

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil
veintiuno (2021).

Ref: Verbal de Gabriel Francisco Rodríguez
Duque c/. José Roberto Zorro Talero.
Exp. 25307-31-03-002-2017-00026-01.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 18 de febrero pasado y complementada el 11 de marzo último por el juzgado segundo civil del circuito de Girardot dentro del presente asunto, teniendo en cuenta los siguientes,

I.- Antecedentes

La demanda, presentada el 15 de febrero de 2017, pidió declarar que pertenece al demandante el dominio pleno y absoluto del predio denominado ‘El Iniciador Alto’, que tiene una extensión superficiaria de 66 Has, 6.478,88 m², ubicado en la vereda Casablanca del municipio de Ricaurte y, como consecuencia, condenar al demandado a restituir toda área que supere las 3 hectáreas de posesión que le transfirió la Inmobiliaria Rodríguez Duque (63 Has, 6.478,88 m²), junto con los frutos producidos o que se hubiesen podido producir con mediana inteligencia y cuidado desde que entró en posesión del inmueble, hasta cuando se haga entrega de éste, así como el costo de las reparaciones que deba sufragar el demandante por razón del actuar del demandado, sin derecho a reconocimiento de mejoras ni expensas, por ser poseedor de mala fe.

Dice, al efecto, que el 15 de mayo de 2003, María del Pilar Rodríguez Duque, actuando como representante legal de la Sociedad Inmobiliaria Rodríguez Duque, le transfirió al demandado la posesión de un lote de terreno de tres hectáreas, que hacía parte de uno de mayor extensión conocido como ‘El Iniciador’ de aproximadamente 93 Has, 3.000 m²; a mediados de noviembre de 2006, aquél, aprovechándose de la confianza que tenían en él y de manera clandestina, sin que se dieran cuenta los propietarios, empezó a realizar trabajos de expansión consistentes en tala, desmonte y rocería más allá de esas tres hectáreas; además, la misma María del Pilar, obrando en esa ocasión como representante legal de la Sociedad Promotora de Desarrollo del Huila S.A. – Promohuila S.A.-, le otorgó poder al demandado para que formulara una querrela de lanzamiento por ocupación de hecho en la inspección de policía de Ricaurte contra Lucas Galindo Rincón, quien estaba ocupando parte del sobredicho predio; el 14 de enero de 2007, actuando bajo esa misma condición de apoderado especial de la citada sociedad, recibió las 8 hectáreas que estaba ocupando el querrellado. En junio de 2008, enterados de esa situación y de las maniobras de expansión del demandado, los entonces propietarios del predio lo convocaron a conciliar ante la personería de Bogotá, instancia que no tuvo éxito, por lo que el 22 de mayo de 2009 promovieron demanda reivindicatoria en su contra, de la que conoció el juzgado segundo civil del circuito de Girardot, trámite en el que se determinó que el demandado ejercía posesión sobre 16 Has, 3.105,86 m²; aunque mediante fallo de 13 de agosto de 2013 se decretó la restitución del bien, esa decisión fue revocada por el Tribunal en sentencia de 31 de julio de 2014, tras considerar que su derecho recaía sobre el nuevo folio de matrícula que se desprendió de la venta realizada mediante escritura 3002 de 36 de agosto de 1998 por parte de la Sociedad Inmobiliaria a Promohuila, sin tener en cuenta que se trataba de un folio ya cerrado; aprovechándose de esa situación, el demandado encerró y tomó posesión de un lote de 400 m² del área que sirve de acceso y salida al predio que había sido entregado por Galindo Rincón.

Mediante escritura 1500 de 18 de agosto de 2016 de la notaría segunda de Girardot, las sociedades Promotora de Desarrollo del Huila S.A., Duque Rengifo S. en C. y Duque de Ospina e Hijos y Cía S. en C., ahora Palma Tropical Ltda., propietarias del predio ‘El Iniciador’, decidieron desenglobarlo en dos predios: ‘El Iniciador Alto’, de aproximadamente 66 Has, 6.478,88 m² y ‘El Iniciador Bajo’ de 26 Has, 6.521,12 m²; a cuenta de esa división, la posesión del demandado sobre 16 Has, 3.105,86 m², quedó incluida en el primero de esos predios.

A pesar de que en ese mismo instrumento público le fue transferido en venta al demandante el lote ‘El Iniciador Alto’, la posesión de las áreas reivindicadas están en manos del demandado, quien fue abogado de confianza de los dueños durante varios años y se aprovechó de ello para ir expandiendo sus linderos de 3 hectáreas que se le entregaron en 2003, en esas 8 hectáreas que entregó Lucas Galindo Rincón en 2008, y los 400 metros de la entrada, en 2014, reputándose públicamente dueño de ellas, sin serlo, pues su ocupación se derivó de actos clandestinos de los que solo tuvieron conocimiento a mediados de junio de 2008, por lo que es un poseedor de mala fe, que está en incapacidad legal de ganar el bien por prescripción.

Se opuso el demandado formulando las excepciones de ‘cosa juzgada’, fincada en que ya habíase promovido proceso reivindicatorio en su contra por las sociedades que otrora eran propietarias del predio, acción en la que resultaron perdidosas, como se aprecia de la sentencia de 30 de julio de 2014 dictada por el Tribunal, por lo que no se puede promover otro proceso con el único fin de “*desgastar el aparato jurisdiccional*” e ignorar una decisión que es “*definitiva*”; ‘prescripción extintiva’, la que hizo consistir en que la entrega que le hizo Inmobiliaria Rodríguez Duque mediante documento privado de 15 de mayo de 2003, que correspondía a tres hectáreas del predio de mayor extensión, quedaron en el papel, porque no se hizo el deslinde; sin embargo, desde entonces comenzó a realizar

trabajos de rocería y como en esa época también adquirió la posesión que tenía Laura María Calderón Quimbayo de otra zona del terreno donde estaba construida una casa de habitación, un cobertizo, huerto de plátanos y pozo séptico, decidió tener allá su finca de recreo y producción, para lo cual hizo una explanación, construyó una nueva casa de habitación, una casa para cuidanderos, un depósito para almacenamiento de insumos, zona de BBQ, una bodega o galpón, una corraleja, una cancha de microfútbol, un lago artificial, el montaje de una piscina estructural, plantó árboles maderables, frutales y ornamentales, cercó varios potreros y edificó la portería de acceso; en 2004 el demandante contrató sus servicios profesionales para que lo representara como amigable componedor ante sus hermanos Nora, Maximiliano y María del Pilar Rodríguez Duque por las diferencias que habían surgido por los bienes heredados por su progenitora, Nohora Duque de Rodríguez, gestión cuya importancia, pues logró que los hermanos las arreglaran, ameritó que como contraprestación le entregara, a mediados de octubre de ese año y de manera verbal, la posesión del predio conocido como ‘El Iniciador Alto’, época desde la que comenzó a ejercer señorío sin reconocer mejores derechos, extinguiéndose así el dominio en sus propietarios.

Así mismo, las excepciones que denominó ‘improcedibilidad de la acción reivindicatoria pretendida’, que hizo consistir en que “*a estas alturas y después de 14 años de posesión, no se sabe ni dónde comienzan ni donde terminan*” las tres hectáreas que se le entregaron inicialmente, lo que hace que no esté “*determinada la cosa singular reivindicable*” y que no exista identidad entre lo pretendido y lo poseído, y la de ‘reconocimiento y pago de mejoras y derecho de retención’, tasadas pericialmente en el primer proceso reivindicatorio y que la sentencia de primera instancia, en ese momento, las reconoció en \$523’859.718, suma que deberá actualizarse con la correspondiente corrección monetaria, para un total de \$667’870.271, que le da derecho a solicitar el derecho de retención.

A su turno, formuló en reconovención demanda de prtenencia, aspiración que concretó sobre el predio denominado ‘Iniciador Alto’, por haberlo poseído de manera quieta, pacífica e ininterrumpida desde 2004, realizando verdaderos actos de dominio, tales como mejoras, obtener, a través de resolución 1827 de 20 de diciembre de 2005, la concesión de aguas superficiales para el predio por parte de la Car, impedir, en 2009, a través de la Alcaldía Municipal de Ricaurte, que vecinos del balneario ‘Casa Blanca’ le impusieran una cerca de alambre de púa contigua a la quebrada ‘La Dulce’, plantar 200 árboles nativos en el bosque contiguo a la quebrada, hecho por el cual fue denunciado penalmente por Lucas Galindo Rincón, trámite que terminó con sentencia absolutoria el 21 de septiembre de 2012, y la conciliación que hizo con éste “*obrando en su propio nombre, pero con poder otorgado como requisito de formalidad*” de María del Pilar Rodríguez Duque, acerca de las diferencias presentadas con el predio, motivo por el que fue investigado disciplinariamente, pero que terminó con sentencia en su favor el 14 de agosto de 2013.

El reconvenido duplicó formulando la excepción que llamó ‘falta de término para usucapir’, alegando que la posesión que asumió Zorro en 2003 solo recayó sobre las 3 Has que se le entregaron; en 2008 fue que de manera clandestina la expandió a las 8 Has que había recuperado de Lucas Galindo Rincón; tan es así que en la inspección judicial que se practicó en el anterior proceso, se concluyó que su posesión era sobre 16 Has, 3.105,86 m² y no sobre las 66 Has que de mala fe pretende ahora.

Por su parte, el curador ad-litem designado a los indeterminados, se atuvo a lo probado.

La sentencia de primera instancia que accedió a la reivindicación y parcialmente a la pertenencia, fue apelada por las partes, en recurso que, concedido en el efecto suspensivo y debidamente aparejado, se apresta el Tribunal a desatar.

II.- La sentencia apelada

A vuelta de teorizar sobre la reivindicación y la prescripción, dijo que la demanda primigenia debía tener despacho favorable, pues probado quedó el dominio del demandante, quien si bien adquirió el inmueble en 2016, remontó sus títulos hasta el año 1978, como se comprueba con las escrituras públicas aportadas y la información que al efecto obra en el folio de matrícula; la demanda recae sobre una cosa singular reivindicable, pues con la inspección judicial y la experticia se pudo establecer cuál es el predio sobre el que las partes concretaron sus pretensiones, cumplidamente 51 Has y algo más de 9.000 m², de las 66 que de acuerdo con el folio tiene el inmueble; y que ésta hace parte del predio conocido como ‘El Iniciador Alto’.

Por su parte, la posesión del demandado se acreditó por vía de la confesión realizada por éste en la demanda de pertenencia y en el interrogatorio de parte que rindió, no obstante que no puede aceptarse que ostenta posesión sobre todo el predio desde 2004, porque en la inspección judicial practicada en el anterior proceso las partes y sus apoderados señalaron expresamente cuál era esa porción de terreno sobre la que ejercía señorío, que no era otra que 16 Has, 3.105,83 m², como también lo dijo en la querella por perturbación a la posesión que inició contra Adelfo Jaimes de Piscina Casablanca, en el entendido de que ejercía posesión apenas sobre la parte baja del predio, sin contar con que antes de ese trámite procuró negociar con la Inmobiliaria la compra de esa porción de terreno, lo que implica el reconocimiento de dominio ajeno, pues éste admitió que fue la imposibilidad de llegar a un acuerdo lo que condujo a que se demandara la reivindicación en esa oportunidad, especialmente cuando en 2007 todavía estaba actuando como abogado en beneficio de los derechos de la Inmobiliaria sobre el terreno, lo que termina por corroborar que éste solo exhibió sus verdaderas intenciones a mediados de 2008, que fue cuando sobrevinieron los intentos de conciliación, por lo que a la presentación de la demanda no se completaban los diez años necesarios para extinguir el

derecho de dominio que asiste al propietario, ni tampoco para dar acceder a la pertenencia incoada en reconvención, máxime que no logró probar que en verdad el demandante le entregó algún terreno adicional a esas tres hectáreas iniciales.

Antes bien, esa supuesta posesión sobre el resto del predio que excede de las 16 hectáreas sobre las que alegó en principio tener señorío, solo pudo tener inicio con posterioridad al 31 de agosto de 2010, cuando se practicó la inspección judicial, donde limitó el ejercicio de su posesión al área señalada por él; todo ese devenir prueba que su actuación fue ajena a los postulados de la buena fe, pues no solo se perpetuó en un territorio que no le correspondía, sino que extendió su ocupación a todo el predio aprovechándose de que había sido abogado de los propietarios, por lo que los frutos debían tasarse desde enero de 2009, cuando, es claro, el poseedor ya contravenía la voluntad del titular del derecho real de dominio, los cuales concretó en \$109'679.212.

Relativamente a las mejoras, consideró que éstas consistieron en la instalación de la cerca de alambre, cerca viva, cultivo de maralfalfa y adecuación del terreno para la confección de los potreros correspondientes, pues las construcciones y mejoras de mayor importancia fueron plantadas en el espacio plano que corresponde a las tres hectáreas que se le entregaron y cuya posesión no está en discusión, por lo que debían reconocérsele en cuantía de \$78'633.183.

Cuanto a las excepciones propuestas, hizo ver que no estaban llamadas a prosperar; la de cosa juzgada, porque la reivindicación sólo fue negada por falta de identidad, pero no decidió de fondo el problema jurídico planteado; la de prescripción extintiva, dado que no existe prueba de que el demandante le haya entregado el terreno en 2004, y la de improcedencia de la acción reivindicatoria, en la media en que sí se logró concretar sobre qué porción del terreno recaían las únicas tres hectáreas que se le entregaron y que éstas comprenden también el terreno que negoció con Ana María Calderón.

Por último, atinente a la pertenencia destacó que con los testimonios de Wilmer Leandro Atuesta Caro, Daniel Roberto Zorro Díaz, Jairo Molina, Orman Callejas y Norma Castro se demostró que desde 2003 entró en posesión del terreno plano donde están construidas las mejoras, que fue él quien las erigió y que sobre éste ha realizado verdaderos actos de dominio, por lo que la demanda debía progresar únicamente respecto de esas tres hectáreas.

Como consecuencia, declaró la pertenencia únicamente de esa franja de terreno y ordenó la reivindicación del lote restante, al paso que denegó el reconocimiento de perjuicios materiales porque no fueron señalados en la demanda, ni acreditados en el trámite; antes bien, tratándose de un terreno que en su mayoría está bajo reserva forestal y protección de las autoridades ambientales, no se concretan en nada distinto que en los frutos civiles que fueron reconocidos; fallo que complementó el 11 de marzo siguiente para condenar en costas al demandado.

III.- El recurso de apelación

El demandante sostiene que no ha debido negarse la condena en perjuicios, porque de acuerdo con el artículo 280 general del proceso debe condenarse en costas y perjuicios a la parte vencida, de suerte que no es necesario que los daños estén demostrados en el proceso, porque se cuantifican mediante incidente, algo natural si es que éstos corresponden a los gastos y costos que surgen con ocasión del trámite del proceso, como hoteles, transportes, alimentación, pago de honorarios profesional o dado el caso la imposibilidad de negociar el inmueble, lo que hacía imposible calcularlos antes de la presentación de la demanda.

El demandado, por su parte, lo despliega sobre la idea de que existió una indebida valoración probatoria, pues jamás señaló que no ostentara posesión más allá de las referidas 16 hectáreas, es decir, sobre el cerro de San Alberto; la inspección judicial que se llevó a cabo en el anterior proceso no conduce a esa conclusión, la que surge

de lo expresado por el perito acerca del área evidentemente intervenida. Sin razón se hizo referencia a ella como ‘Iniciador Alto’, cuando la división material del predio ‘El Iniciador’ apenas vino a hacerse en 2016 mediante escritura 1500 de 18 de agosto de ese año; aunque en el interrogatorio que rindió en el proceso anterior habló de 27 hectáreas, ello solo fue porque consideraba que de acuerdo con los títulos escriturarios ésa era el área correspondiente a los derechos de Promohuila S.A., pero no fueron individualizadas allí porque el dominio lo tenía en común y proindiviso con Palma Tropical y Duque Rengifo S en C; sin ninguna prueba se colege que las negociaciones entre las partes se realizaron hasta el año 2009, porque en el interrogatorio de parte fue claro en señalar que se dieron en 2005; cuando en 2008 indicó que era poseedor de la parte baja del predio El Iniciador Alto, lo que debe entenderse es que era poseedor de toda el área de terreno que está por debajo de la cima o filo del cerro, pues, se insiste, para esa época no se había dividido el predio en Alto y Bajo.

Las tres hectáreas que se le entregaron nunca fueron deslindadas ni amojonadas y si la perito designada en el proceso las pudo ubicar, fue por orden del propio juez quien no solo le dijo qué hacer en el dictamen, sino cómo hacerlo desde el punto de vista técnico, al punto que le *“ordena traslapar o superponer el plano de ubicación de las tres hectáreas, rendido por la perito en su dictamen inicial con el plano donde se ubican las mismas tres hectáreas en el dictamen del proceso anterior”*, comprometiendo con ello el principio de igualdad, imparcialidad e incurriendo incluso en un prejuzgamiento acerca de que no iba a conceder nada distinto que esas tres hectáreas y reivindicar todo aquello que las excediera; es que incurrió en un falso raciocinio al dar por sentado que su posesión, cuando cursó el proceso anterior, se limitaba únicamente a esas 16 hectáreas intervenidas, cuando lo cierto es que el perito no podía dar cuenta de la posesión por tratarse de un tema jurídico, y desconoce además que es posible poseer sin explotar físicamente un terreno, con el fin, por ejemplo, de no quebrantar regulaciones ambientales, de ahí que los testigos coincidan en que entró en posesión de la

totalidad del predio e intervino lo que era intervenible entre los años 2003 a 2006.

En efecto, durante 2005 intentó en cinco reuniones para negociar la posesión del cerro, pero no pueden tenerse esos acercamientos como reconocimiento de dominio, porque solo intentaba solucionar conciliadamente un conflicto, amén de que se distorsionó el alcance de su interrogatorio, porque no podía concluirse de él, de manera caprichosa e irracional, que las negociaciones se realizaron hasta el año 2009; la conciliación que el 14 de enero de 2007 hizo con Lucas Galindo Rincón sobre una parte exigua de media hectárea, no es óbice para negar sus aspiraciones, porque para el 16 de febrero de 2017, que se promovió esta nueva demanda, ya habían transcurrido más de diez años de posesión. No debía probar que el demandante le entregó la posesión de todo el predio, porque los testigos Lucas Galindo, Wilmer Leandro Atuesta Caro, Daniel Roberto Zorro Díaz, Jairo Molina y Norma Castro, fueron puntuales en sostener que su posesión comenzó entre los años 2003 a 2005, así que el intento que hizo porque aquél aceptara esa entrega no fue más que por cuestión de honor y de salvaguardar su buen nombre, pero ello no desvirtúa que su posesión sobre todo el predio la ejerce desde finales de 2004; además, no se valoraron los testimonios practicados en el primer proceso, esto es, el de Lucas Galindo Garzón, Andelfo Jaimes Miranda, Antonio Fonseca Rueda, necesarios para establecer la veracidad de los hechos, o sea, que desde 2003 es poseedor de todo el predio; es más, si el juzgado consideraba que su posesión era sobre 16.3 hectáreas, no se entiende cómo no otorgó la pertenencia sobre todas ellas, sino apenas sobre 3 hectáreas.

De otro lado, no puede decirse que procedió de mala fe, porque las negociaciones se dieron con posterioridad al inicio de su posesión, la ley no prohíbe que se pueda recibir un bien de quien no es su titular, pues así como María del Pilar Rodríguez Duque le entregó las tres hectáreas por los servicios profesionales que le prestó a su hermano Gabriel Rodríguez Duque, bien pudo el mismo

Gabriel entregarle todo el terreno que le correspondía a sus hermanos, por lo que debe presumirse su buena fe, como en efecto ya se le había calificado en el otro proceso; la tasación de los frutos se hizo con arreglo en un dictamen pericial que se basa en los predios vecinos, cuando en el anterior proceso se tasaron en \$0, precisamente porque se trata de un predio *“enmalezado, selvático, sin mejora alguna”* y por ello no puede producir ningún fruto; así mismo, las mejoras plantadas fueron tasadas en \$322'000.000, cuando diez años atrás se tasaron pericialmente en \$662'000.000, diferencia que solo obedece al evidente yerro en que incurrió al tener en cuenta la depreciación y omitir la utilidad que le han dado al bien.

Sin contar, además, con que debieron declararse probadas las excepciones de cosa juzgada, porque sólo las sentencia inhibitorias y las proferidas en procesos de jurisdicción voluntaria no tienen ese alcance; de prescripción extintiva porque ya para los años 2005 y 2006 había realizado labores más allá de las tres hectáreas y la de improcedencia de la acción reivindicatoria porque no hay forma de determinar dónde están ubicadas esas tres hectáreas, tanto que el único punto de referencia es la quebrada, de ahí que ante el *“pobrísim”* papel que estaba desempeñando la perito, que se refirió a ese punto como una escorrentía cuya definición dista bastante de una quebrada, fue que le ordenó sobreponer las tres hectáreas identificadas en el plano presentado en el primer proceso.

Consideraciones

1.- La protesta impugnaticia del demandado, que por razones lógicas debe abordarse delantamente, desde luego que los otros aspectos decisorios del fallo apelado dependen de que esa parte de éste se mantenga enhiesta, amerita recordar que el fenómeno de la cosa juzgada, del *“cual deriva ‘la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida’ en el fallo que ‘está destinada a tutelar el quid decisum de la sentencia en un proceso futuro’, en la medida en que impide ‘la reproducción*

del proceso de cognición”, se presenta como “una obligación del Estado a través de las autoridades judiciales, y un derecho subjetivo de las partes, pues las primeras tienen ‘la obligación jurídica de no juzgar una cuestión que ya ha sido objeto de un juicio anterior entre los mismos sujetos. Y, por otro lado, las partes, actor y demandado, no sólo tienen la obligación jurídica de no pretender, de parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, la prestación de la actividad jurisdiccional de cognición una vez que la hayan obtenido mediante la emisión de la sentencia final de mérito pasada en cosa juzgada, sino que tienen también el derecho a que los órganos jurisdiccionales del Estado no emitan nuevamente otra sentencia de fondo, es decir, no juzguen nuevamente las relaciones jurídicas ya declaradas ciertas mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada” (Cas. Civ. Sent. de 27 de julio de 2016, exp. SC10200-2016).

Aquí, desde un comienzo viene alegando el demandado que existe esa cosa juzgada que proscribe un nuevo pronunciamiento por parte del aparato jurisdiccional del Estado, por razón de lo resuelto en sentencia en firme proferida dentro de ese proceso reivindicatorio que se ventiló entre las Sociedades Promotora del Desarrollo del Huila S.A., Duque Rengifo S. en C. y Compañía Palma Tropical Ltda., antes Duque de Ospina e hijos y Cía S. en C. y el demandado, algo que, penetrando en ese pronunciamiento, no puede predicarse de ninguna forma; y todo porque si los límites de la institución involucran aquello de la identidad de partes, objeto y causa, es evidente que un enjuiciamiento en que no concurre una o varias de esas contenciones, difícilmente puede considerarse cosa juzgada, pues resultaría dando de mano con el principio en sí.

Si la reivindicación anterior se frustró, según se aprecia de las consideraciones expresadas en ese fallo de 31 de julio de 2014 dictado por esta Corporación, porque *“todo el trabajo de identificación adelantado en el proceso, a partir de la propia inspección judicial, intervención del demandado y labor de los peritos, se hizo omitiendo el acto de generación de un nuevo inmueble, desmembrado de ‘El*

Iniciador' de 42 hectáreas y 6.630 mts, de la apertura de un folio de matrícula inmobiliaria que radicó al momento de su creación el dominio de aquél en cabeza de Promohuila, del que no se sabe a ciencia cierta a la fecha, quién es el actual titular de su dominio y en qué parte se haya afectado por la posesión del demandado”, es decir, que ésta “podría estar abarcando dos predios distintos y no uno sólo; y frente al nuevo inmueble creado, por la desmembración ocurrida, nada se puede ahora establecer, pues la existencia del folio se ignoró y tampoco se trajo como sustento del reclamo”, mal puede decirse que lo expresado allá comporte un pronunciamiento sobre los supuestos de hecho que se tienen en el presente proceso y, por ende, que constituya una determinación definitiva e inmodificable que impida replantear judicialmente esa pendencia sobre la situación posesoria del demandado.

La jurisprudencia constitucional, analizando un caso muy similar, lo determinó así, denotando que la “*distinción entre cosa juzgada material y formal permite afirmar que no toda decisión de los jueces en una sentencia, resuelve de manera definitiva las cuestiones o asuntos relacionados con esa decisión*”, por modo que mientras “*la cosa juzgada formal admite en algunas circunstancias que un debate no sufra clausura definitiva*”, como cuando “*lo que ha sido materia de controversia implica situaciones susceptibles de alteración en los supuestos de hecho, lo cual amerita y exigen discusión procesal ulterior*”, lo que se dio justamente en el evento respecto del predio Monterrey, a que aludía la decisión, sobre el cual no pudo determinarse en el proceso anterior, si “*correspondía o no al que está en posesión de la demandada, razón por la cual no era posible acceder a la pretensión de reivindicación*”. Sin embargo, “*toda vez que el fallo no se pronunció sobre la existencia o inexistencia del presupuesto de la identidad, tal decisión no puede ser inmutable con relación al derecho del actor a obtener la restitución del inmueble de su propiedad cuando exista certeza sobre la identidad del inmueble con el poseído por un tercero. En otras palabras, toda vez que la decisión no desconoció el derecho de dominio del actor sobre el*

predio ‘Monterrey’ ni tampoco concluyó que este no estaba en posesión de la demandada, el fallo no puede constituir una clausura definitiva respecto de las pretensiones de reivindicación del accionante sobre el predio ‘Monterrey’ del cual tiene el derecho de dominio”, de donde extajo, subsecuentemente, que era imposible aducir la cosa juzgada material por cuenta de esa reivindicación frustrada, una vez se establezca “el presupuesto de la identidad”, pues hacerlo “conduciría a que sentencias que no deciden de fondo una situación jurídica determinada, como la del caso bajo examen, puedan negar de manera definitiva derechos de los que son titulares las personas que acuden a la administración de justicia con el solo fundamento de que no fue posible establecer si los presupuestos o requisitos para la prosperidad de una acción determinada efectivamente existían o no” (Sentencia T-731 de 2013).

A la verdad, siendo la presente hipótesis exactamente igual a la analizada por la doctrina jurisprudencial en el caso en cita, en cuanto que, como ya se vio, la acción de dominio fue decidida adversamente a los demandantes en esa ocasión anterior debido a que no fue posible determinar si la posesión del demandado comprendía dos predios distintos o uno solo, es imposible entonces hablar de cosa juzgada, pues, quierase o no, siempre “*será diferente la desestimación de las pretensiones por encontrar el juzgador que no existe identidad entre la cosa que se reivindica y la que se encuentra en posesión de la parte demandada, a una desestimación que esté fundamentada en que durante el proceso no haya sido posible establecer con certeza si existe o no dicha identidad*” (sentencia citada).

2.- Ahora bien. Sábese porque así lo tiene decantado suficientemente la jurisprudencia, que “*mientras el demandante sea titular del derecho de dominio, se encuentra investido de la facultad de perseguir el bien en poder de quien se encuentre, pues es atributo de la propiedad y facultad del propietario ejercer respecto de aquella el jus persequendi in judicio. De manera que, porque así lo impone la propia naturaleza de las cosas,*

necesariamente ha de afirmarse que, desaparecida la titularidad del derecho de dominio, quien fue propietario pero ya no lo es, carece ahora y desde que dejó de serlo, de legitimación en causa para ejercer la acción reivindicatoria respecto de ese bien” (Cas. Civ. Sent. de 9 de agosto de 1995, exp. 4553); dicho en otros términos: de la “propia índole de la prescripción se desprende que al paso que opera como adquisitiva para quien posee el bien por el tiempo y con los demás requisitos exigidos por el derecho positivo, se va produciendo, en forma simultánea, la prescripción extintiva para quien hasta ahora es el propietario del bien. Es decir, que mientras el uno avanza en pos del derecho de dominio como usucapiente, para el otro se va extinguiendo, al punto que así lo ha consagrado el legislador cuando en el artículo 2512 del Código Civil preceptúa que ‘la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguirse las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales’, norma ésta que guarda estricta armonía con lo dispuesto por el artículo 2538 del mismo Código, en cuanto en él se dispone que operada la prescripción adquisitiva de un derecho, se extingue igualmente la acción para reclamarlo” (Cas. Civ. Sent. de 9 de junio de 1999, exp. 5265).

Lo cual significa que si en el presente caso, el enfrentamiento entre el propietario y el poseedor demandado se trabó medularmente en los efectos del fenómeno prescriptivo de cara a la fuerza que subyace en la acción de dominio, resulta obvio que para salir adelante en esa empresa, el demandado había de acreditar que alcanzó a completar el término suficiente para ganar el dominio del bien por prescripción y, de contera, extinguir el derecho de propiedad del demandante, antes de ser notificado del auto admisorio de la demanda con que dio inicio este proceso.

Sobre lo cual es propio memorar que al desplegar su defensa, el demandado no solo planteó la extinción por prescripción de la acción dominical incoada en

su contra, sino que reclamó para sí la usucapión, por haber poseído el fundo objeto de su aspiración, así: “a) *Las tres primeras hectáreas aledañas a la vía que de Girardot conduce a Nilo, mediante contrato de compraventa de posesión, suscrito el día 15 de mayo de 2003 entre la Inmobiliaria Rodríguez Duque S en C en Liquidación como vendedora y Roberto Zorro Talero como comprador. b) La adquisición de la posesión del terreno y unas precarias mejoras sobre él existentes, en un área de doscientos metros cuadrados (200 Mts²), sobre la vía que de Girardot conduce a Nilo, mediante documento privado suscrito el día 29 de julio del año 2003; entre Laura María Calderos Quimbayo como vendedora y Roberto Zorro Talero como comprador’, metraje en posesión de aquélla que confesó hace parte de las mismas tres hectáreas iniciales que recibió de la Inmobiliaria y, por último, ‘c). El resto del predio por entrega que de la posesión del mismo, la cual se hizo por el ahora demandado en reconvención Gabriel Francisco Duque al hoy demandante en reconvención José Roberto Zorro Talero, mediante un acuerdo verbal y por concepto del pago de unos honorarios de abogado; acto que tuvo lugar a mediados del mes de octubre del año 2004”.*

Con esto dejó en claro que probaría en el decurso del litigio que el inicio de la posesión sobre el área que excede esas tres hectáreas que en su momento le fueron entregadas voluntariamente por la antecesora en el dominio del demandante, algo pacífico en el proceso, está atado a la entrega verbal que le hizo aquél en abono de unos honorarios que le adeudaba por la prestación de unos servicios profesionales que le había hecho.

Mas, aplicado el Tribunal a establecer qué tanto hay en las pruebas que respalde la existencia de ese acuerdo, no ve que en realidad obre prueba de que éste tuvo lugar; todo se quedó en su alegato. Y, ya se sabe, el valor probatorio de las manifestaciones de las partes subyace en aquello que juega en su contra, que no en pos de sí, pues, como es proverbial oírlo, todo cuanto digan a su favor las partes carece de mérito probatorio; admitir lo contrario sería

permitirles esculpir su propia prueba, algo que, por lógica, riñe con los más hondos principios probatorios y de equilibrio procesal; de ahí que sea común oír que nadie, por acrisolado que parezca, puede forjar su propia prueba solamente con su dicho, naturalmente que para traer esa convicción al juzgador debe probar en los términos del precepto 167 del estatuto procesal civil vigente, previsión que simplemente recogió ese antiguo aforismo del derecho clásico según el cual al actor corresponde probar para hacerse a los efectos jurídicos que persigue (Cas. Civ. Sent. de 1º de noviembre de 2011, exp. 2002-00292-01), especialmente cuando, sometida esa versión al tamiz de la sana crítica y la persuasión racional, no viene creíble algo como ello, sobre todo si se tiene en cuenta que habiéndosele hecho una cesión anterior, la que ciertamente se hizo constar por escrito, lo menos que esperárase es alguna inexplicación de por qué esta segunda cesión no se verificó de la misma forma, sino que se hizo de manera verbal, más todavía si ahora aquella involucraba un área muchísimo mayor, y siendo que el propósito de ésta era finiquitar una cuenta por los servicios profesionales que el demandado le había prestado, honorarios cuya cuantía, francamente, no alcanza a imaginarse si es que, como se expone en el proceso, corresponden al trámite de dos procesos judiciales en que el demandado asumió la representación de la familia Rodríguez Duque.

3.- La cuestión, sin embargo, es que al margen de todo esto existen otra serie de circunstancias que, bien miradas, descartan desde todo punto de vista que el demandado haya podido estar en posesión de esas 66 hectáreas que de acuerdo con el certificado de tradición y libertad, tiene el inmueble, deducidas las 3 que recibió en un comienzo, o sobre las 51 hectáreas y 9.000 m² que conforme a lo expresado por la perito designada en el asunto, tiene realmente el fundo. O sea, no es solo la falta de prueba de ese supuesto acuerdo verbal por el cual recibió supuestamente esa área, sino el hecho de que el demandado reconoció en otros escenarios procesales que su posesión no ofrece esas singularidades que postula en el proceso.

Y entre esas veces no puede dejar de contarse la querrela por perturbación a la posesión que presentó contra Andelfo Jaimes Miranda ante la inspección de policía de Ricaurte en 2008, donde hizo ver que éste perturbó la “*posesión quieta, tranquila, pacífica y con ánimo de señor y dueño que he venido ostentando en la parte baja del predio Iniciador Alto, sin perjuicio de las acciones penales*”, aclarando que el predio del cual era “*poseedor hace parte del predio de mayor extensión denominado El Iniciador, que se encuentra ubicado en la vereda El Callejón, sector de Casa Blanca, municipio de Ricaurte (...) el área que tengo en posesión desde el 15 de mayo de 2002 hasta la fecha, se contrae a la parte baja del predio Iniciador Alto, área que se encuentra comprendida dentro de los siguientes linderos ‘Por el norte con el cerro de San Alberto, por el Sur con la carretera que de Girardot conduce a Nilo, por el Oriente con el potrero La Dulce y por el Occidente con la manga de la Ceiba hoy adherida a Piscinas Casa Blanca’*” (folio 45 del cuaderno 1 del proceso reivindicatorio 2009-00150-01), dejando entrever de esa manera que para ese momento no consideraba ostentar señorío sobre el predio de mayor extensión, sino apenas de una porción, concretamente en la parte baja, que es justamente donde se ubican esas hectáreas iniciales que recibió de la Inmobiliaria, cosa que no ha estado en discusión.

Luego está la diligencia de inspección judicial realizada el 31 de agosto de 2010 en el primer proceso reivindicatorio promovido en su contra, donde, preguntado acerca de la forma en que entró en posesión del predio, respondió que la “*primera forma fue el contrato de compraventa de posesión suscrito entre la Inmobiliaria Rodríguez Duque hoy Promotor de Desarrollo del Huila, mediante contrato fechado el día 15 de mayo de 2003, por una cabida de tres hectáreas; la segunda forma, fue mediante la compra de posesión y mejoras que le hice a Laura María Calderón Quimbayo por el área de la vía mediante contrato de fecha 29 de julio de 2003, el cual se encuentra incluido dentro de las tres hectáreas que inicialmente me fueron vendidas y entregadas. El resto del*

área que actualmente poseo, su cabida no está determinada y le corresponderá a señor perito hacerlo, pero dicha área me fue entregada por el señor Gabriel Rodríguez Duque, hermano de la señora María del Pilar Rodríguez Duque en el mes de octubre o noviembre de 2003, como pago a mi gestión por haberlo representado ante sus hermanos en las conversaciones y negocios generados por los diferendos originados con ocasión del reparto de bienes de la progenitora de todos ellos, señora Nohora Duque de Rodríguez. El derecho que me entregó el señor Rodríguez Duque asciende a una cabida aproximada de 27 hectáreas 8.372,84 metros cuadrados que es a lo que corresponde según títulos escriturarios el derecho que tiene la Inmobiliaria Rodríguez Duque hoy Promotor de Desarrollo del Huila sobre el predio El Iniciador; los otros derechos estaban y aún están en cabeza de las sociedades comuneras Duque Ospina e Hijos hoy Palma Tropical, Duque Rengifo S en C.”.

Cierto, esto genera una buena dosis de incertidumbre acerca de cuál realmente es el área a que se refería en ese momento; mas, ello jamás podría explicar de dónde esa diferencia tan grande que existe entre las 27 hectáreas de que hablaba allá, y las que se determinaron en el curso de este proceso, y mucho menos la que se refiere a esa supuesta entrega que se le hizo en octubre o noviembre de 2003, cuando se tiene que en la solicitud que elevó ante la Car el 4 de junio de 2004 para la concesión de aguas, advirtió que sus “derechos los deriv[ó] de un contrato de compraventa suscrito el día 15 de mayo de 2003 por la representante legal de la Inmobiliaria Rodríguez Duque S. en C. en liquidación, como propietaria inscrita del predio, de una parte y de la otra del contrato de compraventa suscrito el día 29 de julio de 2003, suscrito por Laura María Calderón Quimbayo, quien para la época ostentaba la posesión y las mejoras aledañas a la carretera” (folio 53 del cuaderno 1, exp. 2009-00150), sin ninguna referencia a esa entrega posterior a que hace alusión. Obvio, ese silencio allá aclara por qué la concesión que se le otorgó mediante resolución 2727 de 23 de diciembre de 2005, se le dio

únicamente para consumo doméstico, uso pecuario y riego de tres hectáreas de terreno (folios 8 a 10 del cuaderno 3).

Y sobra decir que esa versión coincide muy cercanamente con la que dio al rendir versión libre dentro de la actuación disciplinaria que se promovió en su contra ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, cuando, en audiencia de 3 de septiembre de 2010, relató que “[a]ntes del año 2003 conoció al señor GABRIEL RODRIGUEZ DUQUE, quien junto con sus hermanos, contrataron sus servicios profesionales para representarlo en dos procesos ordinarios declarativos por simulación con respecto a compraventas celebradas entre la Sociedad FLEXICON, donde él era propietario y representante legal, con LA HOSTERIA MATAMUNDO propiedad de sus tres hermanos NOHORA, MARÍA DEL PILAR y MAXIMILIANO RODRÍGUEZ y en ese entonces su difunta madre NOHORA DUQUE DE RODRÍGUEZ, por lo cual adelantó dos procesos ordinarios, en los Juzgados 12 y 38 Civil del Circuito, los cuales fueron conocidos en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, profiriendo decisión en favor de FLEXICON y HOSTERIA MATAMUNDO”; “una vez finiquitados los procesos la familia RODRÍGUEZ DUQUE no tuvo la liquidez para cancelar sus honorarios, por lo cual optaron por hacerle un pago en especie, entregándole la posesión de tres hectáreas de terreno ubicadas dentro del predio el INICIADOR de la vereda Casablanca del municipio del Ricaurte sobre la vía Girardot - Nilo, las cuales tenían todo su frente invadido, por lo cual negoció con la invasora LAURA MARÍA CALDERÓN QUIMBAYO, darle una indemnización para que desocupara la franja aledaña a la vía, es decir el frente de la finca y poder hacer las mejoras a dicha propiedad, lo cual ocurrió entre los meses de mayo a agosto de 2003”; luego, “surgieron entre GABRIEL RODRÍGUEZ y sus tres hermanos diferencias con respecto a los bienes de la sucesión, por lo cual lo asistió en el estudio de titulación del activo de los bienes de su difunta madre, y además intervino frente a sus hermanos como amigable componedor para sanear las diferencias. Concretado el estudio de titulación, ejerció su gestión como

amigable componedor en dos o tres reuniones, pero luego la familia RODRÍGUEZ DUQUE decidió relevarlo de la misma. Agregó que el señor GABRIEL RODRÍGUEZ a finales del año 2003, le indicó sobre la posibilidad de pagar sus servicios con un lote en la ciudad de Neiva, pero él se negó a recibirlo porque le quedaba muy retirado de su domicilio y además ya se encontraba ubicado en la vereda de Casablanca, por lo cual le pidió entregarle la participación de sus hermanos en el predio, petición aceptada por lo cual se le entregaron 27 hectáreas (8.372.34 metros), pero como no era su interés permanecer en indivisión con las otras dos sociedades (DUQUE RENGIFO y DUQUE OSPINA), optó por hacer un levantamiento topográfico, para determinar las áreas de las familias referidas y la familia RODRÍGUEZ DUQUE, ya para ese momento representada por él, pero no en calidad de apoderado sino de propietario del predio”; que fue por eso que a “mediados del año 2004, entregó sendas copias de ese levantamiento topográfico a las tres familias indicando el porqué de la titulación de esas 27 hectáreas, y desde esa época -finales del año 2003- empezó a ejercer actos de señor y dueño sobre el predio EL INICIADOR, pues él era un copropietario más de esa fracción de terreno, por lo cual para el año 2008, cuando el señor LUCAS GALINDO RINCÓN vecino del sector, invadió parte del predio, específicamente el sector donde nacía el agua para toda la finca, dada su calidad de poseedor como copropietario, le solicitó a MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ DUQUE le otorgara un poder para iniciar la acción policiva, pues ella era la propietaria inscrita de la finca”, lo que “provocó la decisión de los hermanos RODRÍGUEZ DUQUE, de desconocer la negociación realizada entre él y GABRIEL RODRÍGUEZ DUQUE cuatro años antes, argumentando falta de facultades tanto suyas como de GABRIEL RODRÍGUEZ, a pesar de haber sido él quien como pago de los dos procesos anteriores le entregó las tres hectáreas del predio el INICIADOR, razón por la cual trató de llegar a un acuerdo negociado con ellos a comienzos del 2008, inicialmente le pidieron \$30.000.000 de pesos, a lo que él accedió, pero no lograron finiquitar el acuerdo, en razón a

la forma de pago, pues él no tenía liquidez para un pago inmediato. Posteriormente le pidieron sesenta millones de pesos, pero ya no accedió” (folios 40 a 42 del cuaderno 3).

Lo cual demuestra de que para ese momento ni alegaba ostentar la posesión sobre todo el terreno, como lo hace ahora, ni mucho menos la tenía; su señorío lo ejercía apenas respecto de una franja, al punto de llegar a sostener que entre él y los propietarios del predio existía una especie de copropiedad.

Señorío que terminó igualmente desmentido cuando en 2006 aceptó el poder que le confirió María del Pilar Rodríguez Duque, representante legal de la sociedad Promotora de Desarrollo del Huila S.A., con el fin de que iniciara contra Lucas Galindo Rincón un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, en virtud del cual, el 14 de enero de 2007, obrando en esa condición de *“apoderado especial y debidamente facultado”*, suscribió con aquél un acuerdo por el cual le cedió parte del predio ocupado y, a su turno recibió *“en favor de la sociedad ‘Promohuila S.A.’*, el predio que poseía (folios 52 a 57 del cuaderno principal), naturalmente que obrar en esa calidad es harto diciente en cuanto a que ese elemento subjetivo en que se desdobra el fenómeno posesorio, le era ajeno. Aceptar un poder para llevar la representación del dueño, no puede leerse más que como el reconocimiento implícito del dominio de ese representado, por más de que ahora se diga que esto fue una *“mera ritualidad para que la acción policiva pudiese instaurarse o proseguirse al devenir de una de las copropietarias inscritas del terreno”* (folio 23 del cuaderno 2, exp. 2009-00150), pues muy exótico resulta que él, un profesional del derecho, argumente de esa forma sabiéndose que la legitimación en las acciones posesorias está no solo en el propietario, sino también en el poseedor, lo que le resta seriedad a ese planteamiento.

Y no solo eso, retomando la idea de las discrepancias en las áreas; a pesar de hablar entonces de 27 hectáreas, al indicar los contornos de ese fundo en la

sobredicha diligencia de inspección judicial practicada en el primer proceso el 31 de agosto de 2010, demarcó solamente 16 Has, 3.105,86 m², cual se desprende de lo así dictaminado pericialmente; y claro, es cierto que las cuestiones que tocan con aspectos puramente jurídicos están reservados de forma exclusiva para el fallador, de modo que las opiniones de los peritos en cuanto concierne a ello son “*inocuas e inanes*”, en cuanto que éstos deben “*ayudar al juez sin pretender sustituirlo*”, como se señaló en la sentencia de casación civil de 17 de noviembre de 2011, expediente 1999-00533-01; empero, en este caso el experto no estaba dictaminando acerca de la posesión del demandado, sino únicamente estableciendo el área y linderos que él mismo especificó en la anotada diligencia como la porción de terreno sobre la que ejercía señorío; nótese, ciertamente, que para hacerse la identificación del área poseída por el demandado, se hizo constar en la diligencia de inspección judicial que ello se haría de acuerdo con las “*instrucciones que para ello efectúe el despacho, el auxiliar de la justicia y el demandado José Roberto Zorro Talero*”, para lo cual se le pidió al auxiliar de la justicia designado “*determinar si el predio que obra como objeto del ‘contrato de compraventa’ y que fuere allegado a folios 40 y 41 con la demanda, se encuentra inmerso o haciendo parte del alinderado en el día de hoy y que fue señalado por el señor demandado en la presente diligencia*” (subraya la Sala), algo de lo que puede deducirse que para ese momento tampoco estaba en el poseedor demandado la convicción de ostentar señorío sobre todo el predio, al igual que lo había dejado explícito en esos otros documentos a que se aludió; y no se diga que al referirse el perito al ‘Iniciador Alto’ denigra de sus conclusiones, porque la división material del predio ‘El Iniciador’ se hizo en 2016, mediante escritura 1500 de 18 de agosto de ese año, pues el proceso da cuenta suficiente de que siempre, desde antes, esa área se denominaba así, al punto que el propio demandado, al intervenir en la inspección ocular practicada en 2008 en esa querella que promovió contra Andelfo Jaimes Miranda, hizo ver “*que la posesión que ostento se contrae únicamente a la parte de la carretera al cerro, conocida como Iniciador Alto*” (subrayado por el Tribunal), algo bastante para creer

que desde mucho antes ‘El Iniciador’ tenía esa denominación.

4.- Así que habiendo aceptado en todas esas ocasiones que su posesión no ocupaba todas esas 66 hectáreas que de acuerdo con el certificado de tradición y libertad tiene en total el predio Iniciador Alto, ni siquiera las 51 hectáreas que se determinaron en el sub-judice, es muy difícil sostener algo distinto, pues con independencia de si a esas atestaciones puede atribuírseles el carácter de confesión, lo cierto es que al expresarse de esa manera ante un funcionario público, un juez, específicamente, y en el marco de un proceso judicial, es más que obvio, quien lo hace no puede desentenderse después de lo que ha dicho cuando se trata de otro trámite judicial o administrativo en que su conducta amerita ponderación; quiérase o no, lo dicho allá sigue pesando en su contra en todos los escenarios donde quiera que el tema se dispute.

Aceptar lo contrario, es cosa que riñe con los principios de lealtad y probidad que deben campean en los procesos judiciales, naturalmente que nada bien hace a la administración de justicia que una persona pueda ir ante los jueces dando versiones diferentes de los hechos, dependiendo de cuál es el que más lo beneficie en ese momento. Y menos en unas circunstancias como las advertidas en este proceso, donde si el propio demandante, con sus palabras, reconoció que su contacto con el predio no era a título de posesión sobre toda la heredad, sino apenas sobre una parte de éste, porción que él dio en indicar en esa inspección judicial en 2010, a ello debe estarse, obviamente, como a propósito lo tiene sentado la jurisprudencia, si *“de las propias palabras de los demandantes se infiere que dicho elemento no existió en un principio, inútil será rebatir tal aseveración con las declaraciones de terceros, pues es apenas natural que éstos no podrán saber más en el punto que la parte misma; los terceros, en efecto, no han podido percibir más que el poder de hecho sobre la cosa, resultando en tal caso engañados por su equivocidad y suponiendo de esta suerte el ánimo contra lo que permite deducir lo que*

fuera expresado por la parte actora; es en el sujeto que dice poseer en donde debe hallarse la voluntariedad de la posesión, la cual es imposible adquirir por medio de un tercero, cuya sola voluntad resulta así, por razones evidentes, ineficaz para tal fin. Así resulta apodíctico que nadie puede hacer que alguien posea sin quererlo” (Cas. Civ. Sent. de 18 de noviembre de 1999, expediente 5272).

5.- La prueba testimonial, por lo demás, no es que aporte mucho a favor del demandado. Los testigos Wilmer Leandro Atuesta Caro, Daniel Roberto Zorro Díaz, sobrino e hijo del demandante, en su orden, Jairo Molina, Orman Callejas Rivera, Norma Constanza Castro Torres y Francisco Javier Castro Vivas, procurando persuadir al juzgador de que, efectivamente, la posesión llegó a manos del actor en 2003, dijeron cosas en sus relatos que bien podrían apuntalar ese pilar del proceso; sin embargo, al confrontarlos con esa serie de circunstancias que se aprecian en el otro orillo de la controversia, no parece consecuente atribuirles ese mérito que en ellos ve el recurrente; y no solo porque la relación de parentesco de que dan cuenta los dos primeros sea bastante para explicar en sus declaraciones cierto y ostensible afán por favorecer los intereses del pretense usucapiente, a lo que se suma el hecho de que Daniel Roberto contaba apenas nueve años cuando su padre inició la posesión, no se advierten lo suficientemente contestes y razonados como para deducir de ellos que el área objeto de posesión tuviera la extensión que se plantea en el proceso. Como, por ejemplo, sucede con la declaración de Orman, quien a pesar de haber narrado que se encargó del cuidado del fundo entre 2004 y 2006 aproximadamente, al referirse al área se refiere a un predio de unas 15 hectáreas, lo mismo que acontece con lo expresado por Francisco Javier, testigo que relató que como agrónomo, colaboró entre 2004 y 2007 con aquél en los cultivos y la plantación, pero solo sobre tres hectáreas; y con todo y que dijo también que desde entonces visita el predio cada 4 o 5 meses, aseguró no conocer a Hermides Castro, algo supremamente extraño, pues de acuerdo con el relato de su hija, Norma Constanza Castro, es quien desde 2006 estuvo administrando el terreno,

por supuesto que esto pone en aprietos la fuerza de convicción que anida en sus relatos.

Lo otro, si Norma Constanza diferencia en su testimonio la parte alta de la heredad, donde se hallan “*los potreros*” y el cerro, con la parte baja de ésta, en que se encuentran “*los frutales, la casa, la bodega, el kiosco, el corral y más corrales*”, vale decir, las mejoras cuya presencia se estableció en las sobredichas tres hectarias que recibió el demandado en los inicios de su posesión, cuál la razón para que la impugnación insista en que el señorío del actor abarcó casi desde esa época un área mucho mayor, sin hacer cuenta, además, de que la prueba testimonial apenas si da razón de actos aislados de su parte, como el pastoreo ocasional de chivos y la remoción del rastrojo y algunas caminatas familiares que se hacían hasta la cima del cerro, actos sin relevancia posesoria, pues de ellos difícilmente puede extraerse ese elemento subjetivo que singulariza el sobredicho fenómeno; nadie niega que bien pueden sumar a la hora de establecer posesión, pues normalmente su ejecución es una manifestación de señorío y la intención de dominio, mas ello no quiere decir que quede excusada de prueba, pues aunque es cierto que “*cercar un predio, sembrar, cosechar, dar pastajes en él, dar porciones del mismo en arrendamiento, etc., son actos cuya ejecución acredita desde luego la tenencia*”, no puede perderse de vista “*que sólo ejecutados con ánimo de dueño constituyen aquéllos –actos de dominio-. Los documentos de arrendamiento, las declaraciones de testigos sobre siembras, cercas y pastajes comprueban la realidad de tales hechos, pero no ese ánimo en quien los realizó*” (Cas. Civ. Sent. de 23 de noviembre de 1945; GJ t. LIX, página 80).

Lo tiene decantado la jurisprudencia, ejercer posesión “*no se trata de actos de mera tolerancia (artículo 2520 del Código Civil), fundados en relaciones de amistad, de condescendencia, de parentesco, de coparticipación o de comunidad, de vecindad, de familiaridad, de benevolencia, de ocasión, o de licencias que otorga el titular del derecho de dominio; todos los cuales no tienen eficacia posesoria,*

por su carácter circunstancial, temporal o de mera cortesía, o por su naturaleza anfibológica o ambigua (posesión propia del heredero y posesión del heredero en nombre de la herencia; posesión en nombre del comunero y posesión del comunero en nombre de la comunidad; posesión propia del socio o accionista y posesión del socio en nombre de la sociedad)”, porque por regla general, “todos esos comportamientos obedecen a meras concesiones del dueño, que no están acompañados de la voluntad de despojarse del dominio en pro de quien se beneficia de tales conductas. Son actos que no revisten el carácter definitivo, público e ininterrumpido o permanente que demanda la posesión; son sucesos que por no entrañar perjuicio para el propietario resultan tolerables; y nótese, cualesquiera engendra ambigüedad, pero realmente no hay desposesión para el dueño” (Casación Civil, Sentencia de 18 de diciembre de 2014, exp. 2004-00070-01), anotación que se hace a propósito pues, se reitera, si en otras oportunidades aceptó que su posesión recaía apenas sobre una porción del terreno, es clarísimo que la única forma que tenía para quitarse de encima el peso de esas afirmaciones, por las que se entendía que ostentaba un título precario sobre esas hectáreas adicionales a su posesión inicial, debía traer al proceso la prueba del momento en que eso cambió. Bien porque por un acto del dueño aquella mudó a la de posesión, ora que en un momento dado se rebeló contra aquél o aquellos, para de ahí poder establecer si su señorío resulta idóneo para extinguir la acción de dominio por prescripción, y adquirirlo subsecuentemente por vía de la prescripción adquisitiva del dominio, quehacer en que, sin duda, fracasó.

6.- A la verdad, si para la época en que medió entre los miembros de la familia en 2005 para que solucionaran las diferencias que tenían entre ellos, ya había admitido, en el trámite del proceso disciplinario que le promovieron, que había tratado “*de llegar a un acuerdo negociado con ellos a comienzos del 2008*”, es incomprensible cómo puede pretender ahora que su posesión es de una época anterior, como si esa contradicción le fuera indiferente o no jugara en su contra, sobre todo porque el

proceso no es un escenario abierto para que cada cual vaya dando versiones distintas de los hechos de acuerdo a su mejor acomodo; no, si reconoció allá que los acercamientos en pos de una negociación fueron en 2008, a eso debe atenerse; y claro, eso no podría calificarse de entrada como el reconocimiento de dominio, pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia, *“no repugna a la lógica que el poseedor de un inmueble pueda proponerse a comprarlo con la única intención de consolidar el dominio sobre el mismo”* (Cas. Civ. Sent. de 9 de octubre de 1996, exp. 5374). Mas, una cosa es que ese intento no implique tal reconocimiento, y muy otra el hecho de que, en un contexto como el que revela el caso, se encuentre una contradicción de tal jaez, desde que, consciente el demandado de que su alegato es huero, vacío, inconsistente y en cierto modo burdo, lo que debe extraer de ello el juzgador es un indicio en su contra, indicio de que ese tema posesorio no es como lo aduce, y que siempre estuvo persuadido de los derechos que como propietarias del fundo les asistía a las sociedades, al punto que, se reitera, nunca hasta entonces trató de disputarles señorío sobre aquél, excepto, claro está, por las tres hectáreas que recibió al ingresar al inmueble.

7.- Más allá, entonces, de que esas discrepancias en las áreas generan muchas dudas acerca de la realidad posesoria, pues decir que lo poseído alcanzaba aquellas 27 hectáreas, calculadas con base en los títulos de Rodríguez Duque S. en C. sobre el predio Iniciador, o admitir, como lo hizo al responder el interrogatorio de parte que le fue formulado en el primer proceso promovido en su contra, que *“el señor Rodríguez Duque me autorizó para tomarlas, pero no se determinaron ni por linderos ni por dimensiones en razón a que como se acotó en respuesta anterior estamos frente a un común y proindiviso”*, son cosas que, decididamente, hacen bastante cuestionable la existencia de una posesión como la que se plantea en el proceso, es claro que si en el citado interrogatorio el demandado reconoció que la supuesta cesión que le hizo Rodríguez Duque no estuvo vinculada a una zona concreta y delimitada del terreno, sino a una hipotética comunidad en

la posesión, mal puede pretender un señorío exclusivo y excluyente sobre las áreas de marras, y menos que una posesión ejercida en esos términos le baste para adquirir el dominio por prescripción.

La posibilidad de prescribir una cosa en común y proindiviso, a propósito, no está proscrita por la ley (artículos 63 Constitución Política, 2518 y 2519 del código civil); mas, evidentemente, el éxito en una empresa con esos fines depende de que esa cuota que busca prescribirse se encuentre cabalmente identificada, ya que lo que puede adquirirse por este modo no es el intangible de un derecho proindiviso o ad-valorem sobre el bien común, sino éste propiamente dicho o una parte singularizada de éste, pues cuando la propiedad es en común y proindiviso, el derecho *“de cada copropietario recae sobre la totalidad (y no sobre una porción determinada) de la cosa común. La parte de cada uno no es, por tanto, una parte material, sino una parte alícuota que se expresa mediante una cifra”*, es decir, *“el derecho de cada propietario recae sobre todas y cada una de las moléculas de la cosa, y en ellas encuentra el derecho de sus copropietarios, en la medida correspondiente a estos”* (Marcel Planiol y Georges Ripert; Tratado elemental de derecho civil; Tomo III; 1ª edición; pág. 238).

Ocurre, sin embargo, que al argumentar su posesión el demandado, que previamente ha admitido que eventualmente la recibió para ejercerla conjuntamente con otros comuneros en ese bien indiviso, no concreta sus actos de señorío sobre áreas específicas de la comunidad posesoria o bien respecto de toda la heredad, como si por efecto de su alegato, bastara con su afirmación para entender que no obstante el reconocimiento de ese antecedente en su posesión, de poseedor en comunidad pasó a ser poseedor exclusivo del fundo, algo inaceptable, todo lo más cuando, adicionalmente, median en esa serie de inconsistencias que desdibujan desde todo punto de vista esa hipotética posesión que se plantea en la defensa y en la reconvención.

En fin, la prueba de la posesión, en lo que sobrepasa las tres hectáreas de marras, quedó en espera, por lo que la solución que ameritaba el litigio no podía ser otra que la de ordenar la reivindicación en todo cuanto las excedieran, incluso de esas otras hectáreas restantes que faltan para completar las 16.3 hectáreas que fueron delimitadas e identificadas en el primer proceso. Conclusión que no se altera por cuenta de lo expresado por los testigos que declararon en el proceso, quienes simplemente, contradiciendo el dicho del actor, aseguraron que su señorío sobre todo el predio databa de 2003 y 2004, a sabiendas de que aquél ya había admitido que esto no fue así, pues en un comienzo su posesión se concretó solo sobre una parte del fundo, de donde, por más que se quisiera darles crédito, esa inconsistencia impediría atenerse a ellos para definir ese aspecto crucial del litigio, menos todavía cuando, inclusive, los testigos oídos en la primera reivindicación, esto es, Lucas Galindo Rincón, Antonio Fonseca Rueda y Andelfo Jaimes Mirada, tampoco serían suficientes en ese propósito, si es que los dos primeros coincidieron en que el ingreso del demandado al predio se dio en relación con las tres hectáreas y que fue ya con el paso del tiempo que empezó a expandirse, sin concretar en ningún momento cuánto tiempo corrió entre esos dos momentos, y el último, por su parte, apenas dijo conocerlo desde febrero de 2008, por lo que, es evidente, de ellos no puede extraerse que por lo menos para el 14 de febrero de 2007, que es la única forma en que podrían tenerse por cumplidos esos diez años a la presentación de la demanda, ya aquél ostentaba señorío de esas otras hectáreas, y en qué proporción, para sobre sus dichos fundar una declaración en tal sentido.

En definitiva, la pretensión usucapiente no ha podido prosperar más allá de esas tres hectáreas a que se aludió, lo que por contrapartida significa que la excepción de prescripción extintiva, cual aconteció con la de cosa juzgada, no podían salir avantes; como ocurre también con la de improcedencia de la acción reivindicatoria, apoyada en que no existe forma de determinar dónde están ubicadas esas tres hectáreas, porque no fueron delimitadas, ni tampoco le

fueron entregadas materialmente, pues, muy por el contrario, esa porción de terreno sí quedó debidamente identificada en el proceso y no es otra que esa en que desde 2003 emprendió la realización de esas mejoras principales del inmueble.

Claro, la perito designada en el presente asunto pudo haberse desorientado un poco al ubicarla, porque uno de sus mojones principales ya no es visible en el predio y fue debido a ello que el juez le pidió remitirse a la ubicación que había quedado definida en el anterior proceso; mas, eso no puede mirarse como una afrenta a los derechos del demandado, como pretende hacerlo ver el recurrente, pues por algo se dice que el juez es perito de peritos, de suerte que el poder persuasivo de la prueba subyace en todo un elenco de circunstancias que, en el plano del litigio, son las que determinan a qué punto amerita ser acogido como fuente de convicción por el juzgador; el auxilio que prestan los peritos a su labor, cual lo tuvo en cuenta el a-quo, no puede entenderse como una suplantación en su función juzgadora, la que tiene sustrato en la función jurisdiccional que ejerce por ministerio de la ley, de suerte que, pretender desconocérsela es a la postre un contrasentido inadmisibles en dichas tareas, especialmente cuando éste obedeció a que ya en ese otro proceso el demandado en la inspección judicial había reconocido no sólo que esas tres hectáreas fueron las *“materialmente recibidas”* por él, sino, además, que aunque *“las mismas nunca han sido ni alinderadas ni amojonadas, sin embargo en aras de la transparencia debo indicarle al despacho que éstas se refieren al área donde están concentradas las construcciones y mejoras de la parte plana donde hoy nos hallamos”* (folio 10 y siguientes, cuaderno 2 de pruebas, exp. 2009-00150), algo suficientemente indicativo de que el juzgador tenía motivos poderosísimos para considerar que esas tres hectáreas se ubicaban allí y no en un costado diferente del predio de mayor extensión, lo que autoriza concluir, entonces, que la reivindicación tenía vía libre.

Lo que impone entonces elucidar lo tocante con el otro motivo de inconformidad planteado en la apelación,

esto es, lo atinente a la buena o mala fe del demandado; en ese propósito, bien hace memorar que la buena fe es “*la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos*” y “*supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla*” (artículo 768 de la codificación civil), apreciación que viene a propósito, pues no es sino explorar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que éste finalmente vino a tomar la posesión de todo el bien, que fue cuando en 2008 les negó todo derecho a los propietarios sobre el inmueble, cual se confesó en la demanda reivindicatoria, para concluir que, en verdad, no puede predicarse buena fe en aquél respecto de ese señorío, pues amén de que su ingreso se le permitió apenas sobre una porción pequeña del terreno y de que seguía prestando sus servicios profesionales a la sociedad Inmobiliaria, al punto de actuar en su representación, furtivamente estaba en el terreno procurando expandir su lote y a pesar de haber alegado con posterioridad que Rodríguez Duque le había cedido 27 hectáreas, entre las que se contaban esas tres iniciales, no solo no logró acreditar su dicho, sino que terminó ejerciendo su poderío más allá, al punto que hubo de reclamarse la reivindicación de todo el predio que en medición excedía mucho más de ese metraje, de donde mal puede aceptarse que en el poseedor existía la convicción de que su permanencia en el bien y la extensión de ese señorío se estaba haciendo por medios legítimos; por el contrario, de ello se desprende que sabía de ciencia cierta que el poder del inmueble estaba en cabeza de esos condóminos y que, por tanto, sin su consentimiento, ninguna autorización le asistía para instalarse en el predio rebasando esa porción que se le había entregado, circunstancia que de suyo desquicia esa buena fe presunta que obra respecto de aquél.

Ahora. Ciertamente, el “*poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir*” (artículo 964 del código civil), propósito en el cual ha de tenerse en cuenta la experticia rendida dentro del proceso, pues así se diga que no debió existir condena en frutos por que se trata de un predio “*enmalezado, selvático*”

y “*sin mejora alguna*”, que por ello no puede producir ningún fruto, especialmente si se atienden las restricciones ambientales que para eso existen, no por ello las cosas son así, pues lo que impera el precepto 964 no es que el poseedor vencido en reivindicación pague los frutos que recibió efectivamente sobre la heredad a restituir, “*sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder*”, previsión que, con poco que se fije la mirada en ella, deja entrever que esas circunstancias en que se basa la perito para tasar los frutos, no carecen de asidero.

Cuanto más si ese tipo de afectaciones, lo que busca es armonizar la conservación ambiental y el aprovechamiento racional por parte de la colectividad, como lo han dispuesto el artículo 47 del código nacional de tránsito y el decreto 2372 de 2010, al punto que cuando un predio está sometido a reserva forestal, lo que implica es que su “*aprovechamiento forestal solo es posible mediante la autorización o licencia por parte de la autoridad ambiental competente. De la misma manera el propietario puede vender el bien a quien esté interesado en adquirirlo para realizar la afectación al interés general. Se trata entonces de una limitación intensa de los derechos del propietario, pero no implica un vaciamiento del derecho de propiedad puesto que el ordenamiento jurídico mantiene un reducto de aprovechamiento económico del bien, bajo la figura de la autorización administrativa*”, con las “*limitaciones, cargas y gravámenes que se derivan de dicho reconocimiento*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sent. de 9 de mayo de 2012, exp. 1993-04137-01 – subrayado no es del texto), no que su explotación esté completamente vedada.

Así mismo, es de verse el poseedor de mala fe no tiene derecho a “*que se le abonen las mejoras útiles*” ni el propietario está obligado a pagar las voluptuarias, sólo le queda el “*derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa*”, ya sean permanentes o que aprovechen al reivindicador, y a “*llevarse*

los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados” (artículos 965 a 967 del código civil), de donde resulta inexplicable que no obstante haber encontrado probada esa mala fe, el a-quo haya procedido al reconocimiento de esas mejoras, aspecto que resulta intangible para la Corporación, pues no habiéndose discutido nada sobre el particular en la apelación formulada por el demandante, se trata de un tema vedado, porque la competencia del ad-quem, como ya se sabe, no es ilimitada, lo que significa que ésta no puede desbordar esos precisos confines de la apelación, naturalmente que “el juez de segundo grado no es libre en la definición de los contornos de su competencia, ni puede concretar sin ataduras ‘qué es lo desfavorable al apelante’, para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no solo por la ley, sino por el acto procesal de parte que le transmite la desazón del litigante frente al fallo” (Cas. Civ. Sent. de 8 de septiembre de 2009, expediente 11001-3103-035-2001-00585-01).

Con todo, es de verse que no cabe razón en esa argumentación, en la medida en que mientras en ese primer proceso la sentencia de primera instancia que finalmente revocó el Tribunal habíase ordenado la reivindicación de todo el terreno, incluidas esas tres hectáreas donde están concentradas las mejoras principales, lo que dio lugar a que se tasaran en \$523’859.718, en este segundo proceso esa zona se declaró de propiedad del demandado, lo que explica esa diferencia; sin contar, además, con que aquí apenas se reconocieron como mejoras de ese resto de terreno la instalación de la cerca de alambre, de la cerca viva, del cultivo de maralfalfa y la adecuación del terreno para la confección de los potreros correspondientes, por valores de \$14’792.235, \$6’769.980, \$3’012.600 y \$54’058.368, en su orden, los que no distan mucho de los tasados en ese primer proceso donde a aquéllos se les dio un valor de \$13’098.000, \$5’358.360, \$4’000.000 y \$67’719.307, respectivamente, lo que implica una diferencia de apenas \$11’542.484 que bien

puede explicarse en la depreciación que éstas han podido sufrir por el transcurso del tiempo, por supuesto que haber transcurrido casi diez años desde su valoración es asunto que puede influir en aquello de su vida útil, por lo que no hay ninguna modificación que deba hacerse en ese sentido.

Queda por dilucidar, entonces, lo concerniente con la protesta que hace el demandante, cuya inconformidad está dada en la circunstancia de que el juzgado haya omitido fulminar la condena en perjuicios no obstante haber declarado impróspera la defensa del demandado; y en ese propósito debe decirse que si bien el artículo 280 del código general del proceso dispone que la *“parte resolutive”* de la sentencia, se *“proferirá bajo la fórmula ‘administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley’; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código”*, ello no quiere decir que en toda sentencia siempre deba existir una condena en perjuicios a cargo del perdedor, pues ello solo acontece en los procesos donde la ley establece una condena preceptiva, como lo hace, a modo de ejemplo, el artículo 443 del código general del proceso, cuando se ha proferido sentencia completamente favorable al demandado que resulte vencedor en las excepciones propuestas en el proceso ejecutivo, de suerte que si para el proceso reivindicatorio ella no se encuentra prevista, razones de sobra hay para sostener que no hay lugar a su reconocimiento.

Sólo resta, entonces, realizar la actualización de los frutos a que fue condenado el demandado, conforme lo establece el inciso 2º del precepto 283 del estatuto general del proceso, sin que ello implique una reforma en perjuicio, pues, al margen de que ambos extremos del litigio apelaron, es claro que en estos terrenos, por mandato del legislador, es ineluctable el correlativo pronunciamiento.

De modo que si para determinar el valor de los frutos el juzgado tuvo en cuenta el dictamen pericial practicado, según el cual podía calcularse para el año 2020 una renta anual de \$7'969.648,46 por el terreno ondulado y de \$4'049.195,96 por el terreno inclinado, que incrementaría con el Ipc, tendríase, realizando la operación aritmética correspondiente, que para el año 2021 el canon mensual sería de \$674.829 y \$342.865, respectivamente, de suerte que por el tiempo que ha transcurrido entre los frutos tasados en el fallo de primera instancia (31 de diciembre de 2020) y la fecha de esta sentencia (3 de septiembre de 2021), esto es, 8 meses, se causaron frutos por \$5'466.114 y \$2'777.207, en su orden, para un total de \$8'243.321, suma que adicionada con los \$109'679.212 de frutos que tasó el juzgado, ascienden a \$117'922.533, lo que así se dispondrá en la parte resolutive.

Como corolario de lo dicho, se impone confirmar la sentencia apelada, pronunciando al que no se aparejará ninguna decisión sobre costas, en cuanto que ni la apelación del demandante ni la del demandado salieron airosas.

IV.- Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Actualizar los frutos que debe restituir el demandado a la suma de ciento diecisiete millones novecientos veintidós mil quinientos treinta y tres pesos (\$117'922.533).

Sin costas del recurso por la razón expresada.

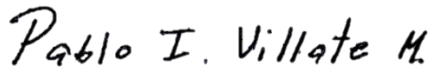
Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión virtual de la Sala Civil-Familia de Decisión de 12 de agosto pasado, según acta número 22.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ



PABLO IGNACIO VILLATE MONROY



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ