, pueda rematarse y entregarse la posesión a quien resulte favorecido y de esta manera seguir ejerciendo la misma, hasta cumplir el tiempo necesario para prescribir, al que indudablemente puede sumar la posesión del antecesor.

No obstante, esta posibilidad que abre nuestro legislador de esta medida cautelar, a juicio de estas estudiantes, la norma se quedó corta en su lenguaje, lo que ha generado que se ocasionen perjuicios ante terceros poseedores de buena fe que no son los titulares de la obligación, ante peticiones inescrupulosas y maliciosas de muchos abogados litigantes.

3.2 Beneficios del reconocimiento legal de la medida cautelar y consecuencias ante la falta de lineamientos claros por el legislador.

Como se señaló, luego de haberse surtido las sesiones en la comisión redactora del Código General del Proceso, del Instituto Colombiano del Derecho Procesal, en el acta No. 54 de la sesión del 15 de diciembre del 2004, y No. 55 del 19 de enero del año 2005, la norma quedó del siguiente tenor; Num. Tercero, art. 593. “**Embargos.** Para efectuar embargos se procederá así: ... 3... El de los bienes muebles no sujetos a registro y el de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos...”.

Con esta disposición, queda zanjada cualquier disputa que se venía presentando respecto a la posibilidad o no de la medida cautelar sobre la posesión material de bienes muebles, específicamente los automotores, pues no solo permitió que éstos pudieran ser secuestrados, sino que, además, amplió la exigencia del embargo como requisito previo, teniendo como fundamento sustantivo, el derecho que tiene el acreedor para hacer efectiva la obligación, la que, en caso de renuencia por parte del deudor a su cumplimiento, se pudiera efectivizar a través de la persecución que haga de su patrimonio, el cual constituye la prenda común y general de sus acreencias (Congreso de Colombia, Artículo 2488 del Código Civil Colombiano, 1873) “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, efectuándose los no embargables designados en el artículo 1677”).

Patrimonio este que, en la gran mayoría de las veces, no está conformado con la ostentación por el deudor del derecho real de dominio sobre el bien mueble o inmueble, lo que imposibilitaba con el anterior Código de Procedimiento Civil la persecución de la posesión sobre los vehículos automotores, quedando muchas obligaciones solo plasmadas en un título, dando lugar a la prescripción extintiva del derecho, ante la inexistencia de un derecho real que perseguir. Por ello, esta nueva normativa permite la persecución de ese poder, que así, como confiere ante propios y extraños al poseedor el derecho de defender la cosa y de adquirir posteriormente su propiedad, por detentarla con ánimo de señor y dueño, también da la posibilidad de que esa posesión permita satisfacer las acreencias que tiene con terceros.

Es éste, tal vez, el primer beneficio que trae la consagración legislativa de la medida cautelar de embargo y secuestro de la posesión material ejercida sobre bienes inmuebles y muebles, específicamente los automotores, el hecho de que los acreedores puedan obtener la satisfacción de sus créditos, a través de la persecución de la posesión, como uno de los elementos constitutivos del patrimonio del deudor, que permita satisfacer el derecho de crédito establecido a su favor, al quedar el bien fuera del comercio una vez realizado el secuestro.

El segundo de los beneficios, que trae la consagración de esta medida, es precisamente la posibilidad de que el adquirente de la posesión del bien a través del remate, obtenga la misma posición y derechos que sobre ella ostentaba el deudor, entre ellos la posibilidad de que una vez entregada por el Estado la cosa rematada, pueda adquirir la propiedad invocando el fenómeno jurídico de la prescripción adquisitiva de dominio, siempre que reúna los requisitos establecidos por el legislador para la prosperidad de la acción de pertenencia, alegando, incluso, la suma de la posesión que venía ejerciendo el deudor, figura a la que alude el artículo 2521 del Código Civil, al preverla cuando el bien ha sido poseído en forma continúa e ininterrumpidamente por dos o más personas, el tiempo del antecesor (deudor) puede sumarse o agregarse al del sucesor (rematante).

Otra de las ventajas de esta consagración legislativa, es precisamente que el acreedor acuda directamente al ejecutivo, persiguiendo la posesión del deudor que puede configurar en él, posteriormente la propiedad como se señaló, sin que tenga que esperar que su deudor, cumpla con el requisito del tiempo para la prescripción ordinaria y/o extraordinaria adquisitiva de dominio, consagrada por el estatuto procesal en su artículo 375 para adelantar la acción de pertenencia, la que exige más requisitos de procedencia y más debate probatorio y que sólo de salir avante la pretensión, le abriría la posibilidad de adelantar el proceso ejecutivo en contra de su deudor, y perseguir la propiedad a él reconocida.

De manera que grandes bondades trajo el legislador procesal, con la consagración de la medida cautelar de embargo y secuestro sobre los bienes inmuebles y muebles, especialmente, tratándose de automotores, conforme así se desprende del numeral tercero del artículo 593 del Código General del Proceso. No obstante a ello, consideramos estas estudiantes, dos de las

cuales desempeñamos nuestra labor como funcionarias judiciales, que en el ejercicio de su configuración legislativa utilizó un lenguaje incompleto, que en la práctica judicial ha traído consecuencias a terceros poseedores de buena fe, siendo necesaria su reglamentación, en aras de garantizar los derechos de los intervinientes y terceros, y lograr la efectividad de la medida, como así, se ha realizado por otras instancias para algunas cautelas, es el caso del régimen de propiedad industrial, en la que se establece que solo se podrá decretar cuando se acredite la legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y la existencia de pruebas sobre la comisión de su infracción, siendo exigible en algunos casos se preste caución o garantía de perjuicios que se puedan causar con la medida. (Comunidad Andina de Naciones, 2000) “Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o si inminencia” evento en el cual “La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pide la medida otorgue caución o garantía suficiente antes de ordenarla”

Es por ello que, en nuestro estudio, traeremos algunas circunstancias o requisitos que a nuestro parecer, deben ser reglamentadas por el legislador a efectos de la procedencia del decreto de la medida cautelar, en aras de evitar graves consecuencias en su práctica y así lograr la verdadera tutela efectiva de los derechos que en su ejecución se vean involucrados.

La primera de ellas, es precisamente la determinación de un tiempo en el ejercicio de la posesión por parte del deudor, como lo ha exigido el legislador para el ejercicio de otras acciones judiciales.

En efecto, como lo señala nuestro procesalista Carlos Alberto Colmenares Uribe, “La protección posesoria, en general, es el reconocimiento de la posesión y la anualidad cumple el papel de darle consistencia a la presunción favorable al poseedor. En Colombia, para seguir la doctrina universal, el poseedor que exige protección posesoria debe demostrar que tiene la aprehensión material de la cosa y el ánimo de señor y dueño sobre la misma, además debe probar que la posesión que alega es mayor a un año. Esto por disposición del legislador, que en este tipo de casos tiene una amplia libertad de configuración normativa, quizás con el fin de asegurar que

la persona que pretende resguardar sus intereses en el proceso judicial respectivo tenga la legitimidad sólida que la acerque a la propiedad de la cosa sobre la cual desplegar su posesión” (Colmenares Uribe).

A pesar de lo expuesto por nuestro respetado procesalista y de que existan otras disposiciones que exigen el término de un año continuo e ininterrumpido en el ejercicio de la posesión, que legitiman al poseedor para accionar ante los estrados judiciales con una petición concreta que busque proteger su derecho, como sucede para los procesos de servidumbres, deslinde y amojonamiento consagrados en los artículos 376 y 400 del Código General del Proceso y las acciones posesorios del artículo 974 del Código Civil, siendo para ellas exigible el requisito de la anualidad para entrar a proteger la posesión que pretenden hacer valer, habremos de señalar, que, si bien estamos de acuerdo con la exigencia de que se acredite como mínimo un año de posesión material en el demandado, a efectos de dar seguridad jurídica al futuro adquirente, no compartimos la idea de que sean los funcionarios judiciales quienes en una interpretación hermenéutica, hagan esta exigencia al momento de decretar la medida cautelar, toda vez que como se señaló en el capítulo anterior, el único facultado para ello es el legislador, siendo necesaria su reglamentación para evitar los abusos de muchos litigantes, que, en la mayoría de las veces, el sólo hecho de observar la detentación de un vehículo automotor, les basta para solicitar la medida cautelar estudiada.

En conjunto con la anterior disposición, en aras de evitar afectar derechos de terceros poseedores de buenas fe, se considera prudente la exigencia de una prueba siquiera sumaria de esa posesión material objeto de cautela, como se exige en caso de presentarse oposición al secuestro para ese tercero que alega la posesión material, o para el ejercicio de otras acciones judiciales, prueba que permita dar al funcionario judicial una mínima seguridad de que el deudor es quien verdaderamente ostenta la posesión material, precisamente por el riesgo que genera el hecho de que el derecho pretendido no se encuentre en el titular de la obligación crediticia, sino en una tercera persona o que éste se encuentre simplemente explotando el bien en nombre del verdadero poseedor, lo que le puede generar graves perjuicios no sólo a su verdadero titular, al ver afectado el ejercicio de la posesión que venía ejerciendo, sino también respecto del bien mueble automotor, si tenemos en cuenta que en la realidad, las diligencias de secuestro se

practican mucho tiempo después de haberse decretado el embargo, dejándose el rodante en lugares que no ofrecen buenas condiciones de protección, encontrándose afectada en muchas veces su parte física al momento de llevarse a cabo la diligencia, fecha en que se abre una de las oportunidades para que se pueda ejercer la oposición por parte del verdadero poseedor material del bien.

Con esta medida se impone un grado de responsabilidad en quien la solicita, pero también se da un mínimo de seguridad jurídica para el juez que debe decretarla, sin que a juicio de estas dicentes resulte prudente dejar la constatación de la posesión material en el funcionario que practica la diligencia de secuestro, que en la mayoría de los casos no resulta ser el mismo que la decretó, como así lo expone el doctor Carlos Alberto Colmenares Uribe, al señalar “ Puede decirse que en Colombia la perfección del embargo de la posesión material se logra con el secuestro, en el momento de la práctica de la diligencia, dadas las oportunidades que brinda la tecnología, el funcionario debe tener representación de imágenes mediante videos o fotografías. En último lugar debe hacer una descripción detallada del bien sobre el cual recae la medida y destacar o resaltar especialmente los actos posesorios del demandado, de manera que los elementos de la posesión como son el animus y el corpus se desprendan inequívocamente. De igual modo, si es posible, debe lograr el interrogatorio del demandado sobre los actos constitutivos de posesión material o recibir declaración testimonial de los vecinos sobre todos los actos que permitan inferir que el demandado es el verdadero poseedor” y más adelante agrega “Una razón para que se exija la prueba de los hechos constitutivos de la posesión material en el momento de la práctica de la diligencia de secuestro, es la verificación de la afirmación del demandante en el proceso, a quien amparado en los postulados de la buena fe y lealtad procesal, le basta con afirmar esto se debe a que, está garantizando que, en caso de embargar un derecho que no sea cierto, corre el riesgo de ser condenado a pagar los perjuicios que pudiere ocasionar. Otra razón poderosa es que el Estado debe responder frente al rematante, quien de buena fe participa en la subasta convencido de que el hecho de la posesión material es cierto y verificado por parte del juez que decretó el embargo, perfeccionó la medida cautelar y está rematando la misma” (Colmenares Uribe).

Y es que pensar que la comprobación de la posesión material, sea determinada y constatada en la diligencia de secuestro por el funcionario que la práctica, en la forma como lo plantea el respetado procesalista, sería un gran retroceso en la administración de justicia, que por años ha buscado agilizar los procesos y evitar la proliferación de trámites, pues esta medida contribuiría a acrecentar la gran congestión judicial que afronta nuestro país, al imponerle al funcionario cargas no establecidas por el legislador, por tal circunstancia, consideramos que la carga de probar la posesión material debe recaer en el solicitante, siendo éste en últimas quien responda por las consecuencias que devengan la práctica de la medida, ante una solicitud irresponsable y no el Estado, frente a la seguridad jurídica que debe brindársele al rematante.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos quien practica la diligencia es un funcionario comisionado por quien la decretó, en la generalidad de los casos, Inspectores de Policía que no ejercen funciones jurisdiccionales, dando como lugar a que una vez iniciada la diligencia de secuestro, esta sea suspendida y remitida al comitente, para que sea este quien realice los interrogatorio o tome los testimonios que le permitan la comprobación de la posesión, por tanto exigir esta práctica, se tornaría verdaderamente contraproducente para lograr el fin de una pronta y cumplida administración de justicia dentro de un término razonable.

En este sentido, consideramos que la norma que consagra el embargo y secuestro de la posesión material sobre bienes muebles e inmuebles, como medida cautelar, debe ser reglamentada por el legislador, en el sentido de que se establezca un mínimo de ejercicio de posesión material en el afectado con la medida, así como también, se acredite la misma con una prueba siquiera sumaria, y sin que implique un retroceso en la celeridad de los procesos y la presunción de la buena fe que pregonan nuestra Constitución Nacional, para esta cautela en procesos ejecutivos se exija una caución o garantía, que estableció nuestro Código General del Proceso, solo en caso de presentarse excepciones y ante solicitud de parte, con el fin de responder por los perjuicios que se puedan ocasionar a terceros poseedores de buena fe, por la sencilla razón de que nos encontramos ante un derecho incierto.

Ahora, sabido es, que esta medida cautelar puede afectar a los acreedores hipotecarios, a los acreedores en general y a quien o quienes ostenten el derecho real de dominio, precisamente

ante la falta de publicidad que no estableció el legislador, toda vez que la norma no exige que el embargo a la posesión sea inscrito por la autoridad competente, llámese registrador de instrumentos públicos o director de tránsito, situación que puede afectar los derechos de éstos sobre el bien objeto de cautela, al impedirles tener conocimiento de la misma.

En efecto, tratándose de acreedores con garantía real, no existe mayor discusión pues el mismo legislador previó su citación a efectos de que hagan valer sus derechos en el mismo proceso en el que se les cita o en proceso aparte; no sucede lo mismo respecto de los propietarios inscritos y los demás acreedores, estos últimos que pueden incluso buscar perseguir los remanentes que llegaren a quedar luego de rematada la posesión, o que pueden verse afectados cuando ante varios procesos ejecutivos en distintos despachos judiciales, se encuentre simultáneamente decretada el embargo y secuestro de la posesión material del bien, por tanto, consideramos que el legislador debe respecto de los bienes sujetos a registro exigir desde el mismo momento en que se decreta la medida por parte del funcionario judicial, su inscripción ante la autoridad competente, a efectos de hacer oponible y pública esta medida respecto de terceros, así como también se empiece a determinar una prelación de embargos.

Tampoco compartimos la posición del doctor Carlos Alberto Colmeneare Uribe, al señalar “que luego de practicado el embargo y secuestro para efecto de que terceros puedan enterarse y exista seguridad jurídica, el acta que contiene la diligencia de secuestro deba ser inscrita ante la oficina de instrumentos públicos” (Colmenares Uribe) toda vez que como lo hemos venido señalando, el legislador no determinó expresamente tal exigencia, ante lo cual muchas serían las negativas de registradores de instrumentos públicos, como sucede hoy en día frente a la negativa de inscribir la demanda ante procesos de pertenencia, en tratándose de bienes con presunción baldía, mientras se ventila el mismo y se toma una decisión en derecho.

Bajo estos breves parámetros, nuestro estudio permite concluir que se presentó una falta de ordenación de la medida cautelar del embargo y secuestro de la posesión material sobre bienes muebles e inmuebles, consagrada por el numeral tercero del artículo 593 del Código General del Proceso, para lo cual presentamos unos breves argumentos posibles de ser tenidos en cuenta por nuestro legislador.

CAPÍTULO 4: REMATE DE LA POSESIÓN

Para finalizar nuestro estudio brevemente señalaremos que en Colombia, para que proceda en los procesos ejecutivos principalmente el remate de la posesión material sobre bienes muebles e inmuebles, haciendo una interpretación del contenido del artículo 448 del Código General del Proceso, la misma deberá estar embargada, secuestrada y valuada y como lo señalan el doctor Colmenares Uribe “el remate no solo es para bienes, sino para derechos, y opera en dos casos: i) cuando triunfa la oposición del poseedor material y el demandante persigue el dominio que tiene el demandado sobre el bien, y, ii) cuando se embarga y secuestra la posesión material, caso en el cual, el rematante solo recibe el derecho de ganar el dominio por prescripción y alegar la suma de posesiones” (Colmenares Uribe).

De manera que, el remate como venta forzosa, trae ciertas incertidumbres cuando se trata de la posesión material, pues como se señaló, si bien es cierto da en el adquirente la posesión que sobre el derecho ostentaba el deudor sobre la cosa, que le permitiera adquirir posteriormente la propiedad del bien mueble o inmueble, también lo es que nos encontramos ante un derecho incierto, toda vez que puede o no dar lugar a la configuración del derecho real, por tanto, debe definirse claramente por el legislador las indemnizaciones que pudiera tener ese adquirente, ante la pérdida de la posesión frente a una eventual acción reivindicatoria por cuenta del titular del derecho de dominio, en caso de no cumplir el requisito del tiempo previsto por el legislador para prescribir aun sumando posesiones, ante la seguridad jurídica que le ofreció la venta judicial forzada que sobre el derecho a la posesión material recibió a través del remate.

De manera que más que traer a colación la formalidad del remate consagrado por nuestro Código General del proceso, se pone de presente por estas discentes, las incertidumbres que se presentan al interior de dicho trámite, especialmente como se señaló la eventual pérdida del derecho ante el ejercicio de la acción reivindicatoria, así como también la imprecisión que se tiene sobre el avalúo de ese derecho de la posesión.

CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES

Con la expedición de la ley 1564 del 2012, toma fuerza y mayor importancia, la tutela judicial efectiva consagrada por nuestra Constitución nacional y por convenios y tratados internacionales, la cual busca no solo que la sociedad pueda acceder a la administración de justicia, sino además que obtenga pronta resolución sobre el reconocimiento o no de los derechos sustanciales que se debaten ante el Estado representado por la Rama Judicial, pero no obstante a ello hay que tener en cuenta que este derecho de acceso a la administración de justicia, está sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y ejecución material, no siendo del resorte de los funcionarios judiciales, basados en una interpretación hermenéuticas hacer exigencias que el legislador no previó.

La consagración por nuestro Código General del Proceso del embargo y secuestro de la posesión material de bienes muebles e inmuebles, trae entre otros beneficios la posibilidad de que los acreedores puedan obtener la satisfacción de sus créditos, a través de la persecución de la posesión, como uno de los elementos constitutivos del patrimonio del deudor, que permita satisfacer el derecho de crédito establecido a su favor, al quedar el bien fuera del comercio una vez realizado el secuestro, así como también que el adquirente de la posesión del bien a través del remate, obtenga la misma posición y derechos que sobre ella ostentaba el deudor, entre ellos la posibilidad de que una vez entregada por el Estado la cosa rematada, pueda adquirir la propiedad invocando el fenómeno jurídico de la prescripción adquisitiva de dominio, siempre que reúna los requisitos establecidos por el legislador para la prosperidad de la acción de pertenencia, alegando, incluso, la suma de la posesión que venía ejerciendo el deudor.

Pese a este reconocimiento legal, del embargo y secuestro de la posesión como medida cautelar, consideramos que el legislador dejó de reglamentar claramente los requisitos de procedencia, solicitud y decreto de la medida, en aras de garantizar también los derechos de verdaderos poseedores de buena fe, ante la creciente solicitud de la medida que de manera inescrupulosa e irresponsable realizan muchos de nuestros abogados litigantes.

CAPÍTULO 6: RECOMENDACIONES

Luego de este breve estudio realizado por estas discente para obtener el título de especialistas en derecho procesal, recomendamos que el legislativo en el ejercicio de su facultad reguladora, reglamente la procedencia, solicitud y decreto de la medida cautelar que consagró en el numeral tercero del artículo 593 del Código General, en aras de brindar más seguridad jurídica a la medida.

Dicha reglamentación debe ir enfocada a la determinación de un tiempo mínimo en el ejercicio de la posesión por parte del deudor, como lo ha exigido el legislador para el ejercicio de otras acciones judiciales; a la exigencia de una prueba siquiera sumaria de esa posesión material objeto de cautela la determinación de una medida de publicidad que la haga oponible a terceros, permitiendo la defensa de los derechos que les asisten en incluso para determinar la prelación de embargos respecto de este derecho; la exigencia de una caución o garantía que respalde los perjuicios que puedan ocasionarse con la práctica de esta medida por tratarse de un derecho incierto; así como también las indemnizaciones que pudiera tener ese adquirente, ante la pérdida de la posesión frente a una eventual acción reivindicatoria por cuenta del titular del derecho de dominio, en caso de no cumplir el requisito del tiempo previsto por el legislador para prescribir aun sumando posesiones, ante la seguridad jurídica que le ofreció la venta judicial forzada que sobre el derecho a la posesión material recibió a través del remate.

REFERENCIAS

Leyes y disposiciones internacionales

Artículo 1,2.29, 93,94 y 229 de la Constitución de 1991.

Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos humanos de San José de Costa Rica.

Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 247 de la decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones .

Artículo 515, inc. Segundo, 686, del Código De Procedimiento Civil.

Ley 53 de 1989,

Artículos 669, 673, 762, 974, 1677, 2488 del Código Civil.

Artículo 2; 298, inc. 1 y 3; 376, 400, 593.3 de la ley 1564 del 12 de julio de 2012, Por medio del Cual se expide el Código General del Proceso

Providencias Judiciales

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002 Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-119 del 11 de febrero del 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdova Triviño)

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional T-302 del 28 de abril de 2011. Magistrado Ponente. Juan Carlos Henao Puentes.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013. Magistrado Sustanciador: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-180 del 27 de marzo del 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 30 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Edgar Carlos Sanabria.

Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 19 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente Rafael Rodríguez.

Libros

Colmenares Uribe Carlos Alberto, (2017). *Las medidas cautelares y la posesión material en el Código General del Proceso* (1 ed). Bogotá D.C., Colombia Editorial EDICIONES Doctrina y Ley.

Forero Silva Jorge, (2018). *Medidas cautelares En El Código General del Proceso* (3 ed). Bogotá D.C., Colombia Editorial TEMIS.

Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso. Parte General. Capítulo XVII. De las Medidas Cautelares y las Cautelas. Editorial Dupre Editores).

REDENTI Enrico. Derecho Procesal Civil, t II, Buenos Aires, E.J.E.A.

Publicaciones

Marco Antonio Álvarez Gómez. Módulo de aprendizaje autodirigido, Plan de formación de la Rama Judicial Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2014). Las Medidas cauteles en el Código General del Proceso.

Ruth Stella Correa Palacio, Daniel Suarez Hernández, Martín Bermúdez Muñoz. El secuestro de la posesión de los vehículos automotores.

Ernesto Blume Fortil. (2016) Magistrado del Tribunal Constitucional. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Actas Nos. 54 de la sección del 15 de diciembre del 2004 y 55 del 19 de enero del año 2005, de la comisión redactora del Código General del Proceso, del Instituto Colombiano del Derecho Procesal.