



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1427 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS14272002

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL - Régimen legal de los actos y contratos de las que prestan servicios públicos domiciliarios / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen legal de los actos y contratos de las entidades que prestan este servicio

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 DE 1994, o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, artículo 17, parágrafo 1º, estos pueden ser prestados entre otros, por empresas industriales y comerciales del Estado. Las entidades descentralizadas que se trasformaron en empresas industriales y comerciales del Estado modificaron su naturaleza jurídica y, por ende, el régimen legal aplicable, entre otros, en materia contractual, de responsabilidad, presupuestal, de control fiscal y laboral de sus servidores. La ley de Servicios Públicos Domiciliarios consagra el régimen de los actos y contratos celebrados por todas las entidades prestadoras de servicios públicos, independientemente de la naturaleza jurídica del prestador del servicio de que se trate. En consecuencia, la ley de servicios públicos plantea como supuesto general la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos; y la aplicación del derecho público, por vía de excepción, en los casos en que así lo establezcan la Constitución o la ley. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha estudiado ampliamente el régimen de los actos, contratos y hechos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, señalando, al efecto, que con independencia de la naturaleza del ente prestador están sometidos, por regla general, al derecho privado y, por ende, a la justicia ordinaria, salvo las excepciones contempladas en la ley. Entre los actos sujetos al régimen de derecho público, la ley de servicios públicos consagra de manera expresa, entre otros, los siguientes: los contratos en los cuales se pacten cláusulas exorbitantes, los contratos de concesión, y aquellos que se relacionen con los usuarios.

EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen para la enajenación voluntaria de bienes inmuebles, declaratoria de utilidad pública y proceso de expropiación / PROCESO DE EXPROPIACIÓN - Régimen aplicable / ENTIDAD ESTATAL - Regímenes aplicables en trámite de enajenación y expropiación de bienes inmuebles / ENAJENACIÓN VOLUNTARIA DE INMUEBLES - Régimen aplicable a los originados en negociación con empresa de servicios públicos domiciliarios

La adquisición de bienes inmuebles por parte de las entidades estatales, en cualquiera de sus órdenes y niveles, debe estar precedida de una motivación clara y directa relacionada con el cumplimiento de los fines de utilidad pública que les hayan sido confiados. Sin embargo, dicha motivación no conduce a calificar los actos o contratos que se realicen por las entidades públicas dentro de la etapa de enajenación voluntaria de este tipo de bienes como de derecho público, máxime si consideramos para el caso específico, tal y como se expuso antes, que el legislador al determinar el régimen de los actos y contratos y actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, excluyó del control de esta jurisdicción contencioso administrativa, los actos producto de la negociación voluntaria de bienes inmuebles y la responsabilidad derivada de la ocupación permanente de inmuebles de propiedad de particulares. Además y en relación con el tema que se analiza es claro que los actos y contratos producto de la etapa de negociación voluntaria de bienes, como su nombre lo indica, parten de la libre voluntad de los contratantes, quienes en plano de igualdad acuerdan las bases para la celebración de un negocio jurídico que sustancialmente se encuentra regulado por el derecho privado pues, como es bien sabido, el estatuto de contratación estatal no tiene reglas especiales para este tipo de negociaciones adelantadas por ninguna de las entidades públicas y, mucho menos, por aquellas que se ocupan de la prestación de servicios públicos domiciliarios. Si no se llegare a un acuerdo directo prevé la ley, como ya se indicó, el camino de la expropiación, actuación esta sí típicamente pública y, por lo mismo, sometida a las normas del derecho público, pues se trata de la utilización de facultades especiales propias de las entidades públicas en función pública y para beneficio de la comunidad.

OCUPACIÓN PERMANENTE DE INMUEBLES - Régimen aplicable / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Responsabilidad derivada de la ocupación permanente de inmuebles. Régimen aplicable

En el plano de la responsabilidad derivada de la ocupación permanente de bienes inmuebles de particulares por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cabe la misma reflexión realizada en el capítulo anterior, pues si el legislador al regular el tema de los servicios públicos domiciliarios estableció una regla general consistente en la aplicación del derecho privado a los actos de las empresas prestadoras de los mismos, cuyo juzgamiento compete a la justicia ordinaria, y en las excepciones expresas a esa regla no incluyó el evento de ocupación permanente de inmuebles, no le es dable al intérprete hacer modificaciones o ampliaciones de la lista de excepciones señaladas por la ley. En materia de excepciones es sabido que no cabe ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica. Por disposición expresa de la ley de servicios públicos domiciliarios, la excepción solamente cubre los siguientes casos: 1) Los actos producto de procesos de enajenación forzosa de predios (expropiación) y 2) El control de la responsabilidad derivada de la ocupación temporal de inmuebles de propiedad de particulares. A contrario sensu, los actos y contratos producto de la enajenación voluntaria están en la esfera del derecho privado y bajo el control de la jurisdicción ordinaria, así como la atinente a la definición de la responsabilidad derivada de la ocupación

INTERVERSIÓN DE LA POSESIÓN - Concepto / POSESIÓN - Interversión del título. Concepto

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha definido esta figura en los siguientes términos: "La inversión o interversión de la posesión, consiste en la transformación del poseedor en mero tenedor o a la inversa, de este último en poseedor, todo ello partiendo del supuesto que se trata de dos fenómenos entre sí diametralmente antagónicos pues al paso que quienes son poseedores tienen la cosa en concepto de dueño; los simples detentadores la tienen en lugar o a nombre de este. Tratándose de situaciones posesorias forjadas bajo la égida de contratos con posterioridad aniquilados o que pierden su eficacia, vienen ellas a ser sustituidas por relaciones de simple tenencia."

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - Definición de la situación jurídica de inmuebles de particulares ocupados por ésta / **OCUPACIÓN DE BIENES INMUEBLES** - Definición de la situación jurídica de los ocupados por la EAAB / **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** - Definición de la situación jurídica de los inmuebles ocupados por ésta / **BIEN INMUEBLE** - Definición de la situación jurídica de los ocupados por empresa de servicios públicos domiciliarios

Las normas aplicables a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P. en materia de ocupación de bienes inmuebles son las propias del derecho privado. Por consiguiente no le son aplicables las reglas sobre caducidad de las acciones contencioso administrativas sino las normas que regulan las acciones en el derecho privado. Como consecuencia de la aplicación de las normas del derecho privado y teniendo en cuenta para cada caso los hechos, tratativas y circunstancias particulares que rodearon la entrega de cada uno de los bienes, así como la conducta posterior de las partes, pueden iniciarse procesos de pertenencia por la Empresa o, en su caso, excepcionarse en eventuales procesos reivindicatorios de dominio iniciados por quienes reclaman derecho sobre tales bienes y figuran aún inscritos como propietarios de los mismos. En todo caso serán las pruebas que se puedan aportar a los respectivos procesos, las que podrán apoyar las pretensiones de la Empresa y llevar al juez de conocimiento la convicción sobre lo acontecido en cada oportunidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera ponente:

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Bogotá, D.C., julio once (11) de dos mil dos 2002

Radicación número: 1427

Actor: **MINISTRO DEL INTERIOR**

Referencia. Bienes inmuebles de particulares ocupados por la E.A.A.B; situación jurídica.

El señor Ministro del Interior por solicitud del señor Alcalde Mayor de Bogotá, formuló consulta a la Sala sobre la situación jurídica de los bienes inmuebles que habiendo sido de propiedad de particulares fueron ocupados por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - E.A.A.B., por un período de veinte años o más. A tal fin formuló las siguientes preguntas:

1. ¿En estas materias se rige la EAAB ESP por el derecho público, debido a su condición de ente estatal o por el derecho privado por ser empresa de servicios públicos domiciliarios?
2. ¿De estar sometida a las reglas del derecho público, al haber dejado caducar las acciones contencioso administrativas de reparación directa, los titulares del dominio sobre tales inmuebles carecen de acción tendiente a exigir a la Empresa cualquier indemnización incluido el precio, o por el contrario la Empresa debe pagar el precio para obtener el dominio sobre el bien?
3. ¿En el evento de que el dominio se mantenga en cabeza del particular pero la Empresa haya venido ocupando el inmueble de manera quieta e ininterrumpida por un lapso superior al término de prescripción adquisitiva (20 años), ¿Puede la Empresa excepcionar la prescripción ante el juez de conocimiento en un eventual proceso reivindicatorio?
4. ¿Puede la Empresa iniciar procesos de pertenencia para adquirir el dominio de los inmuebles?

En el texto de la consulta se señalaron, en síntesis, los siguientes antecedentes:

ANTECEDENTES

Con el fin de utilizarlos en el desarrollo de varios proyectos y en distintas épocas, la EAAB adelantó negociaciones voluntarias con particulares tendientes a adquirir los respectivos inmuebles, sin que en su oportunidad hubiera sido necesaria ni la declaratoria de utilidad pública ni la facultad de expropiación, pues se obtuvo la entrega directa de los mismos. En tales predios la empresa desarrolló obras, los destinó a los usos propios de la Empresa y, en ocasiones, al uso público.

Sin embargo, en muchos casos nunca se realizó por la entidad el pago completo o parcial del bien respectivo, a pesar de haberlos tenido en algunos casos por más de veinte años; por ello no se realizó el trámite formal y jurídico para transferir la propiedad por lo cual en el Registro de Instrumentos Públicos aparecen como sus titulares aún quienes eran sus propietarios, y quienes han venido insistiendo en que se les ofrezca una solución definitiva cancelándose el precio o la parte que quedó pendiente desde la época de las negociaciones, más las indemnizaciones del

caso, o que se les restituya el bien.

La EAAB ha tratado de sanear la situación sin ocasionar perjuicios a los involucrados pero se ha encontrado con el hecho de que para la fecha actual han pasado más de dos (2) años desde que ocurrió la ocupación permanente de los bienes y el C.C.A., en su artículo 136, preceptúa que la acción de reparación directa caducará a los dos años de ocurrida la ocupación temporal y/o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa y, en estas condiciones, estaría pagando lo no debido y causando un detrimento al patrimonio público, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

Con todo, agrega la consulta, la norma no es lo suficientemente clara pues, por una parte, se refiere a la caducidad de la acción para el pago de las indemnizaciones sin indicar qué ocurre con el precio del bien y, en los casos de ocupación temporal no es necesario pagar el precio; pero, cuando la ocupación es permanente, se pregunta, tendría que pagar el precio del bien?. La norma no señala si el particular conserva la propiedad o derecho de dominio sobre el bien o si lo pierde y si la conserva habría necesidad de proceder a negociarlo con él o a expropiarlo, con pago del precio, pero si ya no tendría derecho alguno al haber dejado caducar la acción administrativa.

De otra parte el Señor Ministro del Interior citó algunos fundamentos legales y jurisprudenciales que, en su criterio, guardan relación con la consulta formulada, así:

- Artículo 1611 del código civil modificado por el artículo 89 de la ley 153 de 1.887, relativa al contrato de promesa.
- Sentencia de octubre 26 de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp 12170
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la C.S. de J. de junio 23 de 2000, exp. 5295
- Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 1.997
- Salvamento de Voto a la Sentencia de enero 21 de 1.999, exp. 15620
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la C.S. de J. de julio 29 de 1.999, expediente No.5074.

En orden a absolver la consulta formulada, debe la Sala advertir que el análisis y las consideraciones generales, así como las orientaciones que pueden formularse a partir de la consulta, no constituyen sino una mera orientación de tipo general y que, en cada caso y para cada bien en particular, deberá realizarse un estudio concreto y específico que permita establecer con toda certeza cuáles son los derechos del Estado y cuáles los de los terceros sobre los bienes inmuebles ocupados y las acciones en cabeza de cada una de las partes. En efecto, deberá examinarse concretamente, la fecha de la negociación, la forma como se adelantó la entrega, las reclamaciones periódicas que en cada caso se han hecho por sus propietarios, las respuestas de la administración, la conducta tanto de la entidad como del interesado, el ánimo con que se ha tenido el bien, etc.; condiciones todas que solo son verificables dentro del análisis particular y documental de cada caso en concreto.

Con este entendimiento sobre el alcance del estudio que se hará, la Sala procede a realizar el análisis de los siguientes aspectos:

1. Régimen legal de los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios.
2. Régimen para la enajenación voluntaria de bienes inmuebles - Declaratoria de utilidad pública y proceso de expropiación.
3. Ocupación permanente de bienes inmuebles.
4. Prescripción adquisitiva de dominio:
Marco legal;
Posesión vs tenencia;
Clases de prescripción adquisitiva o usucapión;
Predios recibidos por la Empresa en virtud de contratos de promesa de compraventa;
La Intervención del título;
Validez del contrato de promesa de compraventa y responsabilidad;
5. Proceso Declarativo de Pertenencia.
6. Proceso Reivindicatorio - excepciones - demanda de reconvención.
7. Acción de Reparación Directa por Ocupación de Inmuebles - Caducidad-
8. Reparación integral del daño por ocupación permanente de inmuebles.
9. Conciliación.
10. Afectación del bien privado al uso público.

1. REGIMEN LEGAL DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO QUE PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 DE 1994, o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, artículo 17, párrafo 1º, estos pueden ser prestados entre otros, por empresas industriales y comerciales del Estado.

Las entidades descentralizadas que se trasformaron en empresas industriales y comerciales del Estado modificaron su naturaleza jurídica y, por ende, el régimen legal aplicable, entre otros, en materia contractual, de responsabilidad, presupuestal, de control fiscal y laboral de sus servidores.

Partiendo del anterior presupuesto, en el estudio del régimen de los actos, hechos u omisiones de las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 por tratarse de norma especial y por ende de aplicación preferente.

La ley de Servicios Públicos Domiciliarios consagra el régimen de los actos y contratos celebrados por todas las entidades prestadoras de servicios públicos, independientemente de la naturaleza jurídica del prestador del servicio de que se trate, en los siguientes términos:

"Ley 689 de 2001. Artículo 3º. Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

"Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

"Párrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

"Artículo 32.- Régimen de Derecho Privado para los Actos de las Empresas.- Salvo en cuanto a la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las Empresas de Servicios Públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por el derecho privado.

"La regla precedente, se aplicará inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

En consecuencia, la ley de servicios públicos plantea como supuesto general la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos; y la aplicación del derecho público, por vía de excepción, en los casos en que así lo establezcan la Constitución o la ley.

Entre los actos sujetos al régimen de derecho público, la ley de servicios públicos consagra de manera expresa, entre otros, los siguientes: los contratos en los cuales se pacten cláusulas exorbitantes los contratos de concesión, y aquellos que se relacionen con los usuarios

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha estudiado ampliamente el régimen de los actos, contratos y hechos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, señalando, al efecto, que con independencia de la naturaleza del ente prestador están sometidos, por regla general, al derecho privado y, por ende, a la justicia ordinaria, salvo las excepciones contempladas en la ley. En la sentencia de la Sala Plena S-701 del 23 de septiembre de 1997, dijo la Corporación:

"En otros términos, los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994.

En conclusión:

"a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que puedan citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art 154 inc 1º). c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción

administrativa (art 31 inc 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartípe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los arts 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el art 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa."

Dentro del marco jurídico descrito y para los efectos de la consulta que se absuelve, es relevante analizar el alcance del artículo 33 de la ley de servicios públicos, en el cual se señala expresamente la competencia de la jurisdicción contenciosa para revisar la legalidad de los actos administrativos que expidan, así como para establecer la responsabilidad por acción u omisión producto de la negociación forzosa o expropiación y para definir la responsabilidad y la consiguiente indemnización en los casos de ocupación temporal de los bienes inmuebles requeridos para la prestación de los servicios. Dispone la norma:

"Facultades Especiales por la Prestación de Servicios Públicos.- Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

Sobre el particular la Sección Tercera de esta Corporación en diversas Sentencias, definió el tema de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa derivada de la norma del artículo 33 transcrito, y al efecto, expuso:

"Ante todo, es menester dejar sentado como punto de partida que, a partir de una lectura integrada de los artículos 32 y 33 de la ley 142, esta Corporación ha entendido que solamente los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, derivados del ejercicio de los derechos y prerrogativas conferidos por la ley para el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres y la enajenación forzosa de bienes, son justiciables ante esta jurisdicción, es decir que todos los que tengan lugar en escenarios diferentes a los enunciados, deben ser conocidos por la justicia ordinaria por regla general.

En igual sentido se encuentra la sentencia de la misma Sección del 27 de enero de 2000:

"De otra parte, el artículo 33 de la ley 142 pretende definir cuáles actos, hechos u omisiones realizados por las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios corresponde conocer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Allí se mencionan aquellos actos expedidos en ejercicio de los derechos y prerrogativas que la propia ley 142 u otras anteriores confieren para los siguientes aspectos:

Uso del espacio público

Ocupación Temporal de inmuebles

Promover constitución de servidumbres o

La enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio.

"b.- La ocupación temporal de inmuebles es una actuación puramente material que en estricto sentido tampoco da lugar a la producción de actos administrativos por parte de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios y en el evento de que estos se requieran, deberán solicitarse a la entidad correspondiente o al municipio.

"d.- En cuanto a la enajenación forzosa o expropiación de los bienes que requieran las empresas para la prestación de los servicios públicos, lo dispuesto por el artículo 32 de la ley 142 de 1994 debe interpretarse en armonía con el artículo 116 de dicha ley. El vacío que dejó la ley 142 de 1994 en cuanto no facultó a las empresas de servicios públicos domiciliarios para impulsar el proceso de expropiación y por consiguiente, producir el acto administrativo que determine de manera particular y concreta el bien que se ajusta a los motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley, debe ser llenado con las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 que confieren esa facultad además a las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores.

"Sería por tanto este el único caso en el que algunas empresas de servicios públicos domiciliarios -no todas- podrían proferir actos administrativos que como tales estén sujetos al control de la jurisdicción."(artículo 82 C.C.A).

Es claro, entonces, que la jurisprudencia ha definido que la regla general en materia de normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es que sus actuaciones se rigen por el derecho privado y que es competente la jurisdicción ordinaria para conocer cualquier controversia relacionada con sus actos y contratos; y por vía de excepción y sobre los temas y casos expresamente señalados, las normas aplicables serán las propias del derecho público y es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para juzgar las controversias que su actuación genere.

De esta forma, a partir de la línea trazada en materia de interpretación de la ley 142 de 1994 por la jurisprudencia de esta Corporación, es preciso analizar si aquellos actos, decisiones y actuaciones producidas dentro de la etapa de enajenación voluntaria de bienes inmuebles que requieren las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios están, desde la perspectiva del derecho sustancial, sometidas a las reglas del derecho privado y al control de la jurisdicción ordinaria o si, por el contrario, lo están a las reglas del derecho público y a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y si, de otra parte, esta jurisdicción es competente en

materia de definición de la responsabilidad por acciones derivadas de la ocupación permanente de inmuebles o lo es la ordinaria.

2. REGIMEN PARA LA ENAJENACIÓN VOLUNTARIA DE BIENES INMUEBLES - DECLARATORIA DE UTILIDAD PUBLICA Y PROCESO DE EXPROPIACION

El artículo 58 de la ley 388 de 1997 por la cual se modificó la ley 9 de 1989 o ley de reforma urbana, señaló la competencia de las entidades públicas para adquirir bienes inmuebles por enajenación voluntaria o por expropiación; dispuso la norma:

"Artículo 58.- Entidades competentes.- El artículo 11 de la Ley 9 de 1989, quedará así: Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios, podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la ley 9 de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades."

Es decir, la propia ley señaló que podría utilizarse uno de los dos caminos descritos en la norma para la obtención de los predios para el cumplimiento de los cometidos estatales: o por la vía de la negociación directa o, si esta no produce los resultados esperados, por la vía de la expropiación.

Pero de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la misma ley 9 de 1989, la enajenación voluntaria, en todo caso, es una etapa que debe surtirse previamente a la iniciación del proceso de expropiación. Esta etapa puede culminar con la suscripción del contrato de promesa de compraventa del inmueble o de compraventa, caso en el cual, no se utiliza el proceso de expropiación, pues el objetivo se logró por vía directa.

Señaló la ley que, al iniciar un proceso de expropiación debe la entidad correspondiente proferir un oficio en el cual se disponga la adquisición de un inmueble mediante la enajenación voluntaria, en el cual se deben incluir la oferta de compra, el precio y, además, adjuntar el certificado, si a ello hubiere lugar, en que conste que el proyecto al que se refiere se halla dentro del Plan de Desarrollo.

Pero este proceso y requisitos guardan relación directa con los eventuales trámites ulteriores de expropiación, si a ello hubiere lugar y, por tanto, si se halla ánimo dispuesto para la negociación directa, no resultan indispensables a efectos de realizar la compra directa del predio en cuestión.

De otra parte, es claro que los contratos de promesa de compraventa y compraventa de inmuebles que pueden celebrar las entidades competentes, según lo previsto en la ley 9 de 1989, en concordancia con la Ley 388 de 1998, deben estar directamente relacionados con fines de utilidad pública y de acuerdo con los planes de desarrollo territorial respectivos, tal como se lee en el artículo 58 de la ley 388 ya transcrito.

Igualmente, el artículo 60 de la Ley 388 de 1997, consagra:

"Toda adquisición o expropiación de inmuebles que se realice en desarrollo de la presente ley se efectuará de conformidad con los objetivos y usos del suelo establecidos en los planes de desarrollo territorial.

Por su parte, el artículo 10 de la ley 9 de 1989, modificado por la ley 388 de 1997, prevé como motivos de utilidad pública y, por ende, constituyen causa suficiente para iniciar un proceso de expropiación, entre otros, los siguientes:

"Artículo 58.- Motivos de utilidad pública.- El artículo 10 de la ley 9 de 1989, quedará así: "Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara la utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:

d) Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios.

j) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos."

De todo lo anterior resulta claro que la adquisición de bienes inmuebles por parte de las entidades estatales, en cualquiera de sus órdenes y niveles, debe estar precedida de una motivación clara y directa relacionada con el cumplimiento de los fines de utilidad pública que les hayan sido confiados.

Sin embargo, dicha motivación no conduce a calificar los actos o contratos que se realicen por las entidades públicas dentro de la etapa de enajenación voluntaria de este tipo de bienes como de derecho público, máxime si consideramos para el caso específico, tal y como se expuso antes, que el legislador al determinar el régimen de los actos y contratos y actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, excluyó del control de esta jurisdicción contencioso administrativo, los actos producto de la negociación voluntaria de bienes inmuebles y la responsabilidad derivada de la ocupación permanente de inmuebles de propiedad de particulares.

La Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia del 25 de septiembre de 1997, al estudiar qué tipo de actos y contratos se encuentran sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las excepciones consignadas en la ley 142 de 1994, manifestó:

"En estas circunstancias la cuestión se centra en determinar si lo que se demanda está o no encuadrado en alguna situación excepcional prevista por la ley que, por lo mismo, lo haga pasible de enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto la Sala estima acertada la reflexión del señor Procurador Delegado del Ministerio Público, en el sentido de que en el presente caso no se vislumbra que el

memorando acusado responda a una actuación que esté dentro de las excepciones comentadas, o alguna otra, lo cual conduce a que se asuma como enmarcado en la regla general, esto es que se rige por el derecho privado, de donde fuerza concluir que, en efecto, le asiste la razón al ente demandado y al representante del Ministerio Público, en el sentido de que debe declararse la excepción de falta de jurisdicción, por no ser el memorando un acto sujeto al derecho público o sometido, en cuando a las controversias que genere, a la jurisdicción contencioso administrativa.

Además y en relación con el tema que se analiza es claro que los actos y contratos producto de la etapa de negociación voluntaria de bienes, como su nombre lo indica, parten de la libre voluntad de los contratantes, quienes en plano de igualdad acuerdan las bases para la celebración de un negocio jurídico que sustancialmente se encuentra regulado por el derecho privado pues, como es bien sabido, el estatuto de contratación estatal no tiene reglas especiales para este tipo de negociaciones adelantadas por ninguna de las entidades públicas y, mucho menos, por aquellas que se ocupan de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Si no se llegare a un acuerdo directo prevé la ley, como ya se indicó, el camino de la expropiación, actuación esta sí típicamente pública y, por lo mismo, sometida a las normas del derecho público, pues se trata de la utilización de facultades especiales propias de las entidades públicas en función pública y para beneficio de la comunidad.

3. OCUPACIÓN PERMANENTE DE BIENES INMUEBLES

En el plano de la responsabilidad derivada de la ocupación permanente de bienes inmuebles de particulares por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cabe la misma reflexión realizada en el capítulo anterior, pues si el legislador al regular el tema de los servicios públicos domiciliarios estableció una regla general consistente en la aplicación del derecho privado a los actos de las empresas prestadoras de los mismos, cuyo juzgamiento compete a la justicia ordinaria, y en las excepciones expresas a esa regla no incluyó el evento de ocupación permanente de inmuebles, no le es dable al intérprete hacer modificaciones o ampliaciones de la lista de excepciones señaladas por la ley. En materia de excepciones es sabido que no cabe ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica.

En este sentido, la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia del 27 de enero de 2000, expediente No. 16708, al analizar el régimen aplicable en materia de responsabilidad extracontractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios, señaló al estudiar las disposiciones contenidas en los artículos 32 y 33 de la ley 142 de 1993, que:

"Por lo anterior se concluye que por regla general todos los actos, contratos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sean estas de naturaleza privada u oficial en los términos del artículo 17 de la ley 142 de 1994, están sometidos a la justicia ordinaria, salvo las excepciones que contempla la ley y la sentencia S701, proferida por la Sala Plena de la Corporación el 23 de septiembre de 1997. En el presente caso se demanda a la Empresa de Energía del Quindío EDEQ - ESP, por una falla del servicio, la demanda debió ser presentada ante la justicia ordinaria tal como lo establece el artículo 31 de la ley 142, ya que no encaja dentro de aquellos supuestos excepcionales que corresponde conocer a esta jurisdicción.."

Por lo expuesto, estima esta Sala que la hipótesis planteada en la consulta, según la cual, "a partir de la vigencia de la ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos, independientemente de su naturaleza jurídica, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que podría implicar que no le son aplicables las normas propias de las contenciones administrativas sino exclusivamente del Derecho Civil tanto sustancial como procesal", encaja dentro del planteamiento general que se hace en este estudio, pero con la clara y expresa precisión de que las leyes 142 de 1994 y 489 de 1998, establecen excepciones respecto de las cuales deben aplicarse las normas del derecho público y su control es del resorte de la jurisdicción contenciosa.

De esta forma, debe concluirse que por disposición expresa de la ley de servicios públicos domiciliarios, la excepción solamente cubre los casos señalados en las providencias parcialmente transcritas, entre ellos y con relación al tema en estudio, los siguientes: 1) Los actos producto de procesos de enajenación forzosa de predios (expropiación) y 2) El control de la responsabilidad derivada de la ocupación temporal de inmuebles de propiedad de particulares.

A contrario sensu, los actos y contratos producto de la enajenación voluntaria están en la esfera del derecho privado y bajo el control de la jurisdicción ordinaria, así como la atinente a la definición de la responsabilidad derivada de la ocupación permanente de predios.

De otra parte debe destacar la Sala, que el procedimiento de negociación directa utilizado por la E.A.A.B. para obtener la venta de los predios requeridos, en nada contraviene los mandatos legales pues el objetivo parece haberse logrado sin recurrir a procedimientos coercitivos, y, por lo mismo, aún sin haber efectuado la declaración de utilidad pública o de haber iniciado procesos de expropiación de lo cual da cuenta la consulta elevada, su actuación se encuadra dentro de los principios de la ley y el juzgamiento de tales actuaciones está sometido al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria.

4. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO

La Sala considera oportuno consignar algunas reflexiones sobre diversos aspectos relativos al fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio, con el fin de que se pueda determinar la posición jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., respecto de los bienes recibidos anticipadamente y ocupados por ésta durante 20 años o más.

4.1. Marco legal

En primer término es relevante señalar que el fenómeno de la prescripción se regula en el código civil como un modo de adquirir las cosas.

ajenas o extinguir acciones o derechos ajenos por no haberse poseído aquellas cosas o no haberse ejercido estos durante cierto tiempo. Al efecto señala el artículo 2512:

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

De manera expresa el mismo código prevé que esta figura opera a favor del Estado y de las entidades que lo conforman.

"Artículo.- 2517.- Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra de la Nación, del territorio, o de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tiene la libre administración de lo suyo."

La regulación de la prescripción en contra del Estado, ha tenido variaciones en la ley y, en particular, en el Código de Procedimiento Civil, pues no opera para los bienes de uso público, ni para los bienes de propiedad de las entidades de derecho público.

Sobre la filosofía que informa la figura de la prescripción adquisitiva la Corte Constitucional, en Sentencia C-204/01, manifestó:

"Encuentra la Corte que precisamente en desarrollo de las funciones inherentes a la propiedad y, específicamente del carácter social que se le impone, el legislador ha previsto la prescripción como una sanción para el propietario de un bien que lo deja abandonado y como recompensa para el poseedor que decide sacar de él un provecho que no siempre se reduce a su ámbito personal, sino que puede llegar a beneficiar a la colectividad. Sin embargo, en criterio de la Sala, esta doble naturaleza de "sanción" y "recompensa" pone de presente que cuando se fijan los requisitos para la prescripción, confluyen sobre un mismo punto los derechos de dos partes: el propietario de un bien y el poseedor del mismo."

La prescripción adquisitiva sanciona entonces, el descuido, la tolerancia y la negligencia del titular inscrito al no ejercer sus derechos.

De lo anterior, resulta claro que la figura de la prescripción no desconoce el núcleo esencial del derecho a la propiedad y, por el contrario, parte de su función social en un Estado Social de Derecho.

4.2. Posesión y tenencia

El artículo 762 del código civil, establece en el título VII relativo a la posesión, lo siguiente:

"La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él."

Estos dos elementos, el material - posesión física- y el subjetivo o el ánimo de señor y dueño, son los pilares de la figura de la prescripción adquisitiva de dominio. Savigni plantea claramente la diferencia entre la figura de la detentación y la posesión, en los siguientes términos:

"La posesión consiste en el corpus o control físico de la cosa, y la intención de tenerla. La mera intención de tener la cosa es la detentación, y no la posesión. La posesión requiere de un animus possidendi, o intención de tener por sí mismo, que equivale a un animus domini o intención de tener la cosa como señor y dueño."

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado sobre el fenómeno de la prescripción adquisitiva o usucapión en numerosas providencias. A título ilustrativo se citan algunos pronunciamientos, tales como:

Sentencia del 16 de marzo de 1998:

"La posesión, definida por el artículo 762 del C.C. como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño", está integrada, según los alcances de esa norma y la interpretación que de ella ha hecho la jurisprudencia de esta Corporación, por un elemento externo consistente en la aprehensión física o material de la cosa (corpus), y por uno intrínseco o psicológico que se traduce en la intención o voluntad de tenerla como dueño (animus domini) o de conseguir esa calidad (animus rem sibi habendi) que por escapar a la percepción directa de los sentidos es preciso presumir de la comprobación plena e inequívoca de la existencia de hechos externos que le sirvan de indicio; elementos esos (corpus y animus) que el prescribiente ha de acreditar fehacientemente para que la posesión, como soporte determinante que es de la prescripción, tenga la virtud de producir, sumada a los otros requisitos legales ya enunciados, el derecho de propiedad del usucapiente, independientemente de la actitud adoptada por los demandados frente a la pretensión judicial que así lo pida declarar."

Sentencia 146 del 29 de agosto de 2000. Sobre el ánimo de señor y dueño como elemento de la posesión, expresó:

es decir que requiere para su existencia de los dos elementos, el animus y el corpus, esto es, el elemento interno, psicológico, la intención de ser dueño, que por escapar a la percepción directa de los sentidos es preciso presumir de la comprobación plena e inequívoca de los actos materiales y externos ejecutados continuamente y por todo el tiempo que dure la posesión y que constituyen la manifestación visible del señorío, de los que puede presumirse la intención o voluntad de hacerse dueño, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, y el elemento externo, la detención física o material de la cosa. Estos elementos deben ser acreditados plenamente por el prescribiente para que esa posesión como presupuesto de la acción, junto con los otros requisitos señalados, lleve al juzgador a declarar la pertenencia deprecada a favor del actor.

"Por otra parte, tanto las leyes, como la jurisprudencia y la doctrina, en forma unánime han reiterado que, en relación con las cosas, las personas pueden encontrarse en una de tres posiciones, cada una de las cuales tiene diversas consecuencias jurídicas e igualmente le confiere a su titular

distintos derechos subjetivos. Estas posiciones son: 1) Como mero tenedor, cuando simplemente ejerce un poder externo y material sobre el bien reconociendo dominio ajeno (art. 775 C.C.). 2) Como poseedor, cuando, además de detentar materialmente la cosa, tiene el ánimo de señor y dueño y quien, de conformidad con el artículo 762 del código citado, es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. 3) Como propietario, cuando efectivamente tiene un derecho real en la cosa, con exclusión de todas las demás personas y que lo autoriza para usar, gozar y disfrutar del bien dentro de la ley y de la función social que a este derecho corresponde (art. 669 C.C.).

"De lo expresado anteriormente se concluye que el elemento que diferencia la tenencia de la posesión es el animus, pues en aquella, quien detenta la cosa no tiene ánimo de señor y dueño, y por el contrario, reconoce dominio ajeno, mientras que la posesión, como ya se dijo, requiere de los dos elementos, tanto la aprehensión física del bien como la intención de tenerla como dueño."

En consecuencia, el Estado o una de sus entidades debe tener la calidad de poseedor en los términos previstos en el código civil, para que pueda reclamar u opere en su favor el fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio, esto es, que haya poseído el bien inmueble durante el tiempo señalado en la ley, con ánimo de señor y dueño, y sin reconocer un mejor derecho de terceros.

4.3. Clases de prescripción adquisitiva o usucapión

El legislador consagró dos formas de prescripción adquisitiva de dominio: la prescripción ordinaria frente a la posesión regular y la extraordinaria para la posesión irregular, siendo esta última, en contraposición con la primera, una prescripción de largo tiempo que no requiere de buena fe en la adquisición o toma de la posesión, ni justo título. Al respecto, esta Sala en Concepto No. 697 del 28 de junio de 1995, expresó:

"En el evento de que la prescripción tenga la modalidad de adquisitiva, puede ser ordinaria o extraordinaria. Si es extraordinaria, está sujeta a la comprobación en el proceso judicial de pertenencia de los requisitos que la estructuran: posesión material en el usucapiente; que el bien haya sido poseído durante veinte años; que la posesión se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida, y que el bien o derecho sobre el cual se ejerce la posesión, sea susceptible de adquirirse por prescripción."

Como quiera que de los supuestos de hecho que se relatan en la consulta, no se evidencia la existencia de justo título, entendiendo por tal, aquel que resulte apto para transferir el dominio, que otorgue a la empresa el carácter de poseedor regular cobijado por la prescripción ordinaria, el análisis que hará la Sala girará en torno de la prescripción extraordinaria, pues la entrega de los bienes inmuebles a la E.A.A.B., se realizó de manera voluntaria y con base en actuaciones fundadas por las partes en el ánimo de realizar una negociación jurídica o contrato pero sin llegar a perfeccionarlo, esto es, sobre actuaciones preliminares o precontractuales.

Con base en los aspectos tratados hasta el momento, se puede entender que en principio, la empresa cumpliría con los requisitos materiales señalados en la ley para adquirir el bien por prescripción puesto que: a) ha poseído predios de particulares de manera tranquila, pública e ininterrumpida por veinte años o más. y, b) ha ejecutado actos materiales que harían presumir su carácter de señor y dueño durante el tiempo señalado en la ley, los cuales se han traducido en la ejecución de obras e incorporación de dichos bienes al uso público o a la actividad propia de la empresa.

No obstante lo anterior, el eventual reconocimiento que la Empresa puede haber hecho durante este tiempo de un mejor derecho en cabeza de los terceros propietarios, así como el hecho mismo de que hable de la ocupación permanente de los predios, en sentir de la Sala, podrían desvirtuar la presencia del elemento subjetivo necesario para que una persona adquiera la calidad de poseedora, con los derechos y acciones que de ello se derivan.

Es por ello por lo que la conducta asumida por las partes involucradas en cada caso tiene que someterse a una estricta evaluación, pues si permanentemente se han mantenido contactos y conversaciones encaminadas a negociar o a finiquitar las negociaciones sobre los predios entregados voluntariamente, dilatándose dicha negociación en el tiempo por razones imputables a la entidad o abusando de su posición frente al particular, en concepto de esta Sala, la empresa no estaría legitimada para adquirir el bien por vía de la prescripción. Recuérdese que la filosofía de la prescripción busca sancionar al propietario que deja abandonado su predio o es negligente en el ejercicio de sus derechos y en la hipótesis anterior, no existiría tal abandono, por lo cual podría estarse ante el hecho cierto de que, a pesar de sus gestiones, el propietario se encontró ante la infranqueable barrera de la imposibilidad de obtener el precio del negocio o la devolución del predio, conductas ambas atribuibles a la entidad.

Sin embargo, en concepto de la Sala, no todo tipo de "acercamientos" implican per-se un reconocimiento de un mejor derecho en cabeza de terceros, y por lo tanto, la empresa, y en su momento el juez competente, deberán apreciar las actuaciones obrantes en cada expediente y para cada caso especial.

Naturalmente, es preciso que la entidad en todo caso, haga la verificación de la titularidad de quien actúa ante ella, como propietario, a fin de establecer su derecho, las sucesiones que puedan haber ocurrido, etc.

La importancia de las pruebas en los procesos declarativos de pertenencia, y la diligencia y cuidado con que éstas deben apreciarse, ha sido reconocida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, en sentencia No.005 del 15 de marzo de 1999, proceso 5090, publicada en la Gaceta CCLVIII No.2497, expresó:

"Cuando la doctrina jurisprudencial predica que los elementos esenciales para adquirir el derecho real de dominio o propiedad por el modo de la prescripción adquisitiva, son ¿la posesión material sobre cosas cuyo dominio sea susceptible de ganarse de este modo y que ininterrumpidamente se haya conservado por espacio de veinte años, es claro que se refiere a la posesión material, vale decir a la verdadera y

única posesión que como fundamento de la usucapión es admitida por el ordenamiento civil ¹, lo que por ende implica aludir a un estado de hecho que, ¿¿ ha de juzgarse con el mayor esmero para la determinación general de su entidad propia y la aplicación de las normas a las circunstancias específicas de cada coyuntura, con el necesario deslinde entre la figura en cuestión y las relaciones afines¿¿. (¿), diferencia esta última que frente a las particularidades concretas de cada caso, habrá de establecerse con exactitud en tanto se tenga presente que la posesión de la que se viene haciendo mérito, debe ser el reflejo inequívoco de un poderío efectivo sobre una cosa determinada que, por imperativo legal (C. C., art. 762), tiene que ponerse de manifiesto en una actividad asidua, autónoma y prolongada que corresponda al ejercicio del derecho de propiedad pues dicha posesión, la que por ser en concepto de dueño es hábil para ganar el dominio por efecto de la prescripción es ante todo un hecho cuya existencia como fenómeno, no está por demás recordarlo una vez más ¿¿debe manifestarse también por una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestran su realización y el vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer.

los medios probatorios aducidos en proceso para demostrar la posesión, deben venir, dentro de las circunstancias particulares de cada caso, revestidos de todo el vigor persuasivo, no propiamente en el sentido de conceptuar que alguien es poseedor de un bien determinado, pues esta es una apreciación que sólo al juez le compete, sino en el de llevarle a este el convencimiento de que esa persona, en realidad, ha ejecutado hechos que, conforme a la ley, son expresivos de la posesión, lo cual, por supuesto, ha debido prolongarse durante todo el tiempo señalado en la ley como indispensable para el surgimiento de la prescripción adquisitiva del dominio, sea esta ordinaria o extraordinaria.

"Con apoyo en esos hechos, al juez debe quedarle nítidamente trazada la línea divisoria entre la posesión y la mera tenencia puesto que, al fin y al cabo, y sin embargo de que externamente sea percible cierto paralelismo, que no confluencia, entre las manifestaciones de una y otra, de lo que se trata es de que aquel encuentre que en la primera, quien la hace valer, ha tenido con el bien objeto de la misma un contacto exclusivo, vale decir, no supeditado a la aquiescencia o beneplácito de otro, para que por tal vía pueda llegar a la conclusión que el suyo ha sido el comportamiento característico del propietario de la cosa". F.F.: art. 762" del C.C."

Sobre las actuaciones de las partes dentro de la etapa precontractual y la responsabilidad de las mismas, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de la Sala de Casación Civil del 23 de junio de 2000, expediente C-5295, señaló:

Pero si no obstante el camino recorrido para llegar al acuerdo de voluntades, el contrato o el pacto preparatorio de contratar finalmente se frustra, la ley exige a quienes se contactan ajustar su conducta a los postulados de la buena fe, al prescribir que las partes "deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."

"Responsabilidad que ha dicho la Corte, impide que "una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño que aquélla otra cuyo interés ha sido solicitado por ella", porque una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa in contraendo) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose. Traduce esto, dijo en otra oportunidad esta Corporación, "que cuando alguien abusa del derecho de no contratar, es preciso pasar de largo ante tan cimero postulado de la libertad que se tiene para contratar y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, la que por tener su génesis en el camino cumplido para llegar a un contrato que finalmente no se produjo, ha dado en denominarse responsabilidad precontractual."

Adicionalmente, la ocupación permanente de bienes inmuebles con motivos de trabajos públicos, de ninguna manera puede convertir al ocupante en poseedor, pues éste carece de ánimo de señor y dueño, indispensable para adquirir por prescripción adquisitiva un bien.

En este sentido, se pronunció la misma Sala de Casación Civil en Sentencia 044 del 25 de junio de 1996, proceso No.4546:

"Este argumento del tribunal, también resulta errado pues no es la calidad o cantidad de una construcción la que determina la "ocupación permanente con motivo de una obra pública". Esta surge sin lugar a dudas cuando el ente público o el particular encargado de ejecutar una obra pública realiza construcciones o cualquier otro trabajo material sobre un bien inmueble que no es de su propiedad, teniendo como objetivo el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, pues esa debe ser la finalidad de la actuación administrativa, al tenor del artículo 2 del Código Contencioso Administrativo. Con todo, el concepto de ocupación permanente con motivo de utilidad pública, propio del derecho administrativo, resulta excluyente del estado de hecho de la posesión que aquí se controvierte, pues mientras que en el primero para nada juega el ánimo domini de la administración, en este último es factor tipificante. En otras palabras, las construcciones que en un predio ajeno implante la administración pueden dar lugar a una "ocupación temporal con motivo de obra pública", o constituir una expresión material de la tenencia y el ánimo de señor o dueño, que son los elementos que estructuran la posesión en el sistema romano acogido en el artículo 762 del Código civil."

4.4. Predios recibidos por la empresa en virtud de contratos de promesa de compraventa

Dado que en la consulta se afirma que la entrega voluntaria de algunos predios por parte de los particulares se efectuó en virtud de contratos de promesa de compraventa, la Sala procederá a registrar las posiciones asumidas por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en torno a la calidad de poseedor o tenedor del promitente comprador.

Para lograr una mayor comprensión del tema, se transcribe el cargo formulado por el recurrente y la respuesta de la Sala de Casación Civil en la Sentencia del 25 de abril de 1975:

"Cargo formulado por el recurrente:

"Por un lapso mayor a cincuenta años - expresa el recurrente acerca de esta segunda consideración del fallador - la Corte estuvo sosteniendo que la "promesa de venta de una finca raíz, seguida de la entrega material de la cosa objeto del contrato prometido, no es título de posesión sino una mera tenencia, puesto que el presunto comprador ocupa la cosa prometida reconociendo necesariamente dominio ajeno (XXVIII, 70)", pero en sentencia fechada el 12 de abril de 1958, continúa, se cambió la doctrina tradicional "en forma por demás extraña" no dice en qué se fundó (La Corte) para afirmar que el promitente comprador había recibido el inmueble como poseedor, con el ánimo de dueño y no como simple tenedor." Lo que obligó a uno de los Magistrados a salvar su voto argumentando que la promesa no es título apto para adquirir el dominio, "es manifiesto que el elemento subjetivo de la posesión sigue en quien entrega, pues habiendo reconocimiento de dominio de éste, el ocupante del bien por más que lo pretenda no puede convertirse en poseedor. Agregando, el censor, en corroboración de la tesis del Magistrado disidente, que "tan cierto es que el promitente comprador que recibe el inmueble reconoce el dominio del promitente vendedor, y que así lo ha entendido el legislador que éste lo faculta para demandar a aquél con el objeto, precisamente, de que le haga la tradición del dominio que sigue radicado en su cabeza".

La Corte señaló al decidir el caso:

"Afírmase por el recurrente que la Corte no expresó inexplicablemente, las razones que tuvo para cambiar su tradicional jurisprudencia respecto de la promesa de contrato de compraventa aplicable a la permuta, como prueba de posesión, aunque irregular, por parte del promitente comprador, a quien le ha anticipado la entrega del bien sobre que tal promesa versa. A la Sentencia citada por el recurrente puede, ciertamente, achacársele ese defecto; pero no a otras posteriores. En efecto:

"No se discute que si la posesión y la tenencia tienen un aspecto común, cual es material o corpus; se diferencian específicamente en que en la tenencia ésta se realiza por el sujeto de la misma, "no como dueño" sino en lugar o a nombre del dueño (artículo 775 C.C.), al paso que en la posesión el poderío sobre la cosa se ejerce "con ánimo de señor y dueño", sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que tenga en lugar y a nombre de él (artículo (768 ibídem)

"Pero no es acertado pensar que este ánimo de dueño sólo pueda tenerse, como factor generativo de posesión, cuando se funda en un título que de ser regular sería para la adquisición de dominio. Porque esa intención de señorío y voluntad de portarse como dueño en el inicio de la ocupación de una cosa, constituye una situación subjetiva que podría darse aun en circunstancias en que faltase el título legítimamente de la posesión. Claro es que ésta hipótesis, por no proceder de justo título, la posesión sería irregular, pero no dejaría por ello de estar imperada por el "animus domini" que concurre a darle tal carácter de posesión."

"Tiénesse, entonces que en el caso de la litis, en que las partes por haberlo pactado así, anticiparon desde el principio la ejecución de las prestaciones propias del contrato prometido, la situación del promitente comprador que recibió materialmente la cosa, no era la de quien viniese a tener ésta para el promitente vendedor, sino la de quien entraba a ocuparla por cuenta propia, es decir, con ánimo de señor y dueño, y a la espera de que por aquél se le otorgase la escritura pública de venta, única formalidad faltante en orden al perfeccionamiento del negocio. Vale decir que la situación del promitente comprador era, desde el momento en que la cosa objeto de la venta prometida le fue materialmente entregada, la de un verdadero poseedor, así fuera irregular, porque al recibirla para sí en cumplimiento anticipado de la prevista compraventa, infundió a su tenencia ánimo de señor y dueño.

"Es por esto por lo que la antigua doctrina se la Corte, que consideraba como mero tenedor a quien había recibido la cosa con base en una promesa de compraventa, no tuvo perduración. Y puede verse que, en sentencia de casación de 12 de abril de 1958, la Corte, al estudiar la posición del promitente comprador que ha recibido la cosa, dijo "En realidad N.N. recibió las cosas en posesión material, con ánimo de dueño que es lo que cuenta en esta materia, no como simple tenedor a nombre de otro, y sobre esta base sí puede fundarse la acción de dominio o reivindicatoria."

En el salvamento de voto de esta sentencia se lee:

"Exhaustivamente lo ha dicho la Corte, con fundamento en la perspectiva legal pertinente, que la promesa de celebrar un contrato es hoy, por virtud del artículo 89 de la ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisitos y circunstancias que dicha posición determina.

"Pero ha dicho igualmente, que las obligaciones de la promesa de celebrarse un contrato ni por asomo pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues que unas y otras son completamente diferentes. La promesa de contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido, obligación que es entonces de hacer y no de dar. Y siendo ello así, tratándose como en el caso presente se trata, de una promesa de permutación, quiere decir que los derechos y obligaciones que la promesa como tal encarna no son los mismos que la permuta general genera, esto es que la promesa, salvo estipulación adicional en contrario, no confiere, a ninguno de los promitentes permutantes, título eficaz para adquirir per se, posesión de los bienes que en razón de aquel pacto se entreguen recíprocamente.

"Cuando el promitente adquirente de un bien mueble recibe su tenencia en virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no ha desprendido todavía el promitente enajenante, a quien, por tanto, considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le trasmita la propiedad ofrecida. En tales circunstancias sin desnaturalizar el concepto jurídico de la posesión, no es posible, a mi juicio, atribuirle la categoría de poseedor, pues si se reconoce el dominio ajeno no rebasa el campo de la mera tenencia, a menos que se diga que el animus domini no es elemento esencial de la posesión."

La tesis mayoritaria anterior ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia, hasta hoy; sin embargo, es oportuno anotar que el salvamento de voto en reciente sentencia deja ver que existe aún discusión sobre el tema y que, por lo mismo, podría variarse en algún momento:

"SALVAMENTO DE VOTO

"Referencia: Expediente No. 5374

"Con todo respeto expongo a continuación las razones por las cuales me aparto del criterio de la mayoría:

"1.- Estimo que en el presente caso la demandada en revisión sí incurrió en conducta fraudulenta en el proceso de pertenencia por ella adelantado contra los aquí recurrentes cuando ocultó haber suscrito previamente con ellos una promesa de compraventa en relación con el inmueble usucapido (ella como prometiente compradora), porque en mi opinión de su conducta sí resulta claramente deducible el reconocimiento del derecho de propiedad de esos demandados en pertenencia, hecho que conocido por el Sentenciador hubiese podido variar el resultado de la decisión.

"2.- No obstante que comparto el criterio de la mayoría de mis colegas de Sala en el sentido de que la promesa de compraventa sólo genera una obligación de hacer consistente en la celebración del contrato prometido y que, por ende, no es válido afirmar de manera absoluta que el prometiente comprador adquiere la posesión del bien prometido, no coincido en cambio con la opinión mayoritaria de los mismos cuando plantean que ninguna consecuencia produce en la posesión (anterior a ese acto) que dice tener una persona el hecho de que ésta suscriba como prometiente comprador un contrato preparatorio que verse precisamente sobre el bien que alega poseer, pues considero, por el contrario, que, independientemente de que la promesa otorgue tenencia o posesión, lo cierto es que ella sí desvirtúa para el prometiente comprador aquella posesión, en cuanto ella es muestra indiscutible de reconocimiento del dominio ajeno.

"3.- En mi concepto, pues, sí se estructuró la causal de revisión alegada, y así debió declararse.

Por la trascendencia del tema frente a los derechos de las partes, la Sala estudiará los efectos jurídicos de la aplicación de una y otra tesis.

Para esta Sala, si bien es cierto que la entrega anticipada del bien producto del cumplimiento de una cláusula pactada en ejercicio de la autonomía de la voluntad dentro de un contrato de promesa, le otorgó a la empresa el derecho a ocupar un predio y a ejecutar actos materiales sobre el bien, también lo es que las actuaciones posteriores e inequívocas de la empresa, en las que se reconoce el mejor derecho del promitente vendedor, permitirían desvirtuar la calidad de poseedora de la empresa, muy a pesar de la ejecución de actos materiales y la tranquilidad aparente y pública que ha ejercido en el tiempo.

Si bien la tesis según la cual el promitente comprador es un mero tenedor elimina de plano la calidad de poseedor de la Empresa y excluye, en principio, de la discusión el derecho de la empresa a adquirir el bien por el fenómeno de la usucapión, no hay que perder de vista que por el transcurso del tiempo y la inactividad del promitente vendedor, pudo haber operado la interversión de su título, como se explicará sucintamente a continuación.

5. La interversión del título

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha definido esta figura en los siguientes términos:

"La inversión o interversión de la posesión, consiste en la transformación del poseedor en mero tenedor o a la inversa, de este último en poseedor, todo ello partiendo del supuesto que se trata de dos fenómenos entre sí diametralmente antagónicos pues al paso que quienes son poseedores tienen la cosa en concepto de dueño; los simples detentadores la tienen en lugar o a nombre de este. Tratándose de situaciones posesorias forjadas bajo la égida de contratos con posterioridad aniquilados o que pierden su eficacia, vienen ellas a ser sustituidas por relaciones de simple tenencia."

Frente a la interversión de un título de mera tenencia en posesión, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que no tendría sentido que por esta vía se proteja a un tenedor de mala fe que se revela contra el propietario, lo cual, situaría nuevamente a la empresa, en la posición de revisar sus actuaciones.

Dicho de otro modo, el análisis jurídico de la empresa debe atender los principios de buena fe, justicia, equidad, moralidad y lealtad procesal, que deben informar las actuaciones de las empresas industriales y comerciales del Estado en general, para abocar las demandas de pertenencia que decida instaurar ante la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a la figura de la interversión del título, y su procedencia, la misma Sala de Casación Civil se ha pronunciado en diversos fallos, entre ellos en la providencia de septiembre 15 de 1983, Gaceta Judicial No. 2411 del mismo año:

"No obstante la improsperidad de los cargos, el recurso da lugar a precisar los siguientes puntos doctrinarios: a) Es indiscutible que la ley tolera que el mero tenedor cambie su posición jurídica de tal por la de poseedor, pero es del mismo modo palmario que esta interversión del título no pueda tener la eficacia sino desde el momento en que el tenedor, rompiendo por sí y ante sí todo nexo jurídico con la persona de quien derivaba su título de mera tenencia, se rebela expresa y públicamente contra el derecho de ésta, desconociéndole desde entonces, su calidad de señor y empezando una nueva etapa de señorío ejercido no sólo a nombre propio sino con actos nítidos de rechazo y desconocimiento del derecho de aquel a cuyo nombre con antelación ejercita la tenencia.

de la vida, cualquier día, sustentado solamente en su palabra falaz, pudiera alegar que intervirtió su título de muchos años antes, con el solo argumento de que, desde entonces, dejó de pagar arriendo de lo pagado".

Igualmente en fallo de fecha 29 de agosto de 2000, expediente 6254, dijo:

"De lo expresado anteriormente se concluye que el elemento que diferencia la tenencia de la posesión es el animus, pues en aquella, quien detenta la cosa no tiene ánimo de señor y dueño, y por el contrario, reconoce dominio ajeno, mientras que la posesión, como ya se dijo, requiere de los dos elementos, tanto la aprehensión física del bien como la intención de tenerla como dueño.

"A pesar de la diferencia existente entre la tenencia y la posesión y la clara disposición del artículo 777 del C.C. en el que se dice que "el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión", puede ocurrir que cambie la intención del tenedor de la cosa, transmutando dicha calidad en la de poseedor, por la interversión del título, colocándose en la posibilidad jurídica de adquirir el bien por el modo de la prescripción, mutación que debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del propietario, y que debe acreditarse plenamente por quien se dice poseedor, tanto en lo relativo al momento en que operó la transformación, como en los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, pues para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el bien a título de mera tenencia, que no conduce nunca a la usucapión y sólo a partir de la posesión podría llegarse a ella, si se reúnen los dos elementos a que se ha hecho referencia, durante el tiempo establecido en la ley."

4.6. Validez del contrato de promesa y responsabilidad

Por último, dado que el consultante cita entre los fundamentos legales de la consulta, el artículo 1611 del código civil, derogado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887, el cual establece los requisitos para que la promesa de contratos produzca efectos, la Sala hace las siguientes consideraciones:

- Si la E.A.A.B, como producto de la negociación voluntaria celebró contratos de promesa de compraventa, la validez de tales actos deberá analizarse a la luz de la normatividad vigente en la materia en el momento de su celebración, es decir, que se deberá verificar para cada caso el cumplimiento de los requisitos legales previstos en el artículo 89 de ley 153 de 1887. Esto solo podrá realizarse sobre la documentación existente respecto de cada inmueble.

- Las promesas celebradas pretermitiendo los requisitos legales, no generan obligación alguna en materia contractual.

- Lo anterior no significa que se puedan desconocer los derechos de quien creyéndose promitente vendedor, de buena fe, cumplió anticipadamente con una prestación pactada en un contrato de promesa que a la postre no tuvo efectos por no concurrir los requisitos fijados en la ley.

Adicionalmente, la Sala considera necesario hacer énfasis en que las actuaciones de carácter precontractual de las partes para celebrar un negocio jurídico están regidas por el principio de la buena fe.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de junio de 1989, al respecto ha señalado:

"1.-A propósito de la responsabilidad precontractual la doctrina ha concluido que los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato. De otra parte, también ha considerado la doctrina, que durante el decurso mismo de tales actos, tratos o conversaciones las partes contratantes están ligadas por unas reglas jurídicas tendientes a asegurar una cierta protección contra la mala fe o la ligereza de su contraparte, pues no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido el consentimiento respectivo.; por ello, los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido, solicitado por ella. Por consiguiente se ha admitido por aludida fuente, que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa in contrahendo) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose .

"El actual Código de Comercio, siguiendo muy de cerca las opiniones de la doctrina universal en el punto, estatuye en el artículo 863 que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.", descargando en cada uno de los contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de los varios deberes que pueden integrar el criterio fundamental de la corrección en el tráfico jurídico, a pesar de no estar ligados por vínculo contractual alguno."

5. PROCESO DECLARATIVO DE PERTENENCIA

El artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, establece:

"Declaración de pertenencia. En las demandas sobre declaración de pertenencia se aplicarán las siguientes reglas:

- 1.- La declaración de pertenencia podrá ser pedida por todo aquél que pretenda haber adquirido el bien por prescripción.
- 2- Los acreedores podrán hacer valer la prescripción adquisitiva a favor del deudor, a pesar de la renuencia o de la renuncia de éste.

~~3- La declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que con exclusión de los otros condueños y por el término de la~~
Concepto Sala de Consulta C.E. 1427 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

prescripción extraordinaria, hubiese poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad.

4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público.

5. A la demanda deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella.

6.- En el auto admisorio se ordenará, cuando fuere pertinente, la inscripción de la demanda; se ordenará el emplazamiento de las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien, por medio de edicto que deberá expresar: a) El nombre de la persona que promovió el proceso, la naturaleza de éste y la clase de prescripción alegada. b) El llamamiento de quienes se crean con derecho a los bienes para que concurran al proceso, a más tardar dentro de los quince días siguientes a la fecha en que quede surtido el emplazamiento. c) La especificación de los bienes, con expresión de su ubicación, linderos, número nombre.

7.- El Edicto se fijará por el término de veinte días en un lugar visible de la secretaría, y se publicará dos veces, con intervalos, no menores de cinco días calendarios dentro del mismo término, en un diario de amplia circulación.

8.- Transcurridos quince días a partir de la expiración del emplazamiento., se entenderá surtido respecto de las personas indeterminadas: a éstas se designará un curador ad litem, quien ejercerá el cargo hasta la terminación del proceso.

9.- Las personas que concurran al proceso en virtud del emplazamiento, podrán contestar la demanda dentro de los quince días siguientes a la fecha en que aquél quede surtido. Las que se presenten posteriormente tomarán el proceso en el estado en que lo encuentren.

10.- El juez deberá practicar forzosamente inspección judicial sobre el bien, con el fin de verificar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada por el demandante.

11.- La Sentencia que acoja las pretensiones de la demanda será consultada y una vez en firme producirá efectos erga omnes. El juez ordenará su inscripción en el competente registro.

12. En el proceso no se aplicará el artículo 101.

El proceso de pertenencia descrito es de carácter declarativo, pues procura "constituir el título traslativo de dominio que complementa el modo de adquirir llamado usucapión o prescripción adquisitiva. La legitimación por activa para demandar, está en cabeza del poseedor que quiere ser declarado propietario; sobre este particular la doctrina ha sostenido:

"Legitimación por activa.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 407 están legitimados para demandar las siguientes personas: El poseedor.- Es la persona que ha tenido la cosa, mueble o inmueble que no sea bien agrario, con ánimo de señor y dueño, durante el tiempo previsto en la ley para alegar la prescripción ordinaria o extraordinaria, bien la previsto en el Código civil (arts. 2427, 2428, 2429 y 2531) o en la ley de reforma urbana(ley 9 de 1989, art. 51)."

Como expuso la Sala anteriormente, la evaluación de la actitud de la empresa y de las pruebas obrantes en cada uno de los expedientes de los predios ocupados por ella, darán las bases para determinar si la empresa se encuentra legitimada para solicitar la declaración judicial de pertenencia, y una vez obtenida para inscribir la sentencia en la oficina de Instrumentos Públicos respectiva.

La empresa podría decidir iniciar los procesos declarativos en todos los casos en los que crea satisfacer los dos requisitos legales para adquirir el bien por prescripción extraordinaria. Para ello deberá estudiar previamente los elementos probatorios que puedan llegar a desvirtuar su calidad de poseedor, dejando el debate sobre el eventual reconocimiento del derecho ajeno a la definición de la instancia judicial respectiva.

Iniciar procesos sin haber efectuado el análisis comentado, aunque respetable, no sería jurídicamente la más sana posición frente a la aplicación de los principios de eficiencia, eficacia, lealtad procesal y moralidad que rigen las actuaciones de las empresas industriales y comerciales del Estado, como tampoco frente a la protección del patrimonio público que éstas manejan, dado el despliegue de recursos de índole administrativo, presupuestal y de personal calificado que ello implicaría, los cuales se podrían ver comprometidos si no existe una base suficientemente clara para augurar un éxito en cada uno de los casos.

Queda entonces, como recomendación de la Sala, que la empresa a través de un estudio pormenorizado determine y agrupe los casos que puedan ser similares, a fin de tomar las decisiones más adecuadas a cada uno, pues tal y como se explicó anteriormente, si se ha reconocido un mejor derecho del tercero propietario del predio durante el transcurso de los veinte años o más, no sería de recibo alegar la calidad de poseedor ante la falta del ánimo de señor y dueño, salvo eventos en los que pueda operar la figura de la interversión del título o en los que exista un abandono real del bien, figura a la cual ya se refirió la Sala.

En consecuencia, la dilación de las negociaciones tendientes a finiquitar actuaciones de la empresa en el pasado, no puede servir de título legítimo para adquirir el bien por prescripción, vulnerando los derechos de quienes de buena fe entregaron el bien inmueble a la empresa.

De otra parte, en los eventos en los que se presente un verdadero abandono del bien, de los derechos de los respectivos propietarios, y no exista reclamación administrativa, negociaciones fallidas o prueba del reconocimiento por parte de la empresa de un mejor derecho, habilitarían la iniciación de los procesos declarativos en los cuales se cumpla con los presupuestos básicos y la filosofía sancionatoria de la prescripción. Pero

aún en ese caso, si en el curso del proceso se desvirtúan los presupuestos que llevaron a la empresa a demandar, la conciliación es un mecanismo adecuado para la solución de la controversia.

6. PROCESO REIVINDICATORIO - EXCEPCIONES - DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Dado que la consulta plantea un interrogante sobre la actuación procesal de la empresa frente a eventuales procesos reivindicatorios, la Sala, a partir de los planteamientos hechos a lo largo de este concepto, considera procedente hacer énfasis en el deber de la empresa de fundar sus actuaciones en los principios de buena fe y lealtad procesal.

Ahora bien, como quiera que es posible que el titular del dominio promueva la acción reivindicatoria contra quien presuntamente lo posee, (artículo 946 del Código civil), se hace necesario referirnos a la naturaleza de la acción y los fines que persigue.

La acción reivindicatoria es una acción real, puesto que con ella se busca la recuperación de la cosa y solo de manera subsidiaria la equivalencia de su valor en dinero

El profesor Valencia Zea sobre este tipo de acción, en su obra Derecho Civil, derechos reales, tomo II, página 234, señaló:

"Según el artículo 762, párr. 2º. "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo." Se refiere el texto legal a la posesión en nombre propio o posesión de propietario. Como la acción reivindicatoria por definición se dirige contra el poseedor, dedúcese que el demandado se encuentra por el solo hecho de ser poseedor, amparado por una presunción de propiedad. Mas se trata de una presunción relativa que puede ser destruida cuando otro acredita que él es el verdadero propietario. La acción reivindicatoria se encamina invariablemente a la destrucción de la presunción del artículo 762.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 25 de junio de 1996, en particular sobre la procedencia de la acción en los cuales se hace imposible la recuperación del bien, manifestó:

"Si bien es cierto con la acción reivindicatoria normalmente se persigue la restitución del bien, también lo es, que en algunos casos dicha restitución se hace imposible o difícil y para tal hipótesis el legislador consagró en el artículo 955 del C.C. una especie de "...acción reivindicatoria figurada...", ficta, presunta o por equivalencia; ficción que se puede aplicar de manera analógica, en los casos en que no sea posible ordenar la restitución del bien, por motivos de interés o de utilidad pública (sentencias de 29 de abril de 1978 y 22 de enero de 1980, entre otras), proveídos que recogen lo que desde hace varios lustros ya sostenía esta Corporación. En efecto, en sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales, el 8 de septiembre de 1955, se dijo:

"...cuando un inmueble de propiedad privada ha sido definitivamente incorporado a un servicio público, no debe decretarse la restitución al propietario, para evitar los graves trastornos que la restitución produciría en el normal funcionamiento de los servicios públicos; pero en el bien entendido que esta doctrina no significa ni puede significar un desconocimiento soslayado de la garantía constitucional de la propiedad privada ni entenderse como la consagración de un modo extralegal de adquirir el Estado bienes ajenos por fuera de los cauces legales, sin indemnizar plenamente al propietario. De donde resulta que si el propietario reconocido como tal por la autoridad judicial competente no obtiene la restitución de su inmueble por las razones de conveniencia pública de que se ha hecho mérito, el derecho de dominio en sí mismo lleva implícita la correlativa obligación a cargo del Estado de pagar a aquél el valor del inmueble que se ha incorporado al patrimonio público en las condiciones ya dichas. De este modo, y a juicio de parecer reiterativos, el estudio jurídico de cada caso, conducirá a la empresa a conciliar las pretensiones de la demanda, o a excepcionar y formular demanda de reconvención, cuando el titular del derecho de dominio demande la restitución del bien o su equivalente en dinero.

En el evento en que la empresa con fundadas razones considere que está legitimada para usucapir, deberá no sólo proponer dentro del proceso respectivo la excepción de prescripción extintiva de la acción en cabeza del reivindicante, sino la respectiva demanda de reconvención, pues tal y como lo ha esgrimido la jurisprudencia sobre este tema, por vía de excepción, no es viable reconocer la prescripción adquisitiva.

La Sala de Casación Civil, sobre este tema en Sentencia del 20 de noviembre de 1995, expediente No. 4409, expresó:

"Así las cosas, contrario a los que sostiene la censura, dicha declaración no significa en modo alguno, que el demandado haya adquirido el dominio del inmueble objeto del litigio, sino que se extinguieron las acciones o derechos personales de quien se abstuvo de ejercerlos por un tiempo determinado. Mientras que la excepción constituye un medio de defensa por medio del cual se contradice y ataca la pretensión del demandante a fin de lograr que el juez la desestime, y sólo tiene efectos limitados al proceso cuando se proponga, por la reconvención en cambio, se plantea un nuevo litigio para que se reconozca una pretensión propia autónoma del demandado, que de prosperar produce efecto erga omnes."

7.- ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR OCUPACIÓN PERMANENTE DE INMUEBLES - CADUCIDAD

La Sala hará referencia a este tema en razón exclusivamente de la mención que de él hace la consulta, pues como quedó expuesto, los actos y contratos así como las actuaciones de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en general, y en particular aquellas que presten servicios públicos domiciliarios, está sometidos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo en aquello que expresamente haya sido exceptuado por la propia ley, dentro de las cuales no se encuentra el conflicto derivado de la ocupación permanente de los bienes inmuebles, ni los actos y hechos desarrollados dentro de una negociación voluntaria de bienes inmuebles.

En este orden de ideas, resulta claro, que como este tipo de controversias se rigen por el derecho privado y su conocimiento es de la Jurisdicción

Concepto Sala de Consulta C.E. 1427 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Ordinaria, las acciones tendientes a lograr el resarcimiento integral de los daños y perjuicios derivados de la ocupación permanente de predios son también las propias del derecho privado u ordinarias y, por lo mismo, no son aplicables las disposiciones del C.C.A.

Resultan aplicables al caso, las disposiciones del artículo 2536 del Código civil, en cuanto a la prescripción como medio para extinguir las acciones cuando dispone:

"La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte"

Por su parte, el artículo 2539 del mismo código señala:

"La prescripción que extingue las acciones, ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la demanda judicial".

¿Qué ocurre cuando por actos inequívocos, la Empresa reconoció la obligación y generó expectativas de conciliar su monto, dilatando en el tiempo la posibilidad de negociación por más de 23 años?

En concepto de esta Sala, si bien es cierto, que la acción que tiene el afectado para solicitar la indemnización por los perjuicios causados por la ocupación permanente de su predio, en los términos del código civil, prescribe en 20 años, también lo es que pudo operar la interrupción natural del fenómeno prescriptivo. La usucapión y la prescripción extintiva no son figuras que operen por el simple transcurso del tiempo.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de la Sala Civil y Agraria del 11 de enero de 2000, expediente No. 5208, señaló:

hacer algunas precisiones a manera de rectificación doctrinaria.

"Dentro de los modos de extinguir las obligaciones, ciertamente se encuentra la prescripción (num. 10 del art. 1625 del código civil). Tratase de aquella especie de prescripción que por tener su más acusada manifestación en un hecho extintor, ha dado en llamarse negativa, con lo cual se la identifica plenamente de cara a la adquisitiva que, por contrapartida, denominase positiva.

"Mucho se ha debatido sobre el fundamento moral y jurídico de la prescripción; sobre todo cuando se la ha tomado en su sentido más extendido, y definido como el hallar una razón de que antes se carecía, no más que por el simple ir y venir de los días; esto es, el tiempo fabricando razones. Empero, desde aquí es oportuno subrayar, y esto es lo que justamente hace al caso, que buena parte del embate contra dicha figura desaparece cuando la prescripción se confina al ámbito estrictamente jurídico, porque entonces sus efectos no son obra exclusiva del tiempo. Es menester algo más que ésto; ya no es bastante a extinguir la obligación el simple desgranar de los días, dado que se requiere, como elemento quizá subordinante, la inercia del acreedor. Sí. A la labor del tiempo debe aparecer añadida tal desidia; nótese aquí que la tendencia ha sido la de que los derechos no sean marmóreos y que, antes bien, se muestren con fuerza vivificante acorde con la función social a que naturalmente están destinados, siempre en el bien entendido de que los derechos no son fines en sí mismos considerados, sino medios: procúrase así que muten el estatismo por el dinamismo. En fin, que se manifiesten a través de su ejercicio; razón le asiste a Giorgi cuando dice, con su proverbial maestría, que derecho que no se manifieste equivale a un derecho que no existe, porque "lo cubre el olvido y lo sepulta el silencio de los años". Condénase, así, el no ejercicio de los derechos, porque apareja consecuencias adversas para su titular, ocupando un lugar especial la prescripción.

"Dicho esto, naturalmente se larga la conclusión de que al compás del tiempo ha de marchar la atildada figura de la incuria, traducida en un derecho inerte, inmovilizado, cual aparece dicho en el artículo 2535 del Código Civil. Patentízase así que el mero transcurso del tiempo, con todo y lo corrosivo que es, no es suficiente para inmolarse un derecho.

Por lo tanto, si como resultado del análisis integral de los aspectos tratados, se establece que el propietario o afectado tiene una clara posibilidad de ejercer la acción civil para obtener un pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad de la empresa, considera la Sala, que es más conveniente para ella proceder a finiquitar, tan pronto como fuere posible, la controversia, y llegar por la vía de una conciliación a la negociación de las pretensiones económicas con el afectado. Naturalmente este tipo de conciliaciones lejos de causar un detrimento patrimonial para el Estado (Empresa Industrial y Comercial E.S.P), responden al principio legal de buscar una solución pacífica a los conflictos que pueden fundarse en el enriquecimiento sin causa de la empresa que desarrolló obras en predios ajenos, o les otorgó a los mismos una destinación al objeto de la empresa.

Por último, el hecho que la ocupación se hubiere producido en la época en la que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, hoy Empresa Industrial y Comercial E.S.P., ostentaba otra naturaleza jurídica, no es argumento válido y suficiente para señalar que la acción procedente que tienen los propietarios es la contemplada en el artículo 136 del C.C.A., y la jurisdicción competente es la Contencioso Administrativa, tal como lo ha precisado la Sección Tercera de esta Corporación:

"Respecto de lo dicho sobre la naturaleza que tenía la entidad al momento de los hechos, para efectos de determinar la jurisdicción competente, debe recordarse que tal y como lo dispone el artículo 40 de la ley 153 de 1887, las normas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir; lo cual, impide que la jurisdicción sea definida con base en normas que, al momento de la presentación de la demanda, se encuentran derogadas."

De otra parte, y en aras de aclarar la aparente confusión que existe en el texto de la consulta, en especial en cuanto se refiere con los requisitos señalados en la Sentencia de esta Corporación del 26 de octubre del 2000, expediente No. 12170, para que se configure la responsabilidad objetiva proveniente de la ocupación permanente por trabajos públicos, debe la Sala nuevamente indicar que, en tratándose de ocupación

permanente de bienes inmuebles por empresas industriales y comerciales del estado, las controversias deben resolverse ante la justicia ordinaria y que, por lo mismo, las apreciaciones señaladas por la providencia de la sección Tercera hacen referencia a aquellos casos en los que la ocupación de tales bienes ha sido ocasionada por entidades públicas sometidas a las reglas del derecho público y cuya conducta se juzga por la justicia contencioso administrativa.

Con todo, vale la pena mencionar que cada una de las acciones consagradas en la ley tiene fines diferentes y, por ello, se orientan hacia objetivos diversos; en efecto, la acción reivindicatoria es una acción real que puede impetrar el titular del derecho de dominio, cuya pretensión principal es la recuperación del bien; la acción de pertenencia, es de carácter meramente declarativo y busca que el juez declare la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción; la acción de reparación directa del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es indemnizatoria fundamentada en la responsabilidad extracontractual de aquellas entidades sometidas a sus normas, la cual es de la misma naturaleza a aquella acción que tendría el particular o a quien se le apliquen las reglas del derecho privado, para solicitar la indemnización de los perjuicios a través de un proceso ordinario.

8.-REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO POR OCUPACIÓN PERMANENTE DE INMUEBLES

Expresa el consultante que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se refiere a la caducidad de las acciones, sin indicar qué ocurre con el precio del bien en los eventos de ocupación permanente. "Es claro que cuando la ocupación es temporal y la entidad devuelve el bien no debe pagar ningún precio y si el particular dejó caducar la acción de reparación no tendrá derecho a ningún reconocimiento, pero cuando la ocupación es permanente ¿tendría que pagar el precio del bien?".

Nuevamente debe señalar la Sala que en el caso sometido a su consideración no debe ser analizado a través de las normas propias del derecho público sino por las del derecho privado y sometido a la consideración y decisión de la justicia ordinaria.

Sin embargo, por vía de ilustración, debe decir que cuando puede utilizarse la acción de reparación directa, a través suyo se busca la reparación integral del daño, y que resulta aplicable tanto en los casos de ocupación temporal como en los de ocupación permanente de inmuebles de propiedad ajena para el desarrollo de trabajos públicos o de cualquier otra causa. Por lo tanto, la tasación del perjuicio deberá tener una relación directa con el tipo de daño que se genere.

Sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado frente a la ocupación permanente de inmuebles, esta Corporación en Sentencia de la Sección Tercera, del 10 de mayo de 2001, señaló:

"Corresponde a la especie de la responsabilidad objetiva y se configura probando que una parte o la totalidad de un bien inmueble de propiedad del demandante fue ocupado permanentemente por la administración o por particulares que actúan autorizados por ella. Son por tanto supuestos o elementos de la responsabilidad del estado por ocupación permanente los siguientes: El daño antijurídico, que consiste en la lesión al derecho real de propiedad de que es titular el demandante, quien no tiene el deber jurídico de soportarla; la imputación del daño al ente demandado, por la ocupación permanente, total o parcial, del bien inmueble de propiedad del demandante. El Estado por su parte solo podrá exonerarse de responsabilidad, si desvirtúa la relación causal mediante la prueba de la existencia de una causa extraña tal como la fuerza mayor, el hecho exclusivo de tercero o el hecho exclusivo de la víctima."

Y, en particular frente a la aplicación del principio de reparación integral del mismo, manifestó:

"La indemnización de los perjuicios causados con ocasión de la ocupación permanente de un inmueble debe atender a los principios de reparación integral del Daño. Esto significa que el juez administrativo, ante la prueba de una ocupación permanente por parte de la administración y de los perjuicios causados con aquella, al demandante, no debe limitar su condena al pago del valor del inmueble, con exclusión de otros eventuales perjuicios siempre que resulte probados. En otras palabras, los conceptos de daño emergente y lucro cesante se imponen en el proceso administrativo de reparación directa por ocupación de hecho, siempre que el demandante los haya pedido y acreditado en el curso del proceso. El daño emergente consiste en el precio del inmueble ocupado, y el lucro cesante se traduce en aquellos ingresos que el propietario del inmueble ocupado dejó de percibir como consecuencia de la ocupación del mismo. La indemnización que se ordena en el proceso de expropiación consiste en el reconocimiento y pago adelantado de una cantidad de dinero por medio de la cual el Estado pretende resarcir los perjuicios ocasionados al propietario con la expropiación. Esa indemnización tiene por objeto la reparación integral del daño. Así lo establece el artículo 459 num. 2 del C. de P.C. cuando dispone que en los perjuicios deberá incluirse "el valor de las obras necesarias para restituir las cosas al estado que tenían en el momento de la entrega". Sucede por tanto que la indemnización del proceso expropiatorio, incluye no solo el valor de la edificación, mejoras y predio sino también cualquier otro daño que hubiere sufrido el expropiado o damnificado, como el lucro cesante por arrendamientos dejados de percibir o el valor de las cosechas perdidas si se trataba de un bien cultivado por él mismo, etc. Es por lo anterior que los peritos, que realizan el avalúo de los bienes en el proceso de expropiación (art. 456) deben determinar separadamente la indemnización a favor de los distintos interesados y por los diferentes concepto de daño. El precio a que tiene derecho el titular del dominio afectado con la medida de expropiación corresponde al precio del bien inmueble sustraído de su patrimonio (daño) y a los perjuicios ocasionados con la expropiación que pueden recaer en personas diferentes, como ocurre cuando se afecta a un arrendatario o a un poseedor. La indemnización previa es por ende uno de los elementos esenciales de la expropiación, toda vez que a través de este reconocimiento de perjuicios el Estado legitima su comportamiento y lo ajusta al derecho y a la equidad. Mediante la indemnización se pretende la protección constitucional del derecho de dominio de los ciudadanos, por ello debe comprender todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede indemne en las mismas condiciones en que se encontraba antes de la expropiación. La determinación del valor de la indemnización por expropiación está condicionado por la ley al avalúo practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por la entidad que cumpla sus funciones o por peritos privados inscritos en las listas o asociaciones correspondientes (art. 61 ley 388 de 1997). La Sala concluye que la naturaleza de la

indemnización ordenada en el proceso de reparación directa es igual a la que se dispone en el proceso de expropiación; con ella se pretende resarcir todos los daños y perjuicios sufridos por el demandante con ocasión de la ocupación permanente o de la expropiación, desde la fecha en que se produjeron los perjuicios; esto es, desde la ocupación permanente del inmueble o desde la expropiación del mismo, según el caso. La indemnización, en uno y otro proceso, no comprende únicamente el valor del inmueble ocupado o expropiado. Como quedó dicho, si el propietario pide y demuestra la ocurrencia de perjuicios diferentes, deberán serle reconocidos en la providencia correspondiente."

9. LA CONCILIACIÓN

Dentro de los principios de justicia y equidad que informan el Estado Social de Derecho, no es razonable que se deje la solución de los conflictos al mero transcurso del tiempo, contrariando de esta forma la tan anhelada justicia social y la obtención de los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política.

Con esta premisa, no resulta lógico ni viable que la E.A.A.B., desconozca sus propias actuaciones administrativas a fin de alegar el solo paso del tiempo como argumento que la legitima para la adquisición del bien por prescripción, sin hacer erogación alguna.

Como lo ha dicho la Corte Constitucional, la prescripción adquisitiva sanciona la inactividad del propietario; en los eventos en que no exista tal pasividad, y por el contrario, se evidencie que éste ejerció su derecho a reclamar administrativamente y, que además su reclamación fue admitida por la empresa sin llegar a un acuerdo sobre el monto de la indemnización, en concepto de esta Sala podrá proceder dentro del programa de saneamiento de predios que adelanta la E.A.A.B., a conciliar extrajudicialmente la diferencia.

Lo anterior, en razón a que, de una parte, operó la interrupción de la prescripción extintiva de la acción indemnizatoria del afectado en los términos del artículo 2539 del código civil, y de otra, que no existe ánimo de señor y dueño que pueda convertir a la empresa en poseedora de los bienes ocupados permanentemente.

Concretamente sobre el punto relacionado con la posibilidad que tiene la E.A.A.B., de reconocer a los titulares del dominio el valor del inmueble ocupado, cuando éste ha dejado pasar el tiempo y establecer si los pagos que se realicen constituyen un "pago de lo no debido" y un "detrimento patrimonial" para la empresa; es necesario precisar lo siguiente:

- La caducidad de la acción es un fenómeno propio de las acciones contenciosas;
- La prescripción de la obligación civil deja vigente, en todo caso, la obligación natural.
- La existencia de la obligación natural, si bien no confiere al titular del derecho de dominio a exigir su cumplimiento ante la jurisdicción, parte del supuesto contrario, esto es, del pago de lo debido, que legitima el derecho del acreedor a retener lo que se ha dado o pagado. (Artículo 2314 Código Civil).

De lo anteriormente expuesto, se deduce que al existir una obligación natural como fuente de responsabilidad de la empresa, mal puede afirmarse que el pago voluntario que realice al titular del derecho de dominio se constituiría en un pago de lo no debido.

Sobre la naturaleza de las obligaciones naturales y su finalidad, ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de agosto 25 de 1966 :

"Entre los dos extremos, obligaciones civiles y deberes morales, hay un tipo de obligaciones intermedias, que participan de la naturaleza de las obligaciones civiles en cuanto a sus elementos, y de los caracteres del deber moral en cuanto al hecho de que su cumplimiento no está sancionado por una acción.

"Este tipo intermedio lo constituyen las obligaciones naturales, que son aquellas que no confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación, pero que autorizan para retener lo pagado, una vez cumplidas voluntariamente por el deudor, es decir, no dan acción, pero si excepción para retener el pago una vez efectuado. Por cuanto autorizan para retener el pago voluntariamente efectuado, algunos autores como Ripert opinan que, paradójicamente la obligación natural no se reconoce más que en el momento en que muere con la ejecución voluntaria por que "es en la constatación de su muerte en donde se encuentra la prueba de la vida".

"Las obligaciones naturales son verdaderas obligaciones y como tales se asemejan a las civiles en cuanto a que, como éstas, sus tres elementos, acreedor, deudor y cosa debida, se encuentran determinados; no serían verdaderas obligaciones y la ley no podría llamarlas así, si no reuniesen los elementos indispensables para que generen vínculos jurídicos.

"Pero también se parecen a los deberes morales en cuanto a su cumplimiento, el cual queda al cuidado o la conciencia del deudor, como quiera que el acreedor de la obligación natural carece de acción para exigir el cumplimiento de la prestación.

"Esto es lo que caracteriza fundamentalmente la obligación natural y sirve para identificarla: la carencia de acción para que al deudor pueda exigir su cumplimiento pero la obligación natural existe, como tal obligación, a condición de que en ella concurren todos los requisitos necesarios de las obligaciones civiles, es decir, solo existe a condición de que en ella estén determinados el objeto o cosa debida y los sujetos de la prestación. He ahí la razón para que se considere, generalmente, que sólo hay obligación natural ahí donde existió o pudo existir una obligación civil. Por eso se dice que la obligación natural es una obligación civil desvirtuada, una obligación que pudo subsistir o subsistió como obligación civil, pero que por circunstancias especiales perdió su eficacia jurídica y vino a quedar desprovista de la acción de cumplimiento. Entre nosotros, el artículo 1527 del Código Civil enumera cuatro casos de obligaciones naturales, a saber: a) Las contraídas por personas que teniendo suficiente

juicio y discernimiento son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad; b) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción, c) Las que proceden de actos a los que faltan las solemnidades para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida; d) Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba."

Resulta claro entonces, que la eventualidad de la prescripción de la acción en modo alguno genera la extinción de la obligación natural de la empresa de indemnizar los perjuicios irrogados por la ocupación permanente de los inmuebles de propiedad de particulares.

Igualmente, es válido concluir que la obligación natural, lejos de constituir un pago de lo no debido, generador de responsabilidad fiscal, implica: a) un pago fundado en una obligación que le sirve de causa. b) el reconocimiento de lo debido, y c) la aplicación de un principio general del derecho "el no enriquecimiento sin causa".

Es así como doctrinariamente se destaca el derecho de retención de lo pagado voluntariamente como un efecto de la obligación natural, en contraposición del derecho de repetición que tiene aquel que ha pagado lo no debido por error.

Llama la atención la Sala en el hecho de que precisamente el código civil tipifica dentro de las obligaciones naturales, las nacidas de obligaciones prescritas, las cuales tienen, entonces, un reconocimiento y validez para el derecho; cosa distinta es que "reconociéndolos como deberes morales, solo les confiere eficacia jurídica para el caso de que sean voluntariamente cumplidos por el deudor".

Entonces, si la obligación natural ha sido reconocida como "un instrumento para la moralización del derecho y el deudor o la empresa reconocen o han reconocido un mejor derecho en cabeza de los titulares del derecho de dominio, la conciliación surge como un mecanismo perfectamente válido para zanjar las diferencias existentes entre las partes.

Recuérdese que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial procede en todos los casos en que se presenten diferencias susceptibles de transacción y conciliación:

"Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios."

Las normas sobre conciliación de los conflictos de carácter civil que surjan entre particulares no establecen restricción alguna que impida la conciliación de obligaciones naturales, a diferencia de lo consagrado en la Ley 446 de 1.998, Sección Segunda "de la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa" respecto de las acciones en esta materia cuyo artículo 81 prevé que no habrá lugar a conciliación administrativa prejudicial cuando la correspondiente acción haya caducado.

En consecuencia, estima la Sala que si la empresa a pesar de haber prescrito eventualmente las acciones del titular del derecho de dominio, reconoce la existencia de la obligación de indemnizar al titular del derecho de dominio, puede optar por la conciliación y por esta vía subsanar una situación generadora de enriquecimiento sin causa de la empresa, al incorporar los bienes privados a las obras públicas o a los fines de la empresa.

Por último, el proceso de saneamiento de la propiedad inmobiliaria que adelante la E.A.A.B. deberá estar, en todo caso, precedido del avalúo predial correspondiente, en los términos previstos en las normas vigentes, para garantizar que el precio a pagar por parte de la empresa, a través del mecanismo de la conciliación, sea justo y real.

10. AFECTACIÓN DE UN BIEN PRIVADO AL USO PÚBLICO.

El Estado en general no puede disponer arbitrariamente de la propiedad privada y, por lo tanto, sus actuaciones estarán sujetas a la Constitución y a la ley.

El artículo 58 de la Constitución Política consagra:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. "

En concordancia con lo anterior, las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997, tal y como se expuso en la primera parte de este concepto, consagran los instrumentos para la adquisición y expropiación de inmuebles cuando éstos se requieran por motivos de utilidad pública o interés social.

El artículo 37 de la Ley 9 de 1989, establece en materia de afectación de bienes, lo siguiente:

"Toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta un máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia. La afectación quedará sin efecto, de pleno derecho, si el inmueble no fuere adquirido por la entidad pública que haya impuesto la afectación o en cuyo favor fue impuesta, durante su vigencia. El registrador deberá cancelar las inscripciones correspondientes, a solicitud de cualquier persona, previa

constatación del hecho .

"En el caso de las vías públicas, las afectaciones podrán tener una duración máxima de nueve (9) años.

"La entidad que imponga la afectación o en cuyo favor fue impuesta celebrará un contrato con el propietario afectado en el cual se pactará el valor y la forma de pago de la compensación debida al mismo por los perjuicios sufridos durante el tiempo de la afectación. La estimación de los perjuicios será efectuada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que cumpla sus funciones, en los términos previstos en la presente ley.

"Para efectos de la presente ley, entiéndese por afectación toda restricción impuesta por una entidad pública que limite o impida la obtención de licencias de urbanización, de parcelación, de construcción, o de funcionamiento, por causa de una obra pública , o por protección ambiental."

Lo anterior, para significar que la afectación de un bien inmueble a una obra pública o a la protección ambiental dentro del plan de desarrollo trazado por la administración distrital, en modo alguno faculta a la empresa para apropiarse de los predios afectados sin reconocerle al dueño o titular del derecho de dominio su valor. La afectación fue definida por el legislador como una restricción al derecho de dominio, más no como una patente que le permita, en este caso, a la empresa desconocer los derechos de particulares propietarios.

Como quiera que en la consulta se hizo referencia a la Sentencia No. 29 del 29 de julio de 1999, proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Consulta considera oportuno transcribir en forma completa el texto citado, en aras de precisar su alcance frente a los asuntos consultados.

Como antecedente debe señalarse que la sentencia en comento se profirió dentro de un proceso ordinario de pertenencia adelantado contra una sociedad constructora que cedió un bien para el uso público, en cumplimiento de las normas que gobiernan la actividad urbanizadora. El aparte completo de la providencia, dice:

"Si bien ya se ha dicho que dentro de las particularidades que distinguen los bienes de la Unión de uso público se encuentra la consistente en que la titularidad de los mismos corresponde siempre a una entidad de derecho público, nada impide, empero, que por razones de diversa índole los particulares puedan destinar al uso común bienes que les pertenezcan o construir en ellos vías, parques o edificaciones destinadas a tal fin, caso en el cual, por mandato del artículo 676 del Código Civil, "los puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la Unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes de un territorio... Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares, en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño" (se subraya).

"Significa lo anterior, entonces, que aun cuando, en sentido estricto, los bienes de uso público se caracterizan porque pertenecen a una entidad de derecho público que los asigna al uso común, nada se opone a que los particulares destinen, también, al uso general, bienes que les pertenecen, o que construyan en ellos obras enderezadas a tal finalidad, todo ello, claro está, sin menoscabo de su derecho de dominio o de la posesión que sobre los mismos ejercen, y sin que, obviamente, ese acto de desprendimiento constituya vengano que permita consolidar algún derecho para quienes se sirven de ellos.

"Luego, ha dicho la Corte, los puentes y caminos así como las demás obras, (calzadas, canales, etc.), que se construyan por los particulares a sus expensas y en terrenos de su propiedad, no pasan al dominio de la Nación por el solo hecho de que sus dueños permitan que los habitantes de un territorio puedan libremente transitar, pasear, estacionarse o reunirse en esos sitios. Son éstos actos de mera facultad que de acuerdo con el artículo 2520 del C.C., no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna.

"Por tanto, la sola destinación o afectación de un inmueble de propiedad particular al servicio público, no es ni puede ser título suficiente en favor de la Nación y menos aún de los particulares, que al gozar y usar de tal servicio no ejercitan acto alguno de posesión material.

"Dicho en otros términos, lo que da a un bien el carácter de bien de la Unión de uso público o de bien público del territorio -para emplear una cualquiera de las expresiones de que se vale el inciso 2º del art. 674 del mismo C.C.-, no es solamente su afectación a un servicio público. Es necesario, además, que esa afectación o destinación, decretada por la autoridad, esté respaldada por un título de dominio sobre tal bien y a favor de la Nación misma. Lo contrario constituiría el más franco y absoluto desconocimiento del derecho de propiedad"

Aunque los argumentos de hecho que sirvieron de fundamento a la sentencia citada parten de supuestos distintos toda vez que la afectación de los bienes a las obras públicas o a los fines de la E.A.A.B. no fue, precisamente, el producto de la mera liberalidad de los propietarios de los predios que en su fuero interno y movidos por criterios de utilidad pública decidieron destinar los bienes al uso público, o producto de una cesión gratuita dentro de una actuación urbanística, es importante destacar que esta sentencia parte del respeto a la propiedad privada y señala que la Nación no estaría habilitada como "poseedor" a adquirir los bienes por prescripción.

Es así como, a juicio de esta Sala, sería realmente excepcional la situación que faculte a la empresa a adquirir los bienes entregados anticipadamente por usucapión, máxime si se considera que la afectación del bien al uso público, exonera a la empresa de la obligación de cancelar el valor del bien. Así lo ha entendido esta Corporación, en los casos en que ha examinado el tema del "dominio eminente":

"El Distrito Especial no puede apropiarse de una porción de terreno que se necesite para vías arterias del plan vial, sin reconocerle al dueño su valor.

arbitrio de la propiedad privada, sino que en todo caso habrá que someterse a la normatividad jurídica que tiene en su cúspide la Constitución

Con base en las consideraciones que se han consignado en este concepto, la SALA RESPONDE:

1 y 2.- Las normas aplicables a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P. en materia de ocupación de bienes inmuebles son las propias del derecho privado. Por consiguiente no le son aplicables las reglas sobre caducidad de las acciones contencioso administrativas sino las normas que regulan las acciones en el derecho privado.

3 y 4.- Como consecuencia de la aplicación de las normas del derecho privado y teniendo en cuentas para cada caso los hechos, tratativas y circunstancias particulares que rodearon la entrega de cada uno de los bienes, así como la conducta posterior de las partes, pueden iniciarse procesos de pertenencia por la Empresa o, en su caso, excepcionarse en eventuales procesos reivindicatorios de dominio iniciados por quienes reclaman derecho sobre tales bienes y figuran aún inscritos como propietarios de los mismos.

En todo caso serán las pruebas que se puedan aportar a los respectivos procesos, las que podrán apoyar las pretensiones de la Empresa y llevar al juez de conocimiento la convicción sobre lo acontecido en cada oportunidad.

Transcríbase al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CESAR HOYOS SALAZAR

Presidente de la Sala

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Radicación No. 1427

Ref: Bienes inmuebles de particulares ocupados por la E.A.A.B; situación jurídica.

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, consigno las razones de mi disenso.

1. Discrepo de las siguientes afirmaciones de la ponencia aprobada, y de las argumentaciones que las sustentan :

la eventualidad de la prescripción de la acción en modo alguno genera la extinción de la obligación de la empresa de indemnizar los perjuicios irrogados por la ocupación permanente de los inmuebles de propiedad de los particulares".

"Igualmente, es válido concluir que la obligación natural, lejos de constituir un pago de lo no debido, generador de responsabilidad fiscal, implica: a) un pago fundado en una obligación que le sirve de causa. b) el reconocimiento de lo debido, y c) la aplicación de un principio general de derecho "el no enriquecimiento sin causa".

"Las normas sobre conciliación no establecen restricción alguna que impida la conciliación de obligaciones naturales independientemente de su naturaleza jurídica del ente que la solicite. Cosa distinta es que estatutariamente se haya consagrado una disposición que expresamente prohíba este tipo de reconocimientos, caso en el cual, deberán revisarse dichas normas".

"En consecuencia, estima la Sala, que si la empresa a pesar de haber prescrito eventualmente las acciones del titular del derecho de dominio, reconoce la existencia de la obligación de indemnizar al titular del derecho de dominio, puede optar por la conciliación y por esta vía subsanar una situación generadora de enriquecimiento sin causa de la empresa, al incorporar los bienes privados a las obras públicas o a los fines de la empresa"

Discrepo de estas aseveraciones por lo siguiente:

2. Resulta claro que no existe inhabilidad subjetiva para adquirir por prescripción, pues todas las personas, naturales -capaces- o jurídicas, pueden adquirir la posesión que conduzca a dicha prescripción y, dentro de ellas, se encuentran las entidades públicas (art. 781 C.C.) De ordinario estas entidades no acuden a este mecanismo, sino que suelen adquirir los bienes como consecuencia de otros modos de adquirir el dominio, como por ejemplo, el de recuperación de los bienes en caso de extinción del dominio (ley 200 de 1936), el de ocupación con relación a los bienes vacantes y mostrencos (arts. 82, ley 153 de 1887 y 66 de la ley 75 de 1968), el de sucesión por causa de muerte (art. 66, ley 75 de 1968) y la apropiación de bienes ilícitos (extinción de dominio, el comiso). De la misma manera, los entes estatales pueden entrar en posesión cuando compran bienes ajenos (C.C. art. 753) o en virtud de cualquier otro título traslativo de dominio (art. 674, inc. 1º y 3º C. C.).

Sin embargo, acaecida la prescripción a favor de la entidad estatal, no existe acción y por tanto no procede conciliación alguna, pues esta, por lo general, presupone una diferencia o controversia judicial o extrajudicial y una acción viable para hacer efectivo el derecho o, en su caso, conciliarlo. De lo anterior sigue que no se puede entrar a conciliar un derecho litigioso sin acción. La única forma de hacerlo sería que el interesado, el Estado, renunciara a la prescripción, lo que no es posible en nuestro ordenamiento, dado que no existe competencia legal especial para ello (art. 2517 y 2515 C.C.).

A pesar de que la renuncia es un negocio liberatorio, mediante el cual el renunciante se desprende de una facultad o acción y lo transmite a otra persona, lo cierto es que se ha considerado como un negocio dispositivo en el cual el titular, unilateralmente, pone fin a su derecho, pudiendo beneficiarse de este otra persona determinada o indeterminada. Es dispositivo, en cuanto se abandona un derecho existente aun cuando no lo transmite a otra persona. Por esta razón se requiere plena competencia en la entidad renunciante, atribución que debe estar especialmente prevista en la Constitución y en la ley, puesto que las entidades públicas, en virtud del principio de la legalidad de su competencia, sólo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico les permite (arts. 6° y 122 de la C. P.), a diferencia de la libertad de renuncia de que gozan los particulares (art. 15 C.C.). En el caso que ocupó a la Sala no existe la autorización aludida.

Por lo tanto, como las entidades públicas no están autorizadas para hacer tales renunciaciones, la conciliación no resulta procedente.

Ahora, el hecho de que el artículo 81 de la ley 446 de 1998 no permita la conciliación respecto de las acciones contenciosas administrativas caducadas, no indica per se que autorice cualquier otro tipo de conciliación sino que, en este caso, habrá que acudir al régimen particular de esta última especie, que bien puede ser laboral, civil, comercial, etc. Siendo así las cosas, si la conciliación en materia privada tiene como objeto la solución de diferencias o de controversias entre las partes (art. 64 ibídem), ello indica que tiene como presupuesto la posibilidad jurídica de reclamación extrajudicial o judicial que genere dicha controversia, lo que no se presenta cuando las acciones civiles se encuentran prescritas. Así, el supuesto normativo del artículo 65 ibídem no se da por cuanto, en presencia de la prescripción de la acción, no existe asunto transable ni desistible, ni uno de aquellos "que expresamente determine la ley".

Sin embargo, es cierto que dentro de la conciliación puede acordarse previamente la renuncia a la prescripción por parte del beneficiario, a fin de establecer las contraprestaciones que considere del caso, pero en este evento se requiere tener la competencia para renunciar a la prescripción de las acciones que ya no pueden ejercerse en su contra. Y como quiera que la renuncia ha sido estimada como un negocio dispositivo en cuanto se abandona un derecho a no ser perseguido en una reclamación determinada, se requiere la competencia especial correspondiente derivada de la Constitución o de la ley, que en el caso sometido a consulta no aparece.

Por otra parte, dado que las entidades públicas, al igual que los particulares, están sujetas al régimen jurídico obligacional, también se encuentran sometidas a sus efectos civiles, esto es, a la relación obligatoria del vínculo, a la necesidad jurídica de darle cumplimiento a la prestación debida, a someter sus bienes y patrimonio a efectos de garantizar su pago y a verse forzada al pago coactivo pertinente. En cambio, tratándose de obligaciones prescritas a favor o en contra de la entidad pública, aún a pesar de que se califiquen como obligación natural (C. C. art. 1527) sería, a diferencia de las obligaciones naturales entre particulares, una obligación inenajenable. En efecto, de un lado, ni la entidad pública se encuentra facultada para renunciar a dicha prescripción y convertir la obligación de natural en civil y en consecuencia proceder a su pago, ni tampoco puede proceder a pagar en conciencia lo que, a su juicio, debería pagar - como sí lo pueden hacer los particulares -, pues las entidades públicas están sujetas al imperio de la ley y no al criterio moral o de conciencia de los funcionarios que las representan. Lo que el legislador dispuso es todo lo contrario a lo sostenido en la ponencia : las obligaciones naturales son "las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento" y por tanto, no pueden existir actos de liberalidad de los entes estatales para reconocer obligaciones inenajenables, que por lo mismo entrañan el pago de lo no debido.

Así mismo, tampoco podrían las entidades públicas recibir de un tercero el cobro de una obligación prescrita a favor de este, porque también carece de facultad para hacerlo, aun cuando el tercero estime en conciencia que debe hacer el pago y, en el evento de que este insista, se estaría en presencia de una donación y no de un pago.

Estas las razones por las cuales, para el caso de la ocurrencia de la prescripción a favor de la entidad estatal, no es posible darle aplicación al artículo 19 de la ley 640 de 2001, como lo menciona la ponencia, pues al carecer el particular de acción para hacer valer sus derechos, no existe materia conciliable.

Por tanto, siendo indisponible el derecho por la entidad pública y careciendo el tercero de acción no hay nada que indemnizar[]

3. Finalmente, tampoco comparto la que parece una conclusión extraída de la sentencia N° 29 del 29 de julio de 1999, proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia - pág. 40 -, en cuanto este fallo, según la ponencia, "señala que la Nación no estaría habilitada como ¿poseedor¿ a adquirir los bienes por prescripción", pues como se desprende en forma clara del aparte transcrito, de lo que se trata es de precisar que la destinación que un particular haga de un bien de su propiedad al uso general, "sin menoscabo de su derecho de dominio o de la posesión que sobre los mismos ejercen", descarta de plano el ejercicio de actos de posesión por la Nación o los particulares, lo que resulta bien distinto a los casos en que, cualquier entidad pública, ejecuta actos de señorío sobre bienes a los que de manera inconfundible, específica y concreta se refiere la sentencia: el de propiedad particular destinado o afecta por su titular al servicio público.

Flavio Augusto Rodríguez Arce

Consejero

ACLARACIÓN DE VOTO

22

Consejero: CESAR HOYOS SALAZAR

Radicación No. 1427

Suscribo la ponencia por estar de acuerdo con las respuestas, en las cuales no se expresa que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - E.A.A.B. - está facultada para conciliar obligaciones naturales derivadas de la prescripción de acciones, porque eso no se preguntó; lo que se indaga es si, al aplicarse el derecho público, el haber dejado caducar la acción correspondiente no da lugar a reclamar indemnización o si por el contrario la empresa debe pagar el precio del inmueble cuya posesión tiene como consecuencia de una negociación inconclusa.

Por tanto, estimo que los aspectos planteados en el salvamento de voto deberán estudiarse en ocasión posterior cuando expresamente se consulten.

Con todo respeto,

CÉSAR HOYOS SALAZAR

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:19:52