



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada ponente

SC175-2023

Radicación n° 11001-31-03-005-2016-00045-01

(Aprobado en sesión del dieciocho de mayo de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **SVG**, contra la sentencia de 11 de febrero de 2021 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso verbal formulado por el recurrente contra **Inversiones 170 Ltda. en Liquidación**.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

El convocante instó de la jurisdicción que, con citación de Inversiones 170 Ltda. en Liquidación y personas indeterminadas, se declarara que adquirió por prescripción extraordinaria el dominio del Apartamento 203, ubicado en

la **XXXXXX** P.H. de Bogotá e identificado con matrícula **50C-XXXXXXX**, «*el uso y goce exclusivo de los garajes 27 y 28 y el depósito 9 del Edificio Plaza 86*» y que, en consecuencia, se ordenara la inscripción de la sentencia en el registro inmobiliario.

B. Los hechos

La causa para pedir, en compendio, es como sigue:

1.- El 18 de marzo de 2003, la sociedad demandada prometió vender al demandante el bien referido por un precio total de \$265'000.000.oo, a redimirse de la siguiente forma:
a) \$65'000.000.oo a la firma del precontrato; b) \$100'000.000.oo. el 15 de mayo siguiente; y \$100'000.000.oo restantes el 30 de julio subsiguiente, data en la que se «*haría entrega de la totalidad de las zonas comunes del Edificio*». El convocante solamente canceló \$165'000.000.oo.

2.- El día en que se celebró la promesa, a **SVG** también le fue «*entregado*» el inmueble en «*obra gris*» y para habitarlo comenzó a ejercer «*actos de señor y dueño*», levantando «*mejoras útiles, necesarias y voluptuarias que el mismo requería*», además, inició el «*uso y goce exclusivo*» de los garajes 27 y 28 y el depósito 8 del condominio.

3.- Los negociantes acordaron correr la escritura pública de compraventa el 27 de mayo de la precitada anualidad, pero llegada esta data no pudieron realizarlo, pues sobre el bien pesaba una «*prohibición de enajenación*» decretada por la Fiscalía 76 Seccional de la Unidad de Delitos

Económicos dentro del «*sumario 643419*» e inscrita en el respectivo folio de matrícula, aunado a ello, preexistían un sinfín de «*acciones policivas*» que cursaban ante la Inspección 2D Distrital de Policía de la Localidad de Chapinero de esta capital.

4.- Como en el memorado compromiso la «*promitente vendedora*» había asegurado ostentar el «*dominio y la posesión tranquila*» de la heredad y que se encontraba «*libre de todo gravamen o demanda*», el promotor instauró denuncia penal por el punible de «*estafa*» en contra de Roberto José Camacho Hernández, representante legal de la compañía enjuiciada, en cuyas diligencias rindió indagatoria, reconociendo la «*calidad de comprador y poseedor de **SVG***» entre el «*15 de mayo y el 30 de mayo de 2003*».

5.- Entretanto, Inversiones 170 Ltda. en Liquidación promovió juicio para obtener la resolución de la «*promesa de compraventa*», pero culminó de manera desfavorable a sus intereses en ambas instancias, dando la razón a **SVG**, en cuanto a eso de que la «*prometente vendedora*» no le era dado deshacer el negocio venidero, al desatender la obligación de comparecer a perfeccionarlo.

6.- Ante el revés de aquel reclamo, la empresa interpelada inició acción reivindicatoria frente al gestor para conseguir la restitución material del piso y, otra vez, sus aspiraciones fracasaron, habida cuenta que en sentencia de 28 de febrero de 2014 el Juzgado Tercero Civil de Descongestión de Bogotá declaró probada la excepción

perentoria de *«improcedencia de la acción reivindicatoria por cuanto la posesión del demandado proviene de un contrato entre las partes»*, determinación confirmada en fallo de 28 de octubre siguiente por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

7.- El auspiciante viene poseyendo el fundo sin reconocer *«dominio ajeno»*, en forma quieta, pacífica e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, con *«ánimo de señor y dueño»*, velando por su cuidado con actos de aquellos que solamente puede ejecutar un *«propietario»*, como la adecuación para la vivienda, *«presentar querellas»* ante las autoridades administrativas por *«presuntas violaciones al régimen urbanístico cometidas en el Edificio Plaza 86 PH»*, el desembolso de los impuestos, a más de enfrentar cobro ejecutivo por *«cuotas de administración»* adeudadas, el cual culminó por pago total, inclusive, en dicho asunto el representante legal de la copropiedad *«lo tiene, percibe y reconoce como señor y dueño del apartamento 203»*. [Fls. 85 a 95, archivo digital: 005-2016-00045-02 Cuaderno Principal.pdf.].

C. El trámite de las instancias

1.- El memorial incoativo fue admitido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, el 15 de abril de 2016. [Fl. 98, ibídem].

2.- Inversiones 170 Ltda. en Liquidación contestó oponiéndose a las pretensiones y proponiendo las defensas de mérito que denominó: *«excepción de tenencia; debida interpretación del contrato de promesa; excepción de contrato no*

cumplido; mala fe por no pago; entrega para terminar exclusivamente; [y] genérica», fundadas, básicamente, en que el interesado deshonoró los compromisos de abonar el coste completo del «inmueble» y de suscribir la «escritura pública de compraventa». Y aun cuando el 2 de septiembre de 2003 se le hizo entrega del bien, ello fue «por una mera gentileza» y en calidad de «tenencia» con el objetivo de que «pudiera adelantar las obras de terminación del mismo», sin que la «gentileza», bien entendida como «urbanidad, cortesía gallardía», signifique la «entrega de la posesión».

[Fls. 131 a 152, idem].

3.- Una vez surtido el emplazamiento de las personas indeterminadas, se les designó curador *ad litem*, quien respondió indicando estarse a lo que resulte probado. [Fls. 280 y 281, ibídem].

4.- El juzgado del conocimiento zanjó la controversia en providencia de 19 de junio de 2018, no obstante, en sede de apelación el Tribunal la anuló por «pérdida automática de la competencia», a voces de lo establecido en el artículo 121 de la ley adjetiva.

5.- Reasignado el asunto, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá clausuró la primera instancia mediante sentencia de 12 de noviembre de 2019, en la que accedió a las súplicas del interesado. Pero, ante la apelación de la compañía demandada, el superior la revocó para en su lugar denegar los anhelos de la acción de pertenencia. [Fls. 44 a 54,

Archivo digital: 005-2016-00045-02 CUADERNO TRIBUNAL].

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1.- Hallando procedente la decisión de mérito y luego de efectuar algunas precisiones sobre la prescripción adquisitiva de dominio y sus elementos axiológicos, el Tribunal entró en materia indicando, que en 2003 los contendientes celebraron una *«promesa de compraventa»* sobre el inmueble motivo de contienda; Inversiones 170 Ltda. en Liquidación como *«prometiente vendedora»* y **SVG** como *«prometiente comprador»*, en cuyo clausulado, la primera se obligó con el segundo a realizar la *«entrega real y material»* del bien el día de la *«firma de la escritura pública que perfeccionara el contrato»*, valga decir, el 27 de mayo del citado año.

Sin haberse suscrito aún el instrumento protocolario, la empresa demandada *«entregó»* el fundo al gestor, según se infiere de la comunicación de 2 de septiembre siguiente, pero, en opinión de la Magistratura, ese acto no era suficiente para principiar la usucapión rogada, por la sencilla razón de que en el negocio preparatorio las partes no estipularon que *«con ocasión de la entrega del inmueble se transfería la posesión»*, entonces, *«fue dado a título de mera tenencia»*.

2.- Con apoyo en la jurisprudencia patria, aseguró que cuando en esta tipología de tratos las partes no acuerdan expresamente el despojo del señorío del predio del *«promitente vendedor»* al *«promitente comprador»*, a este *«no se le puede tener como poseedor sino como un mero tenedor»*. Ahora, en el asunto examinado *«seguramente la entrega de la posesión no se acordó ni*

acaeció», porque el pretensor «no canceló el saldo del precio convenido conforme lo refrendan los elementos de juicio obrantes en el plenario».

3.- Enseguida, el *iudex* plural posó su mirada en lo expresado por Roberto Camacho Hernández -representante legal de la encausada- en la indagatoria practicada ante la Fiscalía General de la Nación en el marco de la denuncia penal instaurada por el actor. Al respecto dijo que, aun cuando aquél manifestó que **SVG** ostentaba el poderío de la heredad desde su «entrega», acaecida «entre el 15 y el 30 de mayo de 2003», esa aseveración carecía de «contundencia probatoria» para de ahí derivar la mutación de la condición de «tenedor» a «poseedor», dado que se hizo dentro una «diligencia penal», cuyos fines son distintos a una «declaración de parte» y en la que la «confesión de responsabilidad» únicamente tiene incidencia para «efectos inculpativos».

Por lo demás, para el *ad quem*, la mención de Camacho Hernández estaba desprovista de «idoneidad demostrativa», si en cuenta se tiene que la «entrega de la posesión del inmueble prometido en venta», es un aspecto del cual «debe quedar constancia escrita y específica» en el compromiso preliminar o en un «documento que lo adicione o lo modifique», siendo ineficaz una «prueba oral» sobre el particular, porque «no suple el escrito que la ley exige como solemnidad», de conformidad con el canon 225 de la nueva codificación procesal.

4.- Tampoco era dable predicar la «entrega de la posesión» a partir de la expresión «beneficiarlo para que pudiera adelantar las

obras de terminación» contenida en la epístola de 2 de septiembre de 2003, pues la misma no imponía «*desprendimiento de los actos de señorío*», más bien era una «*permisión para realizar mejoras*» que efectuó la «*promitente vendedora*» al «*promitente comprador*».

5.- En adición a lo anterior, sostuvo que del hecho de costear los gastos de la administración del «*apartamento*», no podía inferirse la «*posesión*» del demandante, porque «*esas obligaciones también son propias de los meros tenedores de un bien raíz, en tanto conciernen con el uso del mismo*».

Mucho menos, se acreditaba el poderío del «*inmueble*» por parte del accionante con la certificación emitida por la administración de la propiedad horizontal, comoquiera que no evidenciaba «*actos positivos de dominio*».

6.- Y aun cuando se aportaron «*recibos de impuesto predial de 2007 a 2015*» y la constancia de pago del «*tributo de valorización del último año*», para el *ad quem*, esas probanzas sólo daban cuenta de «*actos privados*» del enjuiciante, y tomando un segmento textual de un precedente de esta Sala, estimó que aquellos estaban «*desprovistos, por ende, de la publicidad y trascendencia social necesaria, para que pudieran apreciarse como reveladoras de su desconocimiento de dominio ajeno y del inicio de la posesión investigada*».

7.- A juicio del Tribunal, los elementos suasorios eran insuficientes para establecer el momento a partir del cual el «*promitente comprador*» empezó a detentar el fundo con ánimo de

señor y dueño. Tampoco, había *«prueba fehaciente»* para determinar la época exacta en que varió la condición de *«mero tenedor»* a *«poseedor»*, desconociendo de esta manera, la carga de probar contemplada en el artículo 177 del Código General del Proceso.

8.- Por lo demás, para el fallador, de admitirse que para el *«17 de noviembre de 2011»* cuando la compañía interpelada ejerció la acción de dominio frente al gestor, este empezó a ejecutar actividades propias de un *«dueño»* en el *«apartamento»*, lo cierto es que, desde aquella fecha hasta la interposición de la demanda de pertenencia, apenas trascurrieron *«algo más de cuatro años»*, escaso tiempo para usucapir.

9.- En suma, concluyó la Corporación: *«el promotor no demostró su condición de señor y dueño por el tiempo exigido en la ley, por tanto, no deberían salir avante sus pedimentos»*.

10.- Finalmente, la Magistratura dedicó los párrafos finales a examinar los reparos del escrito de apelación de la convocada, en torno a la omisión del demandante en reconvenir la *«pertenencia»* en el curso del pleito reivindicatorio, de lo cual dijo que esa inactividad *«no puede interpretarse como un decaimiento de sus pretensiones enfiladas a adquirir la vivienda por vía de la prescripción extraordinaria de dominio»*, porque también le era posible hacerlo en un litigio independiente, como en efecto aconteció.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos (2) cargos desplegó el recurrente frente al veredicto acabado de compendiar, ambos por la vía de la *«violación indirecta de una norma jurídica sustancial»* (núm. 2º art. 336 C.G.P.). El censor los desarrolló así:

PRIMER CARGO

Con base en la causal aludida, se acusó la determinación del Tribunal de violar indirectamente por *«falta de aplicación»* los artículos 375, numeral 1º, del Código General del Proceso, 2531, 2532 y 2534 del Código Civil; y por *«indebida aplicación»*, el 282 de la ley adjetiva; a consecuencia de *«errores de hecho»*, en la contemplación de las pruebas.

Después de sintetizar los razonamientos del Tribunal, en relación con la prescripción adquisitiva extraordinaria y sus presupuestos, así como la apreciación las pruebas que soportaron el fallo, pasó el recurrente a precisar los errores de hecho notorios y trascendentes, en los que, en su criterio, incurrió el sentenciador, así:

1.- Desfiguró las cláusulas quinta, octava y novena del *«contrato de promesa de compraventa»* suscrito por los adversarios, al argüir que la *«entrega»* del *«apartamento»* objeto de usucapión, estaba sujeta al pago del saldo del precio, es decir, que ambas prestaciones debían ejecutarse en la misma fecha, siendo que, acorde con lo pactado, la primera se efectuaría el 27 de mayo de 2003, en tanto que la segunda el 30 de julio siguiente, lo cual lo llevó a ultimar equivocadamente que *«como no se había pagado el saldo del precio convenido, ello significaba*

que no se había entregado la posesión».

Aunado a ello, incurrió en otro *«yerro de hermenéutica del contrato»*, al considerar que en el negocio preparatorio no se acordó *«en ninguna cláusula»* la *«entrega anticipada»* de la heredad, lo cual significaba que *«cualquier entrega del bien»* se hacía a título de *«mera tenencia»*, pretermitiendo así, que las partes convinieron el despojo prematuro del predio, como preludio a la satisfacción de una de las *«obligaciones»* inherentes al *«contrato de compraventa»*, con el propósito de que el *«futuro propietario»* tuviera *«poder soberano sobre aquel bien raíz»*.

En opinión del casacionista, el sentenciador se apoyó en la *«tesis de que el contrato de promesa no transmite la posesión»*, pertinente en aquellos eventos en los cuales el compromiso venidero contiene *«exclusivamente las estipulaciones concernientes a la obligación de hacer»*, no así, en los que se conciertan *«débitos prestacionales propios de la compraventa»*, tal y como sucedió en el *sub judice*.

2.- La Magistratura *«cercenó»* la carta de 2 de septiembre de 2003, pues desatendió que allí *«se reconoce, sin ambages, que al señor Vega se le hizo desde esa fecha una “entrega definitiva” del apartamento y no temporal o precaria»*.

Según del impugnante, el término *«definitivo»* tiene una connotación particular en la lectura de esa probanza y es que, según el diccionario de la Real Academia Española, significa *«decide, resuelve o concluye»*, de ahí que, la *«entrega material implicaba el desprendimiento absoluto del bien raíz de la*

sociedad demandada a favor del señor Vega», a fin de que pudiera «adelantar las obras de terminación del mismo, que ciertamente fueron realizadas y pagadas por él».

Mucho menos, tuvo en cuenta que en dicho documento se mencionaba *«el beneficio»* dado al actor para que efectuara las obras en el inmueble, las cuales *«son el claro ejemplo del señorío que puede ejercerse como propietario de un inmueble».*

3.- De otro lado, el opugnante manifestó que en la sentencia combativa se *«ignoró»* el escrito de la demanda reivindicatoria instaurada por Inversiones 170 Ltda. en Liquidación contra **SVG**, en la cual, el apoderado de aquella compañía *«reconoció»* a este último como *«poseedor»* de la heredad *«desde mediados de 2004»*, al afirmar que *«penetró»* allí mostrándose como el *«propietario».*

4.- Por último, tras reproducir segmentos de los relatos de Hugo Hernán Paredes, Roberto Martínez y José Mario Muñoz, el casacionista dijo que fueron desoídos por el Tribunal, pese a que con ellos salieron a la luz los siguientes actos de poderío ejercidos por el demandante sobre el predio:

- i) Que lo viene ocupando desde 2004, vive ahí y *«realiza sus actividades sociales»*;
- ii) Que culminó la refacciones que le hizo;
- iii) Que sus vecinos lo tratan como *«dueño»*, inclusive *«uno de los testigos lo acompañó a una asamblea de copropietarios realizada en el año 2005»*; y
- iv) Que la *«sociedad constructora»* lo llamó a juicio en dos oportunidades y allí *«quedó demostrada la calidad de poseedor del señor Vega y las obras realizadas».*

5.- Al cierre, el censor dijo que el «espejismo» del colegiado consistió en que *«concluyó de forma contraevidente que el actor era tenedor y no poseedor del inmueble y que no estaban acreditados los supuestos para que adquiriera por prescripción el inmueble identificado en la demanda»*, lo que conllevó a que trasgrediera los mandatos invocados.

SEGUNDO CARGO

Con sustento otra vez en el segundo motivo del artículo 336 del Código General del Proceso, censuró la sentencia por la senda indirecta de haber infringido los cánones 375, numeral 1°, del Código General del Proceso, 2531, 2532 y 2534 del Código Civil; a causa de *«errores de derecho»*.

1.- Para sustentar ese alegato sostuvo, en primer lugar, que el sentenciador de segundo grado no apreció *«en conjunto»* el acervo probatorio que milita en el expediente, en contravía de lo previsto en los artículos 170, 173, 174 y 176 de la codificación procesal civil.

Luego de transcribir textualmente un fragmento de la providencia combatida relativo a la valoración de la epístola de 2 de septiembre de 2003, la *«declaración»* que hizo el representante legal de la empresa enjuiciada ante la Fiscalía General de la Nación, la *«certificación expedida por el administrador»* de la copropiedad a la que pertenece el predio objeto del pleito y los *«recibos de pago del impuesto predial de los años 2007 a 2015»*, refirió que estas probanzas fueron examinadas *«de manera individual y aislada, sin aplicar las reglas de la sana crítica»*, ausente

de una explicación «razonada» de los motivos por los cuales «se daba crédito a lo expresado en el contrato de promesa» y se les restaba «mérito demostrativo», además, dejó de lado cualquier consideración acerca de «cuáles eran sus puntos de uniformidad y de contradicción y cómo, después de una apreciación panorámica de todo el arsenal probatorio», se llegó a colegir que **SVG** no tenía la condición de «poseedor desde la fecha indicada en el escrito inaugural del proceso».

De haber realizado el «examen conjunto de las pruebas practicadas», el *ad quem* habría advertido que la «entrega» del bien raíz a la firma del «contrato de promesa» fue «definitiva» y no a título de «mera tenencia», en consecuencia, el actor ostentaba su poderío desde 2004, ejecutó «actos de señor y dueño», sus congéneres lo veían como «dueño», plantó mejoras, canceló los servicios públicos y asumió las cargas impositivas.

2.- Adicionalmente, continuó diciendo la censura, el Tribunal incurrió en nuevo yerro de derecho al «haber exigido una prueba solemne para acreditar la entrega».

En efecto, la «entrega» del «inmueble» es una de las obligaciones en cabeza del vendedor, conforme lo dispone el artículo 1880 del Código Civil y comprende dos «fases», de un lado la «entrega jurídica» y de otra parte la «entrega material», premisa que sostuvo el casacionista con un pronunciamiento añejo de esta Corte.

Bien entendido el «contrato de promesa» celebrado entre los contendientes, se observa que se incorporaron prestaciones

«de hacer» y otras «consustanciales al contrato de compraventa», esto es, las tocantes con el «pago del precio» y la «entrega del bien objeto de la futura enajenación».

Pero, en criterio del auspiciante en casación, el Tribunal «exigió una prueba solemne para acreditar la entrega del inmueble» y aseveró que así lo mandaba la ley «lo cual no es cierto», si en cuenta se tiene que, el artículo 1611 del estatuto civil, modificado por el 89 de la ley 153 de 1887, enumera, entre otros presupuestos del acuerdo de «promesa», que conste por escrito, no obstante, el «pago del precio o entrega del inmueble no deben, necesaria e insoslayablemente, acreditarse mediante prueba escrita, ya que también pueden demostrarse por prueba de confesión o declaración de terceros».

3.- Por último, el recurrente aseguró que el *iudex* plural se equivocó al negar valor probatorio a la «declaración» de Roberto Camacho, rendida en el marco de la diligencia de indagatoria practicada el 15 de diciembre de 2004 ante la Fiscalía General de la Nación, pues, aunque se hizo dentro de una indagación penal, «no impide que pueda tenerse en cuenta en este juicio», ya que atiende los requisitos consagrados en el artículo 191 de la legislación adjetiva para tener ese relato como una «confesión extrajudicial», en la medida en que el «declarante a la sazón era el representante legal de la parte demandada» y el «hecho por él confesado no comporta una autoincriminación sino lisa y llanamente la afirmación de un hecho que tiene capital importancia en este proceso», valga decir, que Vega Gómez detentaba la «posesión» del «apartamento» desde mayo de 2003.

IV. CONSIDERACIONES

1.- El Tribunal revocó el fallo de primer grado y desestimó las aspiraciones de la *causa petendi*, tras advertir que aun cuando Inversiones 170 Ltda. en liquidación - prometedora vendedora- efectuó la «*entrega*» de la unidad inmobiliaria objeto del pleito a favor de **SVG** - prometedora comprador-, en el «*contrato de promesa de compraventa*» celebrado entre estos no se pactó expresamente la «*transferencia de posesión*», de ahí que, aquel desprendimiento material se hizo a «*título de mera tenencia*».

A partir del examen de los medios suasorios acopiados a la causa, también infirió que el gestor no acreditó «*actos de señor y dueño*» en el predio durante el lapso exigido en la ley para usucapir extraordinariamente, mucho menos, el momento exacto en que mutó su condición de «*tenedor*» a «*poseedor*», lo que acarreaba el fracaso de sus aspiraciones.

Respecto de esas premisas, es pertinente el siguiente análisis:

1.1.- **De la posesión inmobiliaria.**

Es verdad que, el señorío de los inmuebles comprende dos elementos esenciales, su aprehensión física o material y la intención de detentarlo como suyo, lo cuales, conjuntados forman un «*poder de hecho*» que, con el paso del tiempo, da

derecho a quien los reúna a adquirirlos por el modo de la usucapión.

El primero de ellos se ha denominado *corpus*, que hace referencia al nexo tangible y directo existente entre la persona y el predio, la percepción sensorial de ocuparlo, de estar presente ahí profesando «*hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio*», conforme el artículo 981 del estatuto civil; en tanto que el restante, el *animus*, es la conciencia interna de considerarse «*amo y dueño*» del fundo, según lo preceptuado en el canon 762 *ibídem*.

Parece perfectamente claro que «[l]a presencia de estos elementos, en quien se predica poseedor con ánimo de señor y dueño, es precisamente, el elemento que ideológicamente diferencia esta institución de los diferentes títulos de tenencia que se asientan en el sistema jurídico, como el arrendamiento, el comodato, la anticresis y la retención, entre otros» (CSJ SC1716-2018, 23 may., Rad. 2008-00404-01).

Acorde con esto, la falta de cualquiera de esos presupuestos echa al traste la expectativa de usucapir, como ya se dijo, motivo por el cual esta Corte ha considerado con atino que:

(...) [La] posesión no se configura jurídicamente con los simples actos materiales o mera tenencia que percibieron los declarantes como hecho externo o corpus aprehensible por los sentidos, sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño, animus domini –o de hacerse dueño, animus rem sibi habendi–, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que ese elemento interno o acto volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su

indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario (...) (CSJ SC G. J., t. LXXXIII, págs. 775 y 776, criterio reiterado en CSJ SC3687-2021, 25 Ag.).

En época más reciente puntualizó:

(...) es evidente que el Código Civil “destaca y relleva en la posesión no solo la relación de hecho de la persona con la cosa, sino un elemento intelectual o sicológico. Así, mediante el artículo 762 establece que ‘la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño’, con lo cual reclama para su tipificación la concurrencia de dos elementos con fisonomía propia e independiente: el corpus, o sea el elemento material u objetivo; y el animus, elemento intencional o subjetivo. ... Según la teoría subjetiva o clásica, que fue la acogida en el punto por los redactores de nuestro estatuto civil, de los dos elementos que la integran es el animus el característico y relevante de la posesión y por tanto el que tiene la virtud de trocar en posesión la mera tenencia. Para que ésta exista es bastante la detentación material; aquélla, en cambio, exige no sólo la tenencia sino el ánimo de tener para sí la cosa” (G. J., t. CLXVI, pág. 50)» (CSJ SC. 064 de 21 de jun. de 2007, Rad. 7892; citada en CSJ SC3687-2021, 25 Ag.).

Estos dos componentes, el objetivo *corpus* y el subjetivo *animus* se integran para formar la *posesión* que, unido con la marcha irreversible del tiempo, dan derecho a obtener el dominio de la heredad ajena por *prescripción adquisitiva*.

1.2.- **De la prescripción adquisitiva de dominio de los inmuebles.**

Ni el derecho a la propiedad se resiste al fatal paso de los años. Esta prebenda patrimonial puede prescribirse ordinaria o extraordinariamente (art. 2527 C.C.); es *ordinaria* si la *posesión* ejercida en el terreno es *regular*, valga decir, la

que viene precedida de «justo título» y «buena fe», a voces de lo establecido en el canon 764 del estatuto civil.

Es justo título:

“la causa que conforme a derecho permite integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivativa” (XCVIII, pág. 52), lo que en otras palabras refiere directa e inexorablemente al "acto o contrato que sirve de antecedente a su posesión, el cual debe corresponder a la categoría de los llamados justos títulos ... '...porque siendo por su naturaleza traslaticios de propiedad, dan un justo motivo a los que adquieren la posesión de una cosa a estos títulos, de creerse propietarios, no habiendo podido conjeturar que la persona de quien ellos han adquirido la cosa y que veían en posesión de esta cosa, no fuese propietario' (Pothier, De la possession, no. 6; De la prescripción, no. 57)" (sent. de agosto 12 de 1997, exp. 5119, CCXLIX, pág. 309) (CSJ SC 8 may. 2002, rad. 6763, citada en SC2474-2022, 7 oct.).

A su turno, el artículo 768 *ídem* define la buena fe como la «conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de otro vicio» y aclara que en los «títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato».

En palabras de esta Sala,

el poseedor es de buena fe cuando cree que su título le ha convertido en propietario del inmueble o en titular del derecho real que deseaba adquirir sobre dicho inmueble (...) una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y el por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la

propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título (CSJ SC 2 abr. 1941, criterio reiterado en CSJ SC2474-2022, 7 oct.).

La reunión del justo título y la buena fe conlleva a la *posesión regular* y si esta se ejerce por un plazo mínimo de cinco (5) años, se obtiene el dominio del bien raíz de manera *ordinaria* (art. 2529 C.C.). De lo contrario, la ausencia de alguna de esas exigencias convierte el señorío en *irregular* y, por lo tanto, el tiempo para usucapir se extiende a diez (10) años, cuando menos.

1.3.- **De la usucapión extraordinaria de los inmuebles.**

La sola existencia de un título injusto o la presencia de la mala fe en el poderío del bien torna la *posesión en irregular* y, por ende, para usucapir será necesario acudir a la *prescripción extraordinaria* (art. 2531 C.C.). No es *justo título* al tenor del artículo 766 *ibídem* el «*falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende*», tampoco el «*conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo*», ni el que adolece de vicio de nulidad, menos aún, el «*mero putativo*».

De otra parte, la existencia de un título de «*mera tenencia*» hace presumir la *mala fe* del poseedor (art. 2531 C.C.). Llámese «*mera tenencia*» a la sola detentación material de la cosa (*corpus*), desprovista de toda intención de comportarse como «*señor y dueño*» (*animus*), por lo que en su conciencia el «*mero tenedor*» siempre reconocerá «*dominio ajeno*».

Ahora, el art. 777 ídem establece con absoluta claridad que el *«simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión»*, precepto que según la doctrina recoge el principio de que *«Nadie puede mejorarse su propio título por acto de su propia y exclusiva voluntad»*. Este principio se funda en que entre la tenencia y la posesión no hay sino una diferencia subjetiva, que es el estado de ánimo. El poseedor tiene el ánimo de dueño, y el tenedor reconoce dominio ajeno, y el cambio de este ánimo no lo acepta la ley, porque equivaldría a autorizar la usurpación y el despojo, y sería muy difícil probar que el cambio no se ha operado en el ánimo de un mero tenedor. Si se tratara de cambiar la tenencia en posesión por el solo hecho de cambiar la voluntad del tenedor, que un buen día amanece con el deseo de constituirse en poseedor, la ley no lo acepta».¹

Por lo anotado, para blindar los derechos del propietario el legislador determinó la imposibilidad de adquirir por prescripción cuando quiera que exista un título de mera tenencia, salvo cuando concurren los presupuestos contemplados en el canon 2531 del estatuto civil, esto es: i) que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; y ii) que quien alegue la prescripción haya ejercido su posesión *«sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo»*; caso en el cual, se abre la posibilidad de adquirir por *usucapión extraordinaria* la propiedad del fundo.

Por manera que,

¹ Alessandri Rodríguez Arturo Derecho Civil Primer Año de los bienes. Editorial Zamorano y Caperan Santiago 1937, pág. 156.

un tenedor puede convertirse en poseedor siempre que se rebele expresa y públicamente contra el derecho del propietario desconociéndole 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 aquél a cuyo nombre con antelación ejercía la tenencia, intervirtiendo, innovando y trocando su situación jurídica, en forma ostensible. (CSJ SC5187-2020, 18 dic.).

1.4.- **Del contrato de promesa y la posesión.**

Los negocios jurídicos constituyen un instrumento a través del cual los individuos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, pueden crear, modificar y extinguir una determinada relación con efectos jurídicos vinculantes, los cuales han merecido innumerables clasificaciones, entre estas, los patrimoniales, que refieren a relaciones que tienen por objeto o intereses económicos, siendo manifestación inequívoca de esta categoría los contratos; reconocidos en el orden interno como fuente de obligaciones, de acuerdo con dispuesto en el artículo 1494 del Código Civil, según el cual *«[L]as obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...»* y que válidamente celebrados constituyen *«ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causas legales»* (art.1602 C.C.), por lo que sus participes estarán llamados a honrar debida y de buena fe las obligaciones que del acuerdo negocial emanan (art. 1603 C.C.).

Dentro de ese abanico de los mentados acuerdos, están los llamados preparatorios o precontratos, mediante los cuales una o ambas partes se obligan a la celebración futura de un determinado compromiso fijando sus bases,

condiciones, modalidad y en general las expectativas que tienen frente a éste, entre los cuales se destaca el «*contrato de promesa*».

En el «*contrato de promesa de compraventa de inmueble*», por ejemplo, el artículo 1611 del Código Civil -subrogado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887- exige la satisfacción de unos requisitos formales para su eficacia y validez, cuya desatención trae como consecuencia que no produzca obligación alguna, de ahí que del mismo emerge como prestación fundamental la de hacer, esto es, la de celebrar el pacto prometido, que al ser desatendido habilita al negociante para demandar judicialmente su cumplimiento o resolución.

Es pertinente resaltar para lo que interesa al asunto examinado que, tratándose de la «*promesa de compraventa*» como acuerdo anticipado para la transferencia del dominio, el «*prometiente vendedor*» en su realización guarda la esperanza de obtener el pago del bien, entretanto, el «*prometiente comprador*» la de convertirse en su propietario. Pero la zozobra de esperar el perfeccionamiento de la venta para que esos anhelos se hagan realidad conduce, en algunos casos, a que las partes apresuren el desembolso del precio y la entrega anticipada del predio.

Por tal razón, no es raro encontrar que desde la «*promesa*» las personas consientan la cancelación antelada de una parte del coste de la heredad y correlativamente el desprendimiento material prematuro de ésta. Empero, sobre esto último, lo

que buenamente se deduce de la jurisprudencia reciente de esta Sala es que «la **entrega anticipada** de lo que se promete en venta, concede a quien recibe la **mera tenencia de la cosa**, salvo que se hubiere **convenido expresamente la transferencia de la posesión**» (se resalta, CSJ SC3642-2019, 9 sep., rad. 1991-02023-01, criterio reiterado en CSJ SC5513-2021, 15 dic.).

Pero esto no es nuevo. Esa postura viene transitando por la Corte hace ya varios lustros y, enhorabuena, es verdad sabida que cuando el prometiende comprador de un inmueble, «lo recibe por 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 se ha desprendido todavía el prometiende vendedor, a quien por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida» (CSJ SC 24 jun. 1980, G.J. T. CLXVI, págs. 51 y 52, citada en SC5513-2021, 15 dic.).

Ciertamente, la mera «entrega» del bien prometido, por sí sola, no origina señorío; para que ello ocurra debe quedar estipulado de modo claro y expreso en el convenio preparatorio, que «el prometiende vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el promitente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador» -subrayado de la Sala- (*ibídem*).

Entonces, «si los signatarios de la promesa de compraventa **deciden anticipar el cumplimiento del negocio proyectado y no pactan expresa e inequívocamente que se hace entrega adelantada de la posesión** sobre el bien prometido en venta, la secuela jurídica es

que la cosa **“se entiende entregada y recibida a título de mera tenencia, porque al prometerse con la celebración del definitivo, transferir y adquirir la propiedad de su dueño, se reconoce dominio ajeno, y tal reconocimiento, excluye la posesión”** (...) (CSJ SC 30 jul. 2010, rad. 2005-00154-01; en el mismo sentido CSJ SC7004-2014, 5 jun., rad. 2004-00209-01; CSJ SC16993-2014, 12 dic., rad. 2010-00166-01 y CSJ SC10825-2016, 8 ago.» (resaltado intencionalmente, CSJ SC5513-2021, 15 dic.).

1.5.- **De la tenencia a la posesión para adquirir por prescripción.**

De lo anotado en precedencia surge palmario, de un lado, que la «entrega material» que se hace de la cosa con ocasión de un «contrato de promesa de compraventa» se entiende realizada como de «mera tenencia», salvo que las partes convengan expresamente que es su voluntad inequívoca transferir anticipadamente la *posesión*; y de otro, que es regla de principio que quien ha aprehendido la cosa en razón de un «título de mera tenencia», por el solo paso del tiempo no muta esa condición a poseedor, habida cuenta que esa detentación precaria únicamente permite ejercer las prerrogativas propias del acto jurídico del cual emana, pero sobre todo que resultaría inviable de su parte adquirir el dominio por el modo de la prescripción adquisitiva, a menos que demuestre de forma irrefutable la cabal concurrencia de los precisos supuestos contenidos en el artículo 2531 del Código Civil.

Y para estos efectos, el reclamante deberá atender la carga de demostrar fehacientemente el momento en que a más de tener la cosa y ejecutar eventuales actos de aquellos

que solo se predicán de la *propiedad*, adquirió ese *animus domini* revelándose con contundencia contra el dueño, pues como ha sostenido esta Corporación:

[E]n la generalidad de los casos la realización de actos reservados al dominus, como cercar, edificar, sembrar o construir mejoras – entre otros supuestos–, constituyen serios indicios de la existencia de animus domini. Pero la misma inferencia no puede replicarse de manera irreflexiva en aquellos supuestos en los que la detentación material inició a través de un título de tenencia, pues aunque las acciones del tenedor pudieran ser objetivamente idénticas a las que ejecuta el poseedor, aquel carece de ánimo de señorío, en tanto reconoce a otro como dueño de la cosa, y se comporta frente a ella según su autorización o aquiescencia.

Por consiguiente, el tenedor que luego se reputa poseedor no puede aspirar a que sus reclamos salgan avante probando únicamente la ejecución de los susodichos «hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio», pues estos no reflejan con nitidez el animus rem sibi habendi que el ordenamiento le exige. Quien pretenda usucapir bajo dichas condiciones, debe acreditar también las circunstancias en las que emergió su renovada voluntad, así como la manera en la que la dio a conocer al propietario inscrito –o a su contraparte negocial–, pues solo esos elementos conjuntados permitirán establecer, con debida nitidez, los confines de la tenencia y el inicio de la posesión que confiere el derecho a usucapir- se subraya- (CSJ SC3727-2021 de 8 sept. Rad. 2016-00239).

2.- **Del caso concreto.**

2.1.- Dan cuenta los antecedentes del caso que entre las partes en contienda se celebró «contrato de promesa de compraventa» sobre el inmueble que se pretende usucapir, en el que las partes convinieron anticipar algunas de las prestaciones propias del negocio prometido, como fue el pago parcial del precio estipulado y la entrega material del bien, el cual, por razones que no es del caso revisar, resultó

incumplido por el promitente vendedor, circunstancia que motivó que el juicio de resolución de aquel convenio, que a ultranza promovió la sociedad enjuiciada, no saliera adelante.

Así mismo, que con miras a recuperar el predio de manos del «promitente comprador» se instauró la acción dominical, que igualmente fracasó, al advertir los juzgadores que el demandado detentaba la cosa en virtud del ya referido contrato de promesa de compraventa, lo cual imponía que para restablecer las cosas al estado en que se encontraban al momento de la celebración de ese acuerdo, puntualmente recuperar el bien, debía previamente resolverse aquel, para que tuvieran lugar las restituciones mutuas correspondientes.

Ante el reclamo adquisitivo que realizó el promitente comprador **SVG** el juzgador de primer nivel halló acreditada la posesión por el término de ley y accedió a sus pedimentos²; decisión que resultó infirmada por el Tribunal al resolver la alzada planteada por Inversiones 170 Ltda.

Recuérdese que, para el Tribunal, en el contrato preparatorio suscrito entre Inversiones 170 Ltda. en Liquidación y **SVG**, no se estipuló de manera clara, expresa e inequívoca que se hacía «entrega antelada» de la posesión sobre el bien raíz «prometido en venta». Aunque los concertantes contemplaron la posibilidad de adelantar el desprendimiento material de común acuerdo, lo cierto es que

² Aunque inicialmente el juzgado que llevaba el proceso denegó las pretensiones, tras decretarse la nulidad por vencimiento de términos -art. 121. C.G.P.- el juzgado al que se le reasignó profirió la decisión estimatoria.

no hubo un pacto explícito sobre el despojo del señorío del fundo a favor del futuro adquirente.

En opinión del sentenciador, esa circunstancia tampoco podía derivarse de la epístola de 2 de septiembre de 2003, pues si bien la compañía enjuiciada accedió a llevar a cabo «*entrega definitiva*» del bien raíz al accionante, ello fue con el «*único objeto de beneficiarlo para que pudiera adelantar las obras necesarias de terminación del mismo*», no para principiar la «*posesión*», de ahí que, el predio motivo del litigio «*fue dado a título de mera tenencia*».

2.2.- Para poner en vilo ese planteamiento, en el **primer cargo** el casacionista denunció el desconocimiento indirecto de la ley sustancial por yerro de facto (núm. 2° art. 336 C.G.P.), porque, en su opinión, el *ad quem* «*desfiguró*» el «*contrato de promesa*», al deducir que la «*entrega*» del apartamento y el «*pago del precio*» debían efectuarse en la misma data, lo que lo llevó a ultimar que «*como no se había pagado el saldo del precio convenido, ello significaba que no se había entregado la posesión*» y que los negociantes omitieron acordar la «*entrega anticipada*» de la heredad, siendo que allí se convino la privación material de ésta, adelantándose a la satisfacción de una de las «*obligaciones*» inherentes al «*contrato de compraventa*».

También acusó al fallador por la apreciación de la carta de 2 de septiembre de 2003, al «*cercenar*» su genuino contenido, pues en ella las partes convinieron la «*entrega definitiva*» de la unidad inmobiliaria, lo cual significaba el «*desprendimiento absoluto del bien raíz de la sociedad demandada a*

favor del señor Vega», para que este efectuara «mejoras».

2.3.- A decir verdad, el censor expuso un razonamiento subjetivo acerca de lo que debió observar el juzgador de segundo grado en el clausulado del compromiso preliminar y en la comunicación de 2 de septiembre de 2003. En ese sentido, aseveró que los «promitentes» sí arreglaron la «entrega anticipada» del inmueble, la cual acaeció de manera «definitiva» con posterioridad a la suscripción de la «promesa», de ahí que, sí hubo un despojo «absoluto» de la propietaria a favor del futuro adquirente.

En la otra orilla descansa la postura del *iudex plural*, según la cual, la carencia de «acuerdo expreso» sobre la «entrega de la posesión» en el «contrato de promesa», tuvo como efecto que el «despojo material» verificado con la comunicación referida, se hiciera a «título de mera tenencia».

Como se observa, hay dos disertaciones disímiles que se desprenden de las mismas probanzas. Visto así el panorama, el lamento del casacionista es porque su perspectiva personal respecto de las documentales memoradas no concuerda con la que hizo el Tribunal, por lo que toda su acusación está montada en una disputa de pareceres, entre lo que el censor piensa que se puede deducir de esos medios suasorios y lo ultimado en la decisión de segundo grado, enfrentamiento en el que la balanza siempre se inclinará a favor de ésta, precisamente, por esa doble presunción de legalidad y de acierto con que viene revestida, de ahí que, tal falencia impide el éxito de la censura.

2.4.- Aunado a lo anterior, bien mirada la conclusión de la Magistratura, no encuentra la Corte ningún obrar antojadizo, menos aún, un desconocimiento del ordenamiento jurídico capaz de derruir el fallo de segundo grado.

Nótese que el Tribunal encaró el examen de la contienda a partir de dos supuestos: i) Que los «prometientes» no consintieron la «entrega de la posesión» de la heredad; y ii) Aun cuando la propietaria efectuó la «entrega anticipada» del fundo al próximo dueño, aquella se hizo a «título de mera tenencia», precisamente por ausencia de «acuerdo» sobre la «transferencia del señorío» en el compromiso previo.

Esa inferencia está acorde con la tesis que la Sala ha venido sosteniendo a través del tiempo como se aprecia en el siguiente fallo, reiterado recientemente:

*En fin, ‘la promesa de compraventa genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio (cas. sentencia de 7 de febrero de 2008 [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, subrayas de ahora); **la simple entrega sin ninguna otra indicación, ‘supone, en términos generales, el reconocimiento de dominio de otro, en la medida en que quien por ella pretende adquirir parte de la obvia admisión de su carencia de derecho.** Esa es la inteligencia que la figura muestra en principio, sin perjuicio de que se admita la posibilidad de salvedades que, en el ámbito propio de las convenciones, pueden acontecer, como sería el*

caso en que con explicitud rotunda se exprese en ella la entrega material acompañada del ánimo de dueño, circunstancia que ‘...puede generar o derivar una posesión inmediata, si es inequívoca la declaración de las partes en ese sentido...’ (sentencia de 26 de junio de 1986, G. J. CLXXXIV, pág. 95). De esa suerte se derribaría la consideración contraria y se permitiría estimar poseedor a quien prometió comprar’ (cas. civ. sentencia de 9 de noviembre de 2009, exp. 15759-3103-001-2003-00043-01), pues ‘cuando el promitente comprador de un inmueble lo recibe por 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 se ha desprendido todavía el promitente vendedor, a quien, por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida’ (CLXVI, 51), la promesa no es por sí misma ‘un acto jurídico traslativo de la tenencia o de la posesión del bien sobre el cual ella versa’ (CCXLIII, 530), salvo ‘que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el promitente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa’ (CLXVI, 51), y para ‘que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el promitente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el promitente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador’ (G. J., t. CLXVI, pág. 51).

Por consiguiente, cuando los promitentes contratantes anticipando el cumplimiento del contrato prometido, en forma clara, explícita e inequívoca no estipulan *expressis verbis* en cláusula agregada a propósito la entrega adelantada de la posesión de la cosa prometida en compraventa, **se entiende entregada y recibida a título de mera tenencia, porque al prometerse con la celebración del definitivo, transferir y adquirir la propiedad de su dueño, se reconoce dominio ajeno, y tal reconocimiento, excluye la posesión** -se resalta- (CSJ, SC del 30 de julio de 2010, Rad. n° 2005-00154-01; postura reiterada en CSJ SC3642-2019, 9 sep., rad. 1991-02023-01 y en CSJ SC5513-2021, 15 dic.).

Pues bien, éste, que sin remisión a duda constituye uno de los pilares fundamentales del fallo censurado, está en sintonía con los pronunciamientos que la Sala ha emitido desde época antigua, por manera que, las críticas levantadas por el casacionista, no alcanzan a evidenciar una equivocación «*manifiesta*» del *ad quem* en la resolución de la contienda, que es como se tipifica el «*error de hecho*» en casación, de donde se infiere que queda descartada la desatención de la ley en el análisis abordado en el fallo combativo para zanjar la controversia.

2.5.- Ahora, en el primer reproche el censor también se quejó, porque el «*sentenciador de segunda instancia aseveró que como en la promesa no se pactó -en ninguna cláusula- que se entregaba la posesión del inmueble, ello significaba que cualquier entrega del bien, debía entenderse hecha a título de mera tenencia, sin parar mientes en que las partes acordaron en el contrato de promesa además de lo relativo a la obligación de hacer, la obligación de entrega del apartamento que es una prestación propia del contrato de compraventa*» y añadió que «*el Tribunal, se apoyó en la tesis de que el contrato de promesa no transmite la posesión, que es acertada para aquellos eventos en que la promesa contiene exclusivamente, las estipulaciones concernientes a la obligación de hacer, pero que es equívoca cuando el contrato contiene débitos prestacionales propios de la compraventa, como acontece en este asunto, razón por la cual cometió el yerro fáctico que se le endilga*».

Bien mirado ese embate, se advierte que el casacionista envolvió en uno solo dos negocios jurídicos autónomos e independientes, la promesa y el contrato prometido.

En efecto,

El contrato preparatorio, preliminar, promesa de contrato, precontrato (pactum de contrahendo o pactum de ineiundo contractu), en efecto, genera esencialmente (essentialia negotia), una prestación de hacer, su función es preparatoria e instrumental, proyecta y entraña la obligación de estipular en un futuro determinado otro contrato diferente en sus elementos, naturaleza, función y efectos.

No obstante, la figura legis, admite pactos expresos (accidentalia negotia) y en desarrollo de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes, nada se opone a la ejecución anticipada de algunas prestaciones propias del contrato definitivo, verbi gratia, tratándose de promesa de compraventa, en el tráfico jurídico negocial, es frecuente el pago anticipado de todo o una parte del precio y, también, es usual la entrega anticipada del bien, incluso a título de posesión.

*Con estos lineamientos, la Sala de antiguo, partiendo de la natural distinción, estructura nocional y funcional entre el contrato preliminar, el contrato definitivo, y la posesión, tiene dicho ‘que la promesa de compraventa y la posesión material que ejerza uno de los promitentes compradores al momento de la celebración de la misma, no son incompatibles, pues no siempre la celebración de la primera establece, modifica o extingue la segunda, tanto más si se tiene en cuenta que la entrega anticipada del bien prometido en venta, que en la praxis de la promesa suele pactarse, no viene a ser sino una cláusula adicional que está referida a las obligaciones propias del contrato prometido, y, por tanto, sin incidencia inmediata en el suceso de la posesión material’ (SR-078 de 1996, subrayas ajenas al texto); ‘...el preliminar, es contrato con efectos obligatorios, cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real, esto es, no envuelve hipótesis de adquisición originaria o derivativa, traslaticia o constitutiva del derecho real de dominio y, por tanto, ‘no es título traslativo (...) acto de enajenación que genere obligaciones de dar’ (cas. marzo 22/1979 reiterada en cas. marzo 22/1988 y cas. mayo 8/2002, exp. 6763; G. GABRIELLI, *Il Contratto Preliminare*. Giuffrè Editore. Milán. 1970, pp. 1 y 2; ID, *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1997; F. MESSINEO, *Contratto Preliminare*. EdD., X. Giuffrè Editore. 1962, 167), porque la obligación de hacer ‘no va destinada a la mutación del derecho real’ (CLIX, pág. 88) y ‘...por sus mismas connotaciones funcionales, en particular por limitarse a comprometer la conducta*

futura de los contratantes ... no resulta eficaz, para traducirse en fuente o detonante del dominio, ya que se repite, esa tipología de negocio preparatorio tan solo origina una obligación de celebrar - in futurum- el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede -por definición- ser traslativo o constitutivo de derechos' (cas. civil, mayo 8/2002, exp. 6763; A. CHIANALE, Contratto preliminare, in Digesto Discipline privatistiche, Sez. Civile, 276; P. FORCHIELLI, Contratto preliminare, Nov. Dig., Torino, 1959, IV, 683). Tampoco, por sí, genera prestación diferente a la de estipular el contrato futuro definitivo. Con todo, las partes, accidentalia negotia, pueden acordar otras prestaciones compatibles y, de ordinario, pactan 'otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se avienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran venero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer' (cas. marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759). Por esa vía, se llega a dar alcance a obligaciones diferentes, las cuales, desde luego, generan efecto vinculante y deben cumplirse en un todo conforme a lo estipulado. El problema, sin embargo, vuelve a plantear la autonomía de ambos tipos negociales según la mayor o menor amplitud del contenido accidental, pues, en el esquema del contrato preliminar, las partes están obligadas a estipular el definitivo cuyas prestaciones están subordinadas a su celebración y son inherentes a su naturaleza, estructura y función, por lo cual, no deben antelarse in integrum. Nada obsta, empero, estipular el cumplimiento anticipado de algunas prestaciones del contrato posterior. (Se subraya, C SJ, SC del 30 de julio de 2010, Rad. n° 2005-00154-01; pronunciamiento citado en CSJ SC3642-2019, 9 sep., rad. 1991-02023-01).

Así las cosas, se ha dicho que **«mal puede sostenerse que con la entrega anticipada del bien que promete enajenarse, se cumple una obligación propia del contrato de venta, pues éste, al momento de la realización de aquella, no existe jurídicamente, porque aún no se ha celebrado, constatación que impide entender que el prometiente vendedor, con dicho acto, el de la entrega, esté haciendo tradición de la cosa y/o se esté desprendiendo del**

dominio que tiene sobre ella -Resaltado fuera del texto- (CSJ SC3642-2019, 9 sep., rad. 1991-02023-01).

2.6.- En otro segmento de la primera censura, el opugnante adujo que el Tribunal incurrió en error *de facto* al desatender el memorial de apertura del pleito reivindicatorio que cursó entre los contendientes, según el cual, el mandatario judicial de Inversiones 170 Ltda. en Liquidación reconoció a **SVG** como poseedor de la unidad residencial «desde mediados de 2004». Incluso, no tuvo en cuenta los testimonios practicados y en los que se acreditó un sinnúmero de «actos de dominio» ejercidos por el demandante en el «predio».

Y en el segundo reproche, se dolió porque el superior cometió desatino *de iure* al no haber ponderado conjuntamente las probanzas aportadas a la causa, exigir una «prueba solemne para acreditar la entrega» del bien raíz y restar mérito demostrativo a la declaración que rindió el representante legal de la compañía enjuiciada ante la Fiscalía General de la Nación y en la que aseguró que **SVG** ejerció «posesión» desde «mayo de 2003».

Sin embargo, aun en el evento de que se pudiera pregonar la ocurrencia de los mentados desafueros, estos resultarían insuficientes para quebrar la decisión impugnada, por cuanto puesta la Corte en sede de instancia arribaría a la misma conclusión del Tribunal, valga decir, que el demandante no satisfacía los presupuestos para usucapir extraordinariamente el «predio» motivo de disputa.

En efecto, si se tomara el camino propuesto por el censor y se ultimara que, de la valoración del escrito inaugural del pleito reivindicatorio y los testimonios de Hugo Hernán Paredes, Roberto Martínez y José Mario Muñoz, así como de la ponderación conjunta de los demás elementos de prueba aportados a la contienda, el gestor mutó su calidad de «tenedor» a «poseedor» y ejercitó actos de «señor y dueño» en la heredad por lo menos desde el año 2004, esa labor sería en vano, porque la Sala se toparía con una verdad inocultable: **SVG** reconoció «dominio ajeno» al replicar las pretensiones de Inversiones 170 Ltda. en Liquidación dentro de la acción de dominio radicada bajo el número 2011- 00723-00.

Esto por cuanto del estudio de las copias trasladadas de ese asunto a la causa de la referencia³, se aprecia que al contestar los hechos de la demanda [fls. 48 al 54], **SVG** alegó que tenía la «posesión» del bien raíz desde la «entrega anticipada» que le hiciera la sociedad con motivo de la «promesa de compraventa» y que era «falso que se el (sic) demandado se haya valido de engaños para dejar de cancelar el saldo del precio, pues se repite, **no fue él quien incumplió la promesa de compraventa que por demás al día de hoy se encuentra vigente, en virtud del fallo judicial que resolvió negar su resolución**» (resaltado en el texto).

Fue así como formuló la excepción de mérito que denominó «improcedencia de la acción reivindicatoria por cuanto la

³Archivo digital:
SOLICITADAS/11003120303920110072300.

posesión del demandado proviene de un contrato entre las partes», que sustentó, básicamente, en lo siguiente:

[e]n todos los casos en que la posesión del demandado tenga origen en un contrato celebrado por las partes, es claro que mientras éste subsista, constituye ley para los contratantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil.

En consecuencia, para que el demandante logre la restitución de la cosa poseída por el demandado -quien está ejerciendo una posesión legítima que proviene del acuerdo de voluntades celebrado-, debe acudir, o bien al mismo contrato si éste incorpora una cláusula que le permita demandar tal restitución, o en caso negativo lograr previamente la declaración de simulación, de nulidad, de resolución o cualquiera otra que dé por terminado el contrato.

*Tal como lo indica la contestación efectuada en este escrito al hecho noveno de la demanda y la comunicación de fecha septiembre 2 de 2003 emitida por el propio representante legal de la empresa demandante, (...) la entrega de la posesión del inmueble al señor SAÚL VEGA fue en efecto realizada por el propio demandante desde el momento en que se firmó la promesa de compraventa, razón por la cual **la posesión legítima, que desde entonces y hasta el día de hoy ejerce el demandado sobre el inmueble, está amparado por dicho contrato**» -se resalta-.*

A lo dicho añadió que:

*«No puede el contratante cumplido ser privado de su posesión y menos por la acción reivindicatoria que pretende adelantar **el contratante incumplido**, pues lo que pretende la sociedad demandante a través de la presente acción reivindicatoria, es obtener el resultado final que se lograría como consecuencia de la terminación contractual, pero sin recorrer el camino que debe recorrerse para poner fin al contrato y sin obtener previamente una declaración judicial en tal sentido».*

Y remató diciendo:

*Es más, la parte demandada pretende que se pase por alto su incumplimiento contractual, el cual ya fue declarado por un Juez de la República y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá y obtener la restitución del inmueble, desconociendo el legítimo derecho que tiene el señor SAÚL VEGA a poseer el inmueble por el que en el año 2003 pagó \$165.000.000 y al cual le efectuó mejoras por más de \$130.000.000 de aquella época. **Es claro que en derecho las cosas se deshacen como se hacen y el camino procesal para recuperar la posesión del inmueble no puede recorrerse por el demandante, si previamente no deshace el contrato en virtud del cual ella se viene ejerciendo**- se resalta-*

De lo anterior se infiere lo siguiente: a) **SVG** confesó que la aprehensión del predio derivó del «*contrato de promesa*» que suscribió con Inversiones 170 Ltda. en Liquidación; y b) Que ese compromiso preparatorio tiene vigencia y aún surte efectos.

En esas condiciones, es evidente que el actor al dimanar su señorío en la «*promesa*» celebrada con la compañía demandada, asegurar, sin rubor, que la misma todavía los ataba y sostener sin ambages que el propietario para recuperar la heredad debía acudir al ejercicio de las acciones contractuales tendientes a deshacer aquel ligamen, ciertamente, reconoció «*dominio ajeno*» en cabeza de su contraparte, de ahí que, por lo menos para la época en que se opuso a la «*acción dominical*» -10 de mayo de 2012- carecía de «*animus domini*», situación que se refuerza con la atenta lectura del aquel convenio preparatorio⁴ [fls. 4 a 12], en donde los «*prometientes*» no pactaron de manera clara, expresa e inequívoca la «*transferencia de la posesión*»; circunstancias que aparejan, a no dudar, que por lo menos para aquella calenda los actos de adecuación o cualquiera otra que ejecutara

⁴ Archivo digital: 005-2016-00045-02 Cuaderno Principal Pdf.

vinculado al predio solo pueden ser calificados como de «*mera tenencia*».

A riesgo de cansar, por averiguado se tiene que,

«el arrendatario, el **prometiente comprador** o un comodatario, por ejemplo, **al reconocer dominio ajeno desde un principio, no pueden considerarse poseedores, pues les falta el animus**, elemento preponderante en la posesión, al no ser como ha quedado dicho que se rebelen expresa y públicamente contra el derecho del propietario desconociéndole su calidad de señor, evento en el cual y bajo las condiciones legales indicadas podría llegar a convertirse en poseedor, interversando el título» -Énfasis ajeno al texto- (CSJ SC5187-2020, 18 dic.)

Pero aún de colegirse que a partir de mayo de 2012 el petente comenzó a comportarse como «*señor y dueño*» del inmueble e interiorizó su *animus*, esta posesión no es susceptible de calificar como tranquila, habida cuenta que ha sido persistente el propietario en procurar judicialmente el rescate del «*fundo*», sumado a que el tiempo para obtener el dominio por «*usucapión extraordinaria*» sería escaso, pues solamente trascurrieron tres (3) años y diez (10) meses, aproximadamente, para cuando se radicó el memorial incoativo de pertenencia [fl. 96]⁵. De cualquier modo, las aspiraciones del actor estarían condenadas al fracaso.

3.- Total, los reproches no pueden salir avante.

4.- Finalmente, ante el fracaso de la súplica extraordinaria, en aplicación del inciso final del artículo 349

⁵ *Ibidem*.

del Código General del Proceso, se impondrá condena en costas en contra del recurrente, y en favor de la parte demandada. Las agencias en derecho se tasarán, por la magistrada ponente, según el numeral 3° *idem* y para su cuantificación se tendrán en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia del 11 de febrero de 2021 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del asunto referenciado.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de la casación al recurrente, y en su liquidación se deberá incluir la suma de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de agencias en derecho en favor de la compañía opositora.

TERCERO. ORDENAR que, en oportunidad, se remita el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente

Hilda González Neira
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: DEE7F0D8CEC0E4946F640E82620298732FC79AAEF3D57FCC4586D53A7D6CEB5B

Documento generado en 2023-07-10