TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., agosto treinta y uno de dos mil veinte.

Magistrado Ponente ***: JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS***
Radicación : 253863103001-2013-00031-02
Aprobado : Sala 12 de agosto 6 de 2020.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019, por el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa.

ANTECEDENTES

1. En el proceso que originó la sentencia recurrida, Emgesa S.A. ESP, formuló demanda en contra de Jhon Fabio Cruz, pretendiendo se declare que las fracciones que posee el demandado de los inmuebles denominados "*Redondillo"*, y "*Peñaranda-La Esperanza*", identificados con los números internos DV-085 y DV-089A, respectivamente, ubicados en el municipio de El Colegio y alinderados en el libelo, son de su dominio pleno y absoluto y que en consecuencia se le ordene al accionado su entrega junto con el valor de los frutos percibidos y los que el dueño hubiere podido percibir, se le declare poseedor de mala fe y condene al pago de las costas.

Relató que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, hoy Empresa de Energía de Bogotá, adquirió por escritura pública de compraventa 1501 de abril 15 de 1963 de la notaría 9ª de Bogotá a los señores Valentín Quinche y Pedro Vargas, el predio denominado "*Redondillo*", distinguido con el número interno DV-085, con un área de 25.990 metros cuadrados y, por compra al señor José Canuto Gil Casallas, escritura 2845 del 19 de junio de 1964 de la notaría 9ª de Bogotá, el denominado "*Peñaranda-La Esperanza*", distinguido con el número interno DV-089A, con un área de 84.520 metros cuadrados, "*cuyos linderos generales y de ocupación se enuncian en la pretensión primera de la presente demanda*"

Por escritura pública 4611 del 23 de octubre de 1997 de la notaría 36 de Bogotá, Emgesa S.A. ESP adquirió a título de aporte en constitución de sociedad de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP, los predios de mayor extensión objeto del proceso y mediante escritura pública 4094 del 29 de agosto de 2007 de la notaría 36 de Bogotá, Emgesa fue absorbida por Betania S.A.; conservando su nombre de Emgesa S.A. ESP., transfiriéndose a la sociedad fusionada la propiedad y posesión que tenía sobre sus inmuebles, entre ellos, los acá pretendidos.

El demandado Jhon Fabio Cruz ha ocupado sin justo título y en contra de los intereses patrimoniales de Emgesa S.A. ESP, una parte de los inmuebles descritos en la presente demanda, ubicados en el Municipio El Colegio - Cundinamarca, *"tal y como se pudo constatar mediante prueba anticipada de inspección judicial con participación de perito, realizada por el juzgado promiscuo civil municipal de El Colegio"*.

Predios ocupados por el demandado que son "*un bien afectado a la prestación de un servicio público, indispensable para satisfacer necesidades de la comunidad en general por contener la tubería de carga y la zona de protección y aislamiento de la infraestructura, todos estos fundamentales para prestar el servicio de generación de energía"*

La actora se encuentra privada de la posesión de los inmuebles que el demandado ocupa, impidiendo la correcta prestación del servicio público de energía eléctrica, comportándose como poseedor irregular, por conocer la propiedad que sobre los mismos ella detenta y por esa razón no está Emgesa S.A. ESP, obligada a indemnizarlo.

2. Trámite.

La demanda se admitió en auto del 4 de febrero de 2013[1] y el convocado Jhon Fabio Cruz, se opuso excepcionando: (i) "*Prescripción extintiva de la acción de dominio*", aduciendo que ejerce en calidad de *poseedor del predio denominado `EL ZAFIRO I`, con una extensión superficiaria aproximada de dos (2) fanegadas equivalente a doce mil ochocientos metros cuadrados (12.800 M2), junto con la construcción existente en él, casa de habitación con un nacedero de agua que está localizado en los terrenos de EMGESA S.A. ESP con su respectiva red a un tanque de almacenamiento de mil (1000) con instalación de agua del acueducto veredal, cuyos linderos son: "POR EL COSTADO SUR, con el predio del señor ANTONIO SALAMANCA, POR EL COSTADO NORTE Y POR EL COSTADO ORIENTAL con terrenos de EMGESA y POR EL COSTADO OCCIDENTAL con el predio de JOSE QUINTERO."*

Al igual que del predio que denomina "*EL ZAFIRO II, con una extensión superficiaria aproximada de dos fanegadas equivalente a doce mil ochocientos metros cuadrados (12.800 M2), comprendido dentro de los siguientes linderos así: POR LOS COSTADOS SUR Y ORIENTE con la vía carreteable. POR EL COSTADO NORTE. Con el lote del señor ABSOLON RIAÑO Y POR EL COSTADO COCCIDENTE con el lote del señor ARNALDO SALAMANCA.", los predios se encuentran ubicados en la hacienda "ZADEN Y/O VEREDA ZADEM"* y que hace parte de uno de mayor extensión denominado EL RECUERDO con folio de matrícula inmobiliaria 166-33091 de la oficina de instrumentos públicos de La Mesa.

Las mejoras y construcciones las adquirió por compra al señor Hernando Muñoz, por escrituras públicas 1875 y 1876 de 28 de julio de 2010, "*quien venía ejerciendo la posesión por compra que le hizo a Luis Adolfo Arias, mediante promesa de compraventa de fecha 14 de junio de 1995, "la que se ha ejercido en forma quieta, pacífica e ininterrumpida con ánimo de señor y dueño, la han explotado y de esa explotación obtiene el sustento diario para él y su familia",* por lo que sumadas con las de sus antecesores, viene ostentando posesión desde hace más de 20 años.

Que si bien, los predios a reivindicar son los denominados DV-085 y DV-089 A, "*sobre estos predios existen otros poseedores como se pudo establecer en la diligencia de inspección judicial -prueba anticipada llevada a cabo por el juzgado Promiscuo Municipal del Colegio Cundinamarca, radicado No. 2010-00014 solicitada por la parte demandante EMGESA S.A.ESP en donde se pudo establecer que se ha distribuido en zonas, y para el caso de mi poderdante aparece ocupada la ZONA DOS", igual situación se presenta con el predio DV-089ª, predios que están ocupados por otros poseedores como Gilberto Cubillos, Jhon Fabio Cruz, José Quintero y Eduardo Cubillos"*, quienes llevan más de 20 años de posesión.

(ii) "*Caducidad de la acción*", por la posesión del predio en un lapso superior de 20 años, sanción a quien no ejerce su derecho de dominio.

(iii) "*Carencia de causalidad en la activa*", pues EMGESA S.A. nunca ha ejercido la posesión del predio a reivindicar, ni su propietario antecesor, pues al transferir el predio a la parte actora solamente se vendió el dominio no la posesión.

(iv) "*Carencia de identificación del predio a reivindicar",* El predio a reivindicar no se encuentra plenamente identificado, ya que en la Hacienda Zaden existen varios predios ocupados por poseedores reconocidos por la demandante como inmuebles de invasión que superan un lapso de tiempo a 10 años.

[1] Fl. 85 C. 1

(v) "*Buena fe del poseedor demandado y mala fe del demandante*", la parte demandada ha ejercido la posesión del inmueble que ha explotado en forma quieta, pacífica e ininterrumpida por lo que el demandante ha venido a perturbar la paz y tranquilidad del demandado.

Solicita el reconocimiento de mejoras, pues en el predio objeto de reivindicación tiene variedad de árboles frutales y cultivos, las cuales estima en $14.816.250 m/cte.[2].

La actora descorrió el traslado y señaló que la aprehensión material por su dueño, no es un presupuesto legal de la acción interpuesta, que hasta el año 1997 los inmuebles objeto de la reivindicación eran de propiedad de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y dada su naturaleza jurídica imprescriptibles. Que la ley no consagra para esta acción término de caducidad y hay identificación plena, inequívoca y concreta de los inmuebles expuesta detalladamente en el acápite de pretensiones en donde se especifican los linderos de mayor y menor extensión; que el demandado, a sabiendas que los predios no son suyos, los ha ocupado explotado con actividades propias de un dueño, usurpando al legítimo propietario.

Adelantada la audiencia respectiva se declaró fracasada la conciliación y se decretó, entre otras, la inspección con intervención de perito realizada el día 11 de febrero del año 2015, se recorrieron en ella los inmuebles y el 21 de septiembre siguiente se allegó el dictamen técnico que determinó que los recorridos corresponden a los que se describen en la demanda; que el área del denominado "*Redondillo*" era de 3.237.83 m2 y del predio "*Peñaranda – La Esperanza*" la ocupación era de 1.971.17 m2; y se allegó planos de los inmuebles objeto del litigio.

La prueba fue objetada por el demandado alegando que no se estimó el valor del terreno de cada uno de los predios ocupados, ni los daños y perjuicios causados presuntamente por Emgesa S.A. ESP; practicadas las demás pruebas se convocó a audiencia de instrucción y juzgamiento del artículo 373 del C.G.P. y presentados los alegatos de conclusión se profirió sentencia.

3. La sentencia apelada.

La jueza denegó las pretensiones al estimar que no se acreditó *"la identidad entre el predio reclamado y el poseído"* por el demandado. Consideró que *"el demandado es quién ostenta la posesión del predio o predios que alude el demandante",* lo evidenciaban los testimonios recaudados en la inspección a Edgar Alfonso Cáceres, Pedro Gutiérrez Riaño, José Benito Quintero Cabrera y Luis Alfonso González Tovar, en quienes encontró coincidencia en su manifestación de que el señor John Fabio Cruz Soler, "*compró o habría comprado los llamados derechos de posesión al señor Hernando Muñoz*"; construyó una casa de habitación, realizó edificaciones nuevas, plantó, cultivó y en general explotó económicamente los predios.

Resaltó que Pedro Gutiérrez y Luis Alfonso González conocían los predios a reivindicar por ser vecinos, que describieron la cadena de propietarios qué habrían tenido los inmuebles y afirmaron que es el demandado quién ostenta su posesión y ha desarrollado actos de señorío, pues eran muchos los detalles "*que se deducen o que se desprenden de estas declaraciones, respecto de los cuales el despacho encuentra plena coherencia".*

Con las escrituras y certificados de libertad, encontró acreditada la titularidad de los predios en cabeza de Emgesa S.A. y que se trataba de cuota singular reivindicable, en tanto que "*la entidad demandante pretendió la restitución del pleno derecho de dominio que ostenta sobre el bien descrito en la pretensión primera de la demanda, es decir, que no se trata de una pluralidad o universalidad de derecho sino que está reclamando una cosa singular, como es la porción o porciones de terreno que hacen o harían parte de otras de mayor extensión".*

[2] Fl. 115 a 126 C. 1

Pero no la identidad del predio poseído y el reclamado, pues del dictamen pericial halló inconsistencias entre lo pretendido y lo descrito por el perito en el dictamen; pues si bien el experto señaló que los predios recorridos el día de la diligencia sí correspondían a los que se describían en la cláusula primera de las pretensiones de la demanda, *"en el mismo dictamen pericial se señaló a renglón seguido que tienen un área de ocupación dentro del predio "Redondillo" de 3.237.83 metros cuadrados y dentro del predio "Peñaranda - La Esperanza" en 1.971,17 m2".*

Que verificada en la pericia las áreas ocupadas por el demandado, conforme lo encontrado en la inspección del 11 de febrero de 2015, no coincidía con lo solicitado en la demanda, pues en esa diligencia el juez que la dirigía indicó que "*se recorrió el predio en la totalidad pero no coincide con los linderos aportados en la demanda ni en tamaño ni en la forma indicada*, *en efecto, véase que respecto al predio denominado DV-085 "Redondillo" el demandante solicita en reivindicación una porción de terreno que hace parte de aquella y que en mayor extensión equivale a 3.895 metros cuadrados, mientras que el dictamen pericial arrojó que el área en posesión del demandado es de 3.237,83 m2 con una diferencia significativa, para estos efectos de 657,17m2, en cuanto al predio DV-089 Peñaranda - La Esperanza, se persiguen en la demanda 3.060 metros cuadrados y el dictamen arrojó un área de 1.971,17m2 en posesión del demandado mostrando entonces para este caso una diferencia significativa de 1.088,82m2".*

Concluyó que esas inconsistencias no permitían identificar claramente las porciones de terreno que hacen parte de los inmuebles de propiedad de la actora, que las áreas señaladas en la demanda no coinciden con las indicadas en el dictamen pericial y lo observado en la inspección judicial por el funcionario de la época.

4. La apelación.

La actora al impugnar aduce que se realizó una indebida apreciación de la inspección judicial, que debió valorarse en conjunto con las demás pruebas y no se observó que, en el dictamen pericial, el perito ratificó que si eran los mismos inmuebles los que pretenden en la demanda y los poseídos por el demandado, por lo que su pretensión debe prosperar.

La apoderada del demandado descorre el traslado para indicar que el poseedor *"siempre obró de buena fe, máxime que el campesino desde hace más de 40 años, median los predios con cabuyas y la entidad demandante lo hacía con elementos sofisticados de ahí la diferencia en el área, pero lo que la entidad demandante no ha tenido en cuenta la posesión que en forma quieta, pacífica e ininterrumpida que ha detentado mi representado por más de 30 años y que la ley siempre ampara"* y pide *"tener en cuenta la suma de posesiones de más de 30 años ininterrumpidos que ha detentado mi mandante"*

CONSIDERACIONES

1. El análisis del recurso se inicia con observancia de las restricciones que la ley procesal impone al ad-quem, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P., que señala que la apelación "*Tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión",* y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, que éste "*deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio"*

Por sabido se tiene que deben confluir para que salga avante la reivindicación la prueba de que el derecho de dominio radica en el demandante, la posesión material en el demandado, la identidad entre la cosa que se pretende y la poseída y que se trate de cosa singular o cuota determinada de cosa singular.

2. La solución de la alzada.

Fuera de discusión están las conclusiones de la jueza de instancia inicial de estar acreditado el derecho de dominio en cabeza de la empresa actora y el ejercicio posesorio sobre los

predios reclamados por el acá demandado y que las pretensiones recaen en cosa singular reivindicable.

El debate se centra en determinar si los inmuebles de menor extensión que son objeto del pedimento y que a su vez hacen parte de dos bienes de mayor extensión propiedad de la demandante están o no debidamente identificados.

Para la actora, lejos de lo concluido por la Jueza de instancia inicial, la prueba recopilada si permite dar por establecida esa identidad, por lo que, para resolver la alzada, la Sala partirá de recordar el alcance que en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia tiene la acreditación del mencionado elemento, como se configura y los medios de prueba de los que puede derivarse su acreditación.

2.1. De vieja data ha señalado la jurisprudencia que: *"No ha de perderse de vista que la determinación y singularidad de la cosa pretendida y su coincidencia con aquella cuyo señorío se anuncia son imprescindibles para la prosperidad de la reivindicación, pues se trata de aspectos que vienen a dar seguridad y certeza a la decisión que tutela el derecho real de dominio como expresión del derecho de persecución, al punto que tal amparo no es posible de no mediar certeza absoluta de la correlación entre lo que se acredita como propio y lo poseído por el demandado, por supuesto que la* **"***identidad del bien reivindicado se impone como un presupuesto de desdoblamiento bifronte, en cuanto la cosa sobre que versa la reivindicación, no solamente debe ser la misma poseída por el demandado, sino estar comprendida por el título de dominio en que se funda la acción, vale decir que de nada serviría demostrar la identidad entre lo pretendido por el actor y lo poseído por el demandado, si la identidad falta entre lo que se persigue y el bien a que se refiere el título alegado como base de la pretensión***"** *(Cas. Civ. de 27 de abril de 1958, LXXX, 84; 30 de abril de 1960, XCII, 466; 10 de junio de 1960, XCII, 925; 30 de abril de 1963, CII, 23; 18 de mayo de 1965, CXI y CXII, 101; 11 de junio de 1965, CXI y CXII, 148; 11 de junio de 1965, CXI y CXII, 155; 21 de noviembre de 1966, CXVIII, 179; 31 de marzo de 1967, CXIX, 63; 5 de abril de 1967, CXIX, 78; 26 de abril de 1994, CCXXVIII, 972 y ss.; 31 de marzo de 1968; 12 de junio de 1978; 13 de abril de 1985 (no publicadas) (subrayas fuera del texto original).*

La razón de ser de este presupuesto estriba en la naturaleza misma del derecho de dominio objeto de la pretensión reivindicatoria, por lo que **"***la identidad entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder***"***(G. J., t. XCII, Pág.34)*[3].

Que para acreditar este elemento se ha señalado que *"Es verdad que la Corte ha aceptado la prueba testimonial para demostrar la identidad de un terreno, y también lo es, que la ley no ha dicho que sea inadmisible, aunque está fuera de discusión que para el fin indicado se ajustan mejor a la técnica jurídica, por ser más pertinentes y adecuadas, la inspección ocular y el concepto pericial, toda vez que para saber si un predio está comprendido en otro, o si hace parte de él, o cuales son los linderos correspondientes de uno y otro, según los títulos de propiedad respectivos, es indispensable hacer apreciaciones y emitir conceptos razonados, misiones que corresponden a los peritos y no a los testigos, ya que estos solo deben, conforme a la ley, relatar los hechos que hayan visto o presenciado, sin que les sea permitido expresar opiniones o hacer conjeturas para llegar a determinadas conclusiones."*[4]

2.2. En este caso, para la Sala, los elementos de prueba allegados evidencian que hay una diferencia en el área que se denunció poseía el demandado y la que en verdad detenta respecto de cada uno de los predios de mayor extensión identificados con el número interno DV-085 y DV-089A, y folios de matrícula inmobiliaria 166-33128 y 166-33092, respectivamente.

Pues en la demanda se señaló que del inmueble "*Redondillo"* de matrícula inmobiliaria 166-33128, poseía un área de 3.895 m2, alinderada así: "*ORIENTE Y SUR: Con terrenos de la zona 1 del predio DV-085 "Redondillo" propiedad de EMGESA S.A. ESP; del punto de partida, se sale en los siguientes sentidos y distancia aproximadas: Sureste en cincuenta metres (50m) hasta el mojón M-85B, suroeste en ochenta y cuatro metros (84m) hasta el mojón M-85C y Suroeste en quince metros (15m) hasta el mojón M-85D. OCCIDENTE Y NORTE: Con terrenos lindero común con el predio DV-089A "Peñaranda-La Esperanza" y la zona 3 del predio DV-085 "Redondillo" ocupada por*

[3] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de mayo 19 de 2005. Expediente No. 7656. M.P. Dr. Cesar Julio Valencia Copete.
[4] Sentencia SC 211-2017. Enero 20 de 2017. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

José Quintero, ambos propiedad de EMGESA S.A. ESP, del punto anterior se sale con los siguientes sentidos y distancias aproximadas: Noreste en cuarenta y dos metros (42m) hasta el mojón M-85/89A, Noroeste en trece metros (13m) hasta el mojón M-85E, Noreste en ochenta y siete metros (87m) hasta el mojón M-85F, Noroeste en veintitrés metros (23m) hasta el mojón M-85G y Noreste en cincuenta y ocho metros (58 M) hasta el punto de partida y encierra".

Mientras que del denominado "*Peñaranda – La Esperanza*", de matrícula inmobiliaria 166-33092 poseía una extensión de 3.060 m2 dentro de los siguientes linderos: "*PUNTO DE PARTIDA: Es el mojón M-89 A, situado en el vértice noroeste del predio, lindero común con la zona 4 del mismo predio y la zona 3 del mismo predio ocupada por José Quintero propiedad de EMGESA S.A. ESP. COLINDANTES: NORTE Y ORIENTE: Con la zona 3 del predio DV089 "Peñaranda-La esperanza" propiedad de EMGESA S.A. ESP ocupada por José Quintero y el predio DV-085 "Redondillo" propiedad de EMGESA S.A. ESP, del punto de partida sale con sentido noreste en una distancia aproximada de sesenta y ocho metros (68m) hasta el mojón M-85/89 A, luego parte con sentido sureste con una distancia aproximada de cuarenta dos metros hasta el mojón M-89ª1. SUR Y OCCIDENTE: Con la zona 4 del predio DV-089 "Peñaranda-La Esperanza" propiedad de EMGESA S.A. ESP. Del punto anterior continua con sentido suroeste con una distancia aproximada de cincuenta y siete metros (57m) hasta el mojón M-89A2, luego parte con sentido noroeste con una distancia aproximada de cincuenta y dos metros(52m) hasta el mojón M-89A3, de donde se continua en el mismo sentido con una distancia aproximada de veintiséis metros (26m) hasta el mojón M-89A4, continua en el mismo sentido con una distancia aproximada de veinte metros (20m) hasta el punto de partida y encierra".*

En la inspección que como prueba anticipada adelantó la empresa actora ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Colegio, para determinar la existencia, extensión, identidad y posesión de los inmuebles objeto de este proceso, se designó un auxiliar de la justicia que dictaminó, respecto del predio "*Redondillo*", que tenía un área aproximada de 25.990 m2 y una zona de ocupación de 3.895.oo m2.[5], y valoró las mejoras en ellos existentes en la suma de $14'815.250.oo.

Y en curso de este proceso, la prueba pericial practicada concluyó que la zona en posesión del demandado *"correspondiente a REDONDILLO (zona 2) tiene una extensión aproximada de 3.895M2 que figuran en la demanda, pero según los planos tiene una extensión de 3.237.83 M2 y los lineros (sic) son los siguientes: POR EL NORTE: Con terrenos de Emgesa y ocupados por José Quintero POR EL OCCIDENTE: Con posesión de Antonio Salamanca. POR EL SUR: Con posesión de Milciades Angarita. POR EL ORIENTE: También con Milciades Angarita y encierra"*[6].

Mientras que del denominado "*Peñaranda- La Esperanza*", el dictamen estableció que: *"El área que el demandado tiene sobre el predio Peñaranda - La Esperanza es de 1.971.17 M2 de acuerdo con los planos, y los linderos son los siguientes: NORTE: con el área restante del predio de mayor extensión Peñaranda-La Esperanza en extensión de 21.30 y l9.40 metros. ORIENTE: Área (sic) restante Peñaranda – La Esperanza. En (sic) extensión de 51.61 metros. OCCIDENTE: Con área restante del predio Peñaranda – La Esperanza en extensión de 65.21 metros y encierra"*[7].

Lo que permite afirmar que existe una diferencia en el área que en la demanda se señaló pretendida en reivindicación, que la pericia evidenció que en realidad su extensión, en ambos predios, era de un metraje inferior al reclamado; sin embargo, no es esa conclusión sinónimo de la falta de identificación de los inmuebles objeto del reclamo reivindicatorio, como lo considera la sentencia apelada, que en ello soporta la negativa de la pretensión.

Pues no puede interpretarse que no se determinó la identidad de los predios a reivindicar porque no coincida la extensión de aquellos reclamada por lo determinado en la inspección judicial y la declaración del inspector de Emgesa S.A., dejándose de lado la prueba técnica, que señala que sí están comprendidos, aunque en menor extensión, los predios poseídos

[5] Fl. 42
[6] Fl. 189 Dictamen pericial predio Redondillo.
[7] Fl. 204 Dictamen pericial predio Peñaranda La Esperanza.

por el demandado en los bienes inmuebles de la empresa demandante.

Pues, como lo precisa la propia sentencia que de la Corte Suprema trajo la Jueza a colación en su fallo[8], *"La identidad simplemente llama a constatar la coincidencia entre todo o parte del bien cuya restitución reclama el demandante en su condición de dueño, con el que efectivamente posee el demandado; y si apenas resulta afectada en esa correlación una porción del mismo, simplemente se impone aplicar lo dispuesto en el artículo 305 del C. de P. C., según el cual 'si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último"*.

Dado que, aunque se determinó que existe una diferencia en la extensión del área de las franjas solicitadas en reivindicación y las poseídas por el demandado Jhon Fabio Cruz; pues la prueba pericial[9] evidenció que esos lotes de terreno tienen una menor extensión de la que se reclamó, también es clara su conclusión de que los poseídos por el demandado se encuentran contenidos en los predios "*Redondillo"* y "*Peñaranda – La Esperanza",* y esa circunstancia impone tener por probada la identidad de los inmuebles solicitados en la demanda y los detentados por el demandado, pues conforme al artículo 281 del Código Genera del Proceso *"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último"*.

No resulta entonces acertado concluir que faltó el elemento de identidad, pues si hacen parte los bienes en menor extensión poseídos por el demandado, de los reclamados de mayor extensión de propiedad de la actora, pues ello, lejos de descartar corrobora la existencia del presupuesto en discusión, como se evidencia de la experticia realizada.

Así, en el cuestionario que se formuló al auxiliar de la justicia se interrogó sobre la correspondencia de los bienes descritos en la pretensión y los predios recorridos el día de la práctica de la inspección judicial, y aquel señaló: *"los predios recorridos en el día de la diligencia si corresponden a los que se describen en la cláusula primera de las pretensiones de la demanda, con un área de ocupación dentro del predio Redondillo de 3.237.83 M2 y dentro del predio Peñaranda - La Esperanza 1.971.17 M2."*

Ahora la ubicación de los inmuebles se consolida con los planos aportados por el perito, en los que se destaca que las zonas que están en detentación material del demandado se ubican en una franja del predio "*Redondillo"* y la otra en el inmueble "*Peñaranda - La Esperanza*", esto es, que están contenidos en los inmuebles de mayor extensión de propiedad de la demandante.

Para la Sala entonces, los inmuebles solicitados en reivindicación se encuentran comprendidos en los predios "*Rendondillo"* y "*Peñaranda – La Esperanza*" por tanto, si está probada su singularidad, identidad, existencia y su posesión en cabeza del demandado, y lo que procede es fallar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 281 del C.G.P., accediendo a la reivindicación así se disponga que ella recaiga sobe una franja de menor extensión de los dos predios, menor a la reclamada, pues aun así dispuesto, hay congruencia entre lo pedido y lo probado, como lo precisa la Corte Suprema de Justicia[10]:

"*(…) la singularidad de la cosa, tratándose de un inmueble, hace relación a que se trate de una especie o cuerpo cierto, por lo tanto, inconfundible con otro; por consiguiente, no están al alcance de la reivindicación las universalidades jurídicas, como el patrimonio y la herencia, o aquellos predios que no estén debidamente individualizados o determinados. En esa medida, cabe señalar que no pierde la condición de ser cosa singular el inmueble objeto de reivindicación por el hecho de que se haya especificado en la demanda un predio, y luego se demuestre que el dominio o la posesión recae sobre una porción menor del mismo, pues ésta se impregna de esa misma característica, claro está, hallándose perfectamente determinada como parte integrante del bien disputado.*

[8] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC16282 del 11 de noviembre de 2016.
[9] Folios 188 a 207 deL C.1.
[10] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de octubre 13 de 2011, expediente radicado 2002-00530-01.

3. El segundo, la identidad, simplemente llama a constatar la coincidencia entre todo o parte del bien cuya restitución reclama el demandante en su condición de dueño, con el que efectivamente posee el demandado; y si apenas resulta afectada en esa correlación una porción del mismo, simplemente se impone aplicar lo dispuesto en el artículo 305 del C. de P. C., según el cual "si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

4. Es decir, uniendo ambos requisitos, la cosa singular debe ser una misma, sea en todo o en parte, tanto aquella respecto de la cual el demandante alega dominio, como la que posee materialmente el demandado a quien aquél le reclama la restitución. La singularidad ni la identidad, pues, desmerece por el hecho de que el demandante haya singularizado un predio del cual apenas parcialmente ejerce posesión el demandado; tal presupuesto no se verifica entre lo que se demanda y lo que se otorga en la sentencia, sino entre la cosa de la cual afirma y demuestra dominio el actor y lo que respecto de ella posee el demandado."

Y como superado el obstáculo se concluye qué si confluyen los restantes elementos para la prosperidad de la reivindicación, necesario resulta el proceder al examen de las excepciones de mérito formuladas, de conformidad con lo normado en el artículo 282 del C.G.P.

2.3. En lo que refiere a las denominadas "*Prescripción extintiva de la acción de dominio*", "*Caducidad de la acción*" y "*Carencia de causalidad en la activa"* que se fundan en similares hechos, a saber, la ausencia de actos posesorios o de dominio de la empresa propietaria y demandante que, por el término transcurrido, comportarían no sólo la pérdida del derecho de dominio sino la imposibilidad de poder accionar para recuperar la posesión perdida, se pasa a realizar un estudio en conjunto de todas ellas.

2.3.1. La prescripción extintiva del dominio de los bienes reclamados se soporta en el artículo 2532 del C.C., modificado por la ley 50 de 1936 y la ley 791 de 2002, que redujeron las prescripciones treintanales a veinte y diez años, respectivamente, porque con la suma de sus antecesores, la posesión con ánimo de señor y dueño del excepcionante lo es por más de 20 años, de forma pacífica e ininterrumpida, sobre las franjas de terreno demandadas en reivindicación y ha extinguido el derecho de dominio de la empresa demandante.

La prescripción es un modo de adquirir las cosas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercitado dichas acciones y derechos durante cierto tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.

La ley distingue dos tipos de prescripción adquisitiva y extintiva; la adquisitiva o usucapión se clasifica en ordinaria y extraordinaria, cada una de ellas con distintos presupuestos en cuanto al tiempo de ejercicio del hecho material posesorio y la condición en que se ejerce.

El legislador en la ley 791 de 2002 que redujo el término necesario para la estructuración de las prescripciones adquisitivas y extintivas de 20 a 10 años, dispuso como regla general de su vigencia en el tiempo, que sus normas regirían "a partir de su promulgación"; es decir, no le otorgó un efecto retroactivo, así lo señala su artículo 13; con ello sometió la nueva ley a la regla especial de vigencia que para las normas jurídicas que regulan el fenómeno prescriptivo establece el artículo 41 de la ley 153 de 1887 que señala:

*"*La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiera empezado a regir." (subrayas agregadas).

Lo que significa que como en este caso el excepcionante invocó la aplicación de esta nueva normativa, el término necesario para la consolidación de la prescripción extintiva de la Ley 791 de 2002 sería de 10 años, que sólo podría iniciar a computarse a partir del día en que

empezó ella a regir, el 27 de diciembre de 2002 y, por ello, los 10 años de vigencia, necesarios para configurar el fenómeno prescriptivo, sólo se consolidarían el día 27 de diciembre de 2012.

Es decir, que no entran en juego en este caso, ni la alegada por el demandado suma de posesiones con la de sus antecesores, detentación que afirma aquellos ejercían desde el año 1995, y les compró con escrituras públicas 1875 y 1876 de julio 28 de 2010, que se encontró por la jueza acreditada, porque como el demandado invocó al plantear la excepción de prescripción extintiva la aplicación de la ley 791 de 2002, es desde la vigencia de la norma en cuestión, diciembre 27 de 2002, que debe iniciar a computarse el ejercicio posesorio en el propósito de consolidar la prescripción extintiva excepcionada.

Ahora el hecho de que los bienes en cuestión recuperaron su prescriptibilidad, pues fueron bienes fiscales y esa limitación sólo se superó cuando su dominio se radicó en cabeza de la acá accionante, escritura pública 4611 del 23 de octubre de 1997 de la notaría 36 de Bogotá, cuando se le trasmitió a título de aporte, no incide en el asunto, pues al invocarse la aplicación de la Ley 791 de 2002, por la regla especial de vigencia del citado artículo 41 de la ley 153 de 1887, la prescripción extintiva se rige por la vigencia en el tiempo de la citada disposición que sólo inicia su cómputo el día 27 de diciembre de 2002.

2.3.2. Ahora bien, a la fecha de presentación de la demanda reivindicatoria, que lo fue el día 14 de diciembre de 2012, día en que llegó al Juzgado civil del circuito de La Mesa (fl. 84 del C.1), no se había consolidado el término de 10 años a que se redujo la prescripción extintiva del derecho de dominio de bienes inmuebles por la ley 791 de 2002, pues ese plazo se cumplía el 27 de diciembre de 2012, diez años después de su entrada en vigencia.

En razón a que la formulación de la demanda tiene como principal efecto la interrupción del cómputo de los términos de prescripción y caducidad que venían corriendo al momento de su presentación; interrupción que se consolida siempre y cuando se notifique al extremo demandado dentro del año siguiente al día de notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, como lo regulan el artículo 90 del C.P.C. y el artículo 94 del C.G.P.

Pues contados desde el momento de entrada en vigencia de la ley 791 de 2002[11], diciembre 27 de 2002, a la fecha de presentación de la demanda reivindicatoria, 14 de diciembre de 2012, no se habían completado los 10 años requeridos para la consolidación de la prescripción extintiva, y el libelo se notificó personalmente al demandado el día 4 de diciembre de 2013 (fl. 99 del c.1.), esto es, dentro del año siguiente al de la notificación por estado al demandante del mismo auto de admisión, proveído del 4 de febrero de 2013 notificado en el estado de febrero 6 de 2013.

De donde se desprende que la excepción de prescripción extintiva de la acción no alcanzó a consolidarse, pues fue notificada la admisión al demandado dentro del año siguiente al de su notificación al demandante, con ello, que la interrupción del término de prescripción por la presentación oportuna de la demanda se consolidó.

Lo que conduce a concluir que las excepciones de mérito en estudio que se soportaban en ejercicio posesorio superior a 10 años del demandado sin que el actor hubiere poseído el inmueble ni ejercido actos de dominio en el mismo no se configuran.

Pues prescripción regulada en el artículo 2535 del Código Civil como medio para extinguir acciones y derechos a consecuencia de la pasividad de su titular para defender sus derechos, no opera de forma automática, está sometida a la regulación procesal y sustancial de las causales de suspensión o interrupción de su cómputo, como la que en el caso se ha

[11] Conforme con su artículo 13, la ley rige a partir del día de su promulgación y fue publicada en el Diario Oficial No 45.046, de 27 de diciembre de 2002.

presentado.

Y aunque no se hubiere invocado la ley 791 de 2002 y se rigiese la prescripción extintiva por la normativa anterior, tampoco se hubiere consolidado la prescripción extintiva veinteañera, pues sólo podrá considerarse al demandado poseedor de los inmuebles que reclama desde 1997, cuando aquellos volvieron al comercio privado por dejar de ser bienes fiscales o de propiedad de una entidad de derecho público.

Y el Código Civil artículo 2536, anterior a la reforma de la Ley 791 del año 2002, exigía para extinguir el derecho de dominio 20 años de ejercicio posesorio y al momento de formularse la demanda, diciembre 14 de 2012, contando desde el mes de octubre de 1997, en que la empresa Emgesa S.A. ESP adquirió el inmueble y el mismo se volvió prescriptible, transcurrieron 15 años y 2 meses, tiempo igualmente insuficiente para prescribir extintivamente el derecho de acción de sus propietarios.

2.3.3. Sobre la alegada excepción de "*Carencia de identificación del predio a reivindicar"* ha de considerarse desestimada por las conclusiones que se expusieron para dar por acreditado este elemento y la de *"Buena fe del poseedor demandado y mala fe del demandante*", nada hay que decir, distinto a que no se expone en sustento factico como se configuraría en un hecho impeditivo, modificativo o extintivo de la prosperidad de la pretensión reivindicatoria, distinto al análisis a efectuarse en lo que refiere a las restituciones mutuas.

Finalmente, respecto a la alegación del reconocimiento de la excepción "*Genérica e innominada*" el artículo 282 del Código General del Proceso impone que "*cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia",* no se advierte en el caso la configuración de ningún hecho exceptivo reconocible oficiosamente.

3. De las restituciones mutuas.

3.1. Al prosperar la pretensión reivindicatoria y ordenársele al vencido poseedor la entrega del bien poseído a su dueño, se hace imperioso adentrarse en el estudio de las prestaciones mutuas entre poseedor y dueño a fin de mantener la equidad en la decisión.

Tiene establecida la jurisprudencia[12]que las prestaciones mutuas determinan los derechos y obligaciones sobrevinientes para las partes que, con ocasión de la decisión judicial, cambian su situación jurídica respecto de un bien que se detentaba o recobra; pues el poseedor, de buena o mala fe, se ve obligado a restituir un inmueble que ha tenido en su poder y del que pudo haber aprovechado sus frutos, mejorado o deteriorado.

Por lo que a la par con la restitución debe ordenarse, conforme a lo que se encuentre demostrado, para evitar la configuración de un indebido enriquecimiento, a favor de quien se aprovecha de los frutos de la cosa que no es suya, o de quien la recibe, al obtener mejorado, a costa de otro, el bien que le pertenece.

En este caso, debe tomarse para los efectos de este acápite al demandado poseedor de buena fe, pues a más de que la empresa demandante que alegó que era de mala fe nada probó al respecto, aquel tiene sobre las fracciones de los inmuebles que son objeto de la reivindicación, un título de adquisición de la posesión mejoras y construcciones, compras efectuadas a Hernando Muñoz con escrituras públicas 1875 y 1876 de 28 de julio de 2010 quien adujo ejercer su detentación por cesión que le hizo Luis Adolfo Arias en promesa de compraventa de fecha 14 de junio de 1995.

Y aunque la venta de posesión viene referida a un bien que por un largo espacio fue bien imprescriptible, lo cierto es que para el año 2010 en que el demandado compra ya podía

[12] Febrero 11 de 1948, febrero 6 de 1976, agosto 28 de 1996.

quien le vende el ejercicio posesorio atribuirse tal condición, pues desde el año 1997, como se dejó atrás señalado, los inmuebles objeto del reclamo eran susceptibles de ser poseídos.

Considerado poseedor de buena fe, se le impondrá el pago de los frutos percibidos luego de la contestación de la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 964, inciso 3º del Código Civil, enero de 2014, y tendrá derecho al reconocimiento de las mejoras útiles por el edificadas.

Del análisis de la prueba pericial rendida en este proceso, se observa que el auxiliar en su trabajo cuantificó los frutos del predio "Redondillo" por su explotación agrícola, precisando que su "producción anual está calculada en la suma de $1'732.000.oo," estimación que hiciera en el mes de septiembre del año 2015, luego esa suma se tomará, para proyectar los producidos entre enero de 2014 época de contestación de la demanda[13] y agosto de 2020 en que se profiere esta decisión, actualizando la suma resultante a la fecha de emisión de este fallo.

Ahora el reconocimiento de mejoras al demandado, ante la falta de cuantificación de las mismas en la pericia realizada en curso del proceso, se hará tomando para ello la valoración traída con la demanda por la actora[14], pericia emitida en abril del año 2011 y que las estima en una suma total de $14'815.250.oo.

En efecto, se señaló en la pericia traída por la demandante en su libelo que las mejoras realizadas por el poseedor demandado, sobre el predio denominado "Redondillo" eran consistente en "una casa construida en bahareque y tabla, puertas en latas de teja de zinc, pisos en cemento y mineral, cocina encerrada con tabla y lona plástica, techos en teja de zinc, sostenidos en lata de guadua; tiene el acueducto y nacedero propio, no tiene servicio de luz eléctrica y la destinación del predio en este momento es totalmente agrícola, asimismo que en este predio y casi en su totalidad se observan "cultivo de frutales como mandarinos, naranjo, mango, plátano aguacate, guanábanos, pomarrosa y también cultivos de pan coger como yuca, maíz, ahuyama y guatila; mientras que del predio "Peñaranda – La Esperanza", se determinó que no había al momento de realizarse el dictamen ningún tipo de mejora o explotación, pues el bien estaba en rastrojo.

Por lo que, como las pericias consideradas se rindieron en abril de 2011, la traída con la demanda y en septiembre de 2015, la presentada en curso de este trámite, serán las sumas que arrojaron como resultado, para la imposición de las condenas, objeto de actualización a la fecha de proferimiento del fallo de segunda instancia, conforme lo impone el artículo 283 del C.G.P.

Labor para la cual, se asumirán las certificaciones que periódicamente emite el Departamento Administrativo Nacional de Estadística D.A.N.E. y, con sujeción a esos parámetros, las operaciones de actualización del valor de las mejoras que debe pagar al demandante a favor del poseedor condenado a restituir el inmueble y los frutos que debe reconocer el poseedor vencido al propietario.

Los frutos se tazan considerando que son 5 años y 8 meses los que trascurrieron desde la contestación de la demanda hasta el proferimiento de este fallo, enero de 2014 a agosto de 2020 y su cuantificación parte de multiplicar el valor de estimación de su producción anual según la asumida pericia $1'732.000.oo, por cinco años y ocho meses.

Operación que conlleva multiplicar $1'732.000.oo X 5 (años) dando como resultado la suma de $8'866.000.oo; a lo que se agrega el monto de $1'154.664.oo, resultante de dividir el producido anual (1'732.000.oo) en 12 meses y su resultado, $144.333.oo multiplicarlo por 8, número de meses transcurridos en este año. Lo que arroja un total de$9'814.664.oo.

---

[13] Fl. 115 a 126. C.1.
[14] Fl. 70 a 75 del C. 1 Anexos de la demanda.

1-Valor a actualizar por frutos $9.814,664,oo

Tabla Indexación					
Año	***Valor a Indexar***	***I.P.C. inicial (2015)***	***I.P.C. final-Agosto(2020)***	***Factor de Indexación***	***Indexación***
01/09/2015	***$ 9.814.664,00***	***86,39***	***104,97***	***1,22***	***$ 2.110.851,45***

LIQUIDACIÓN	
Valor a Indexar	***$ 9.814.664,00***
Valor Indexado	***$ 2.110.851,45***
Total liquidación	***$ 11.925.515,45***

2. Actualización mejoras $14'815.250.oo.

Tabla Indexación					
Año	***Valor a Indexar***	***I.P.C. inicial (2011)***	***I.P.C. final-Agosto(2020)***	***Factor de Indexación***	***Indexación***
01/04/2011	***$ 14.815.250,00***	***74,86***	***104,97***	***1,40***	***$ 5.958.952,41***

LIQUIDACIÓN	
Valor a Indexar	***$ 14.815.250,00***
Valor Indexado	***$ 5.958.952,41***
Total liquidación	***$ 20.774.202,41***

Por lo que, autorizándose las compensaciones por las mutuas acreencias, se reconocerá como monto de las mejoras plantadas en el predio que se ordenará pagar a la empresa accionante la suma de $20.774.202.41, al demandado poseedor Jhon Fabio Cruz.

Y se ordenará al demandado pagar por concepto de frutos causados desde la contestación de la demanda a favor de la empresa actora la suma de $11'925.115.45.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala Civil – Familia de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR, por las razones consignadas en el cuerpo motivo de éste proveído, la sentencia proferida el pasado 13 de noviembre de 2019 por el juzgado civil del circuito de La Mesa y en su lugar, se dispone:

Primero: DECLARAR que pertenece el dominio pleno y absoluto a la Empresa EMGESA S.A. E.S.P., los predios denominados "*Redondillo*", distinguido con el número interno DV-085, con un área de 25.990 metros cuadrados y matrícula inmobiliaria 166-33128, y el denominado "*Peñaranda-La Esperanza*", distinguido con el número interno DV-089A, con un área de 84.520 metros cuadrados y folio de matrícula inmobiliaria 166-33092, respectivamente.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración **ORDENAR** al demandado

Jhon Fabio Cruz, restituir a su propietaria EMGESA S.A. ESP, las franjas de terreno de un área de 3.237.83 m2 del predio de mayor extensión denominados "*Redondillo*" de número interno DV-085, con un área de 25.990 metros cuadrados y matrícula inmobiliaria 166-33128; y un área de 1.971.17 m2 del inmueble "*Peñaranda – La Esperanza",* de número interno DV-089A, de una extensión de 84.520 metros cuadrados y folio de matrícula inmobiliaria 166-33092; áreas determinadas de conformidad con lo establecido en los planos y la experticia que obra a folios 188 a 220 de esta encuadernación; en un término de cinco (5) después de la ejecutoria del auto que ordene obedecer y cumplir esta decisión.

Tercero: Declarar no probadas las excepciones denominadas: "*Prescripción extintiva de la acción de dominio*", "*Caducidad de la acción*", "*Carencia de causalidad en la activa*", "*Carencia de identificación del predio a reivindicar*", "*Buena fe del poseedor demandado y mala fe del demandante*" y "*Genérica e innominada*", propuestas por el demandado.

Cuarto: CONDENAR al demandado Jhon Fabio Cruz a pagar por concepto de frutos civiles de los inmuebles ordenados restituir y a favor de Emgesa S.A. E.S.P., la suma de once millones novecientos veinticinco mil ciento quince pesos con cuarenta y cinco centavos. ($11'925.115.45).

Quinto: CONDENAR a la actora Emgesa S.A. E.S.P. a pagar al demandado Jhon Fabio Cruz por concepto de mejoras levantadas en los predios ordenados reivindicar **la** suma de veinte millones setecientos setenta y cuatro mil, doscientos dos pesos con cuarenta y un centavos. ($20.774.202.41)

Sexto: AUTORIZAR a las partes efectuar las compensaciones a que haya lugar, en las sumas que mutuamente se dispuso pagar. Aunque la empresa sale a deber más al actor por sus mejoras que este por sus frutos, no se concede el derecho de retención del inmueble porque no fue solicitado al contestarse el libelo.

Séptimo: Condenar en costas procesales de ambas instancias al demandado, tásense por el a-quo, previo señalamiento de agencias en derecho de la primera instancia y considérese como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de $2'000.000.oo de pesos.

Notifíquese y Cúmplase,

Los Magistrados,

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS **JAIME LONDOÑO SALAZAR**

GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ