



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC1662-2019

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

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

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil diecinueve
(2019). -

Derrotado el proyecto inicialmente presentado por la Magistrada Sustanciadora y designado el conjuez para su decisión, se sometió a estudio el proyecto mediante el cual la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la señora **MARÍA JANETH DÍAZ GÓMEZ**, quien es cesionaria de los derechos litigiosos de MCT MANAGEMENT S. EN C. S. persona jurídica que a su turno adquirió dichos derechos del primigenio demandante y demandado en reconvenCIÓN, señor **GUSTAVO CHÁVEZ MATALLANA**, frente a la sentencia del 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso ordinario que este último promovió en contra de **FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA**,

HEREDEROS INDETERMINADOS de MARÍA CRISTINA HERNÁNDEZ DE CAMACHO y demás PERSONAS INDETERMINADAS con interés en el inmueble materia del litigio.

ANTECEDENTES

1. En la demanda con la que se dio inicio al proceso arriba referenciado, que obra en los folios 77 a 90 del cuaderno No. 1, subsanada con el escrito visible en los folios 92 y 93 siguientes, se solicitó en síntesis, declarar que el actor ganó por el "modo" de la "prescripción extraordinaria [adquisitiva]", la propiedad del inmueble distinguido con los números 109-51 de la carrera 4^a Este de la nomenclatura urbana de esta ciudad, identificado además por los linderos y características precisados en el mismo libelo introductorio; y que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la inscripción del correspondiente fallo en la matrícula inmobiliaria No. 050 0545092 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

2. En sustento de tales pretensiones, se adujeron los hechos que a continuación se comprendían:

2.1. En el mes de diciembre de 1969, el actor recibió de manos de Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho el inmueble materia de la acción, conforme documento firmado entre ellos.

2.2. Desde entonces, el accionante comenzó a poseer real y materialmente dicho bien, de manera ininterrumpida, pública, quieta y pacífica, realizando actos de verdadero dueño como conservarlo, reformarlo, pagar gravámenes, impuestos y servicios públicos, declararlo fiscalmente y mejorarlo.

2.3. Ni los demandados, ni ninguna otra persona, han desconocido la condición de poseedor del actor y frente a la perturbación de que fue objeto, él *"proveyó de inmediato para la defensa de sus intereses y legítimos derechos como propietario, en actuación que cursa actualmente en el JUZGADO 18º CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ"*.

3. El Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de esta capital, al que por reparto le correspondió conocer el asunto, admitió la demanda con auto del 20 de mayo de 1991, en el que además ordenó el emplazamiento de los HEREDEROS INDETERMINADOS de la señora María Cristina Hernández de Camacho y de las PERSONAS INDETERMINADAS con interés en el inmueble objeto de la usucapión suplicada¹.

4. El demandado FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA fue notificado del proveído a través relacionado en forma personal, por intermedio del apoderado judicial que designó para que lo representara, en diligencia cumplida el 28 de mayo de 1992².

¹ Fl. 94, c. 1.

² Fl. 134, c. 1.

En tiempo, realizó los siguientes actos defensivos:

4.1. Contestó el libelo, en desarrollo de lo cual se opuso al acogimiento de sus pretensiones, manifestó no ser ciertos los hechos en él planteados y bajo la denominación de "*EXCEPCIONES DE MÉRITO*" alegó la "*carencia de derecho, no ser poseedor el demandante, incumplimiento del demandante, nulidad absoluta y relativa, compensación, prescripción y en general todas aquellas que resultaren probadas*"³, sin ningún desarrollo o sustentación de las mismas.

4.2. Por aparte, formuló demanda de *reconvención*⁴, en la que solicitó, de forma principal, declarar que él y la sucesión de María Cristina Hernández de Camacho, son los propietarios del inmueble disputado; su restitución por parte de Gustavo Chávez Matallana; y condenar a éste a pagar los "*frutos naturales y civiles que ha debido producir (...) según se determinará en el curso del proceso*".

Subsidiariamente, sobre la base de que entre las partes se celebró un contrato de promesa de compraventa, solicitó la resolución del mismo, por incumplimiento del reconvenido; y que, en tal virtud, se ordene a éste restituir el inmueble materia de la negociación, junto con los frutos y deterioros causados, y sin derecho al reconocimiento de mejoras.

³ Fls. 133 y 134, cd. 3.

⁴ Fls. 115 a 132, cd. 3, subsanada con escrito de fl. 142 *ibidem*.

En respaldo de tales reclamaciones, el reconviniente adujo la celebración entre las partes, del contrato de promesa de compraventa sobre el que versaron las mismas; que en razón de éste, se entregó al prometiente comprador, Gustavo Chávez Matallana, el inmueble disputado; que él incumplió ese acuerdo de voluntades, como quiera que no efectuó los pagos estipulados, ni compareció a la notaría en la oportunidad fijada para el otorgamiento del instrumento con el que se perfeccionaría la enajenación; y que el nombrado no se hizo parte en el concurso de acreedores de Francisco José Camacho Amaya, tramitado en el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, a exigir la satisfacción de la obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de venta.

5. La curadora *ad litem* designada para representar a los HEREDEROS INDETERMINADOS de María Cristina Hernández de Camacho, así como a las PERSONAS INDETERMINADAS con interés en el inmueble materia de la controversia, se notificó personalmente del proveído admisorio, el 21 de febrero de 1994⁵. En la contestación que presentó, se pronunció solamente sobre los hechos aducidos⁶.

6. En condición de HEREDEROS DETERMINADOS de la citada causante, comparecieron al proceso los señores MARÍA CLARA CAMACHO DE NAVARRETE, ANA RITA

⁵ Fl. 150, cd. 1.

⁶ Fls. 151 y 152, cd. 1.

CAMACHO DE TOBÓN, MAURICIO FRANCISCO CAMACHO HERNÁNDEZ, ROBERTO JOSÉ CAMACHO HERNÁNDEZ, JUAN RICARDO CAMACHO HERNÁNDEZ y FRANCISCO JAVIER CAMACHO HERNÁNDEZ⁷.

Emplazados los terceros interesados⁸, se les designó curadora *ad litem*⁹, a quien se le enteró personalmente del auto **advisorio en diligencia del 18 de julio de 1997**¹⁰. La auxiliar de la justicia replicó el libelo **introductorio**, en desarrollo de lo cual se refirió a los hechos allí alegados¹¹.

7. La demanda de reconvención atrás relacionada, fue admitida mediante auto del 18 de mayo de 1999, que se notificó por cédula del día 20 siguiente¹².

El reconvenido la contestó en tiempo y, en tal virtud, se opuso a sus pretensiones principales y subsidiarias, se pronunció de distinta manera sobre los hechos en ella invocados y formuló las excepciones meritorias que denominó "*PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO*", "*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*", "*MUTUO DISENSO*", "*INEXISTENCIA DE LA ACCIÓN*" y "*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN*"¹³.

En escrito separado, planteó las excepciones previas de "*FALTA DE COMPETENCIA*", "*COMPROBAMIENTO Y CLAUSULA*

⁷ Fls. 118 a 128, cd. 1.

⁸ Fls 191 a 200, cd. 1

⁹ Fl. 200, cd. 1

¹⁰ Fl. 218, cd. 1.

¹¹ Fls. 217 y 218, cd. 1

¹² Fl. 159, cd. 1.

¹³ Fls. 160 a 167, cd. 3

COMPROMISORIA” y “**CADUCIDAD**”¹⁵, que fueron denegadas en primera instancia (auto del 12 de octubre de 1999¹⁶), determinación que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, en proveído del 19 de enero de 2001¹⁷.

8. Mediante auto del 17 de julio de 2007 se aceptó la cesión de derechos litigiosos que el primigenio actor efectuó a MCT MANAGEMENT S. EN C. S.¹⁸, decisión igualmente confirmada por el *ad quem* el 20 de septiembre de 2012¹⁹.

9. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá dictó sentencia de primera instancia el 22 de septiembre de 2010, en la que desestimó las excepciones meritorias propuestas frente a la acción principal; accedió a la declaración de pertenencia invocada por el primigenio actor; ordenó el registro del fallo en la matrícula inmobiliaria No. 50N-545092; levantó la inscripción de la demanda; denegó la totalidad de las pretensiones formuladas en la reconvenCIÓN; y condenó en costas al inicial accionado y reconviniente²⁰.

10. FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA²¹ y los HEREDEROS DETERMINADOS de María Cristina

¹⁵ FJs. 197 y 198, cd. 3.

¹⁶ FJs. 203 y 204, cd. 3.

¹⁷ FJs. 49 a 56, cd. 9.

¹⁸ F. 465, cd. 3.

¹⁹ FJs. 5 a 7, cuaderno de segunda instancia sin número visible.

²⁰ FJs. 552 a 568, cd. 3.

²¹ F. 584, cd. 3.

Hernández de Camacho²¹, interpusieron recurso de apelación contra el comentado fallo.

11. En providencia del 2 de febrero de 2012, el Juzgado del conocimiento, entre otras decisiones, aceptó la cesión de derechos litigiosos que MGT MANAGEMENT S. EN C. S. realizó en favor de MARÍA JANETH DÍAZ GÓMEZ; y concedió las alzadas planteadas por el extremo demandado²².

12. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, desató la alzada con sentencia del 18 de octubre de 2012²³, en la que revocó la del inferior y, a cambio, resolvió:

- a) Denegar las pretensiones tanto de la demanda principal, como de la reconvenCIÓN.
- b) Desestimar las excepciones formuladas frente a la contrademanda, salvo la de mutuo disenso, que acogió y que lo condujo a declarar resuelto el contrato de promesa de compraventa traído al proceso.
- c) Condenar al primigenio accionante a restituir el inmueble de la litis y a pagar a los gestores de la reconvenCIÓN los frutos civiles causados y que se causen desde la celebración de la promesa de compraventa y hasta la entrega del inmueble, que tasó en la cantidad de \$832.018.000.oo, para el 31 de octubre de 2012.

²¹ Fl. 585, cd. 3.

²² Fls. 599 a 602, cd. 3.

²³ Fls. 38 a 61, cd. 10.

d) Condenar a Francisco José Camacho Amaya y a los herederos de María Cristina Hernández de Camacho a pagar a Gustavo Chávez Matallana la suma de \$237.900.000.oo, recibida como parte del precio de la compraventa prometida, y la cantidad de \$112.004.000.oo, correspondiente a mejoras, ambos valores con intereses del 6% anual causados desde el 1º de noviembre de 2012.

e) Autorizar a las partes para efectuar las compensaciones pertinentes.

EL FALLO DEL AD QUEM

Para arribar a las decisiones que prosirió, la señalada autoridad, después de advertir sobre el cumplimiento de los presupuestos procesales, razonó de la manera que pasa a simplificarse:

1. Empezó por la usucapión reclamada en la demanda generatriz de la controversia, sobre la que acotó:

1.1. Es indispensable para su prosperidad la comprobación de que versa sobre una cosa u objeto susceptible de ganarse por prescripción, de que ella ha sido poseída por el demandante durante todo el tiempo exigido por la ley y de que dicha detención ha sido ininterrumpida.

1.2. Luego de tener por cumplido el primero de esos presupuestos, coligió el fracaso del segundo, habida cuenta que:

1.2.1. No puede tenerse por iniciada la posesión esgrimida por el actor, a partir de la entrega del bien que le hicieron los señores Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho en virtud del contrato de promesa de compraventa que celebraron, puesto que *"ese desplazamiento de hecho no convirtió a su beneficiario en poseedor del inmueble sino apenas en un mero tenedor, desde luego que con la promesa se reconoció dominio ajeno, aunque en esos negocios es viable estipular de manera expresa e inequívoca que el prometiente comprador fungirá como poseedor material, ya que el prometiente vendedor puede despojarse voluntariamente de su señorío de hecho para transferírselo a su par contractual, situación ésta que no aconteció en el caso, como se verá"*, tesis que sustentó con la reproducción, que hizo, de un fallo de esta Corte.

1.2.2. En consonancia con lo anterior, estimó que en casos como ese *"puede haber prescripción (...), solo en la medida en que se acredite la verdadera interversión del título, esto es, una nítida y contundente mutación del título de tenencia u otro, hacia el título de posesión exclusiva, es decir, un claro desplazamiento en rebeldía a partir del cual empieza a contarse el término de la prescripción extraordinaria"*, cambio que sólo puede darse *"desde cuando quien así procede lo hace de manera pública, abierta y franca para negar el derecho del que reconocía como dueño, además de que (...) acompaña con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervertido su título que*

pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta transcendente mutación y cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca".

1.2.3. Así las cosas, indagó sobre si en el *sub lite* se demostró la interversión del título de mero tenedor del señor Gustavo Chávez Matallana por el de poseedor y concluyó que dicha transformación no pudo darse "antes del 30 de abril de 1970, que era la fecha en que debía celebrarse el contrato prometido, ni con anterioridad al 30 de septiembre de 1970, pues ese día debía realizarse el pago del último contado del precio. Esto sin dejar de observar que el demandante hizo un abono a capital e intereses el 28 de enero de 1971 (folio 17 del cuaderno 1)".

Del mismo modo, descartó que la mutación de su calidad de tenedor a poseedor hubiera quedado demostrada con las declaraciones de renta presentadas, toda vez que "dicho acto no es un hecho público y ostensible de desconocimiento frente al dueño, que es quien puede oponerse a esa posesión, porque de lo contrario esta es clandestina, a términos del artículo 774, inciso final, del Código Civil".

Y pese a que consideró que la celebración del contrato de arrendamiento con el señor Volker Seger, tampoco era un proceder claramente indicativo de la modificación investigada, tomó la fecha del mismo, 7 de marzo de 1975, como el momento de inicio de la posesión del usucapiente, en atención a que éste realizó dicho negocio jurídico "sin autorización del dueño y por tres años", a que luego el actor

"retornó a residir en el inmueble" y a que "desde esa fecha el poseedor introdujo mejoras al inmueble" y "defendió la posesión en el marco del concurso de acreedores adelantado contra el codemandado Francisco José Camacho Amaya tramitado en el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, en donde promovió incidente de levantamiento del secuestro del inmueble, obteniendo el reconocimiento judicial de su calidad de poseedor y la cancelación de esa medida cautelar".

1.2.4. No obstante lo anterior, coligió que, de todas maneras, *"la pretensión de pertenencia no puede salir gananciosa, pues entre la eventual interversión del título el 7 de marzo de 1975 y la presentación de la demanda (...) el 11 de abril de 1991, apenas hubieran transcurrido diecisésis (16) años, un (1) mes y cuatro (4) días, lapso de tiempo inferior a los veinte años exigidos para que operara la adquisición del dominio por vía de la prescripción extraordinaria"*, término que aplicó en consideración a que el inicio del litigio fue anterior a la vigencia de la Ley 791 de 2002, que lo redujo a la mitad.

1.3. En definitiva, afirmó el fracaso de la acción intentada con la demanda primigeniamente presentada por el señor Gustavo Chávez Matallana.

2. Pasó al estudio de la reconvención, en desarrollo de lo cual analizó por separado las pretensiones principales y las subsidiarias.

2.1. Respecto de las primeras, identificó la promoción de una *"acción de dominio"*, en relación con la que estimó:

2.1.1. Son sus elementos estructurales, la propiedad en el actor, la posesión en el demandado, que recaiga sobre cosa singular reivindicable o una cuota de ella y que haya identidad del bien perseguido con el detentado por el accionado.

2.1.2. Tras reconocer la comprobación de esos requisitos, aseveró que *"el infortunio de la reivindicación emana porque el origen de la detención material del inmueble por parte del demandado en reconvencción se remonta a una promesa de compraventa que proporciona una justificación para la permanencia [en el] inmueble del prometiente comprador"*.

2.1.3. Explicó que esa situación no puede desconocerse con la acción de dominio, en tanto que ella sólo tiene cabida cuando la posesión *"se ha perdido por causas ajenas a la voluntad del propietario"*, por lo que *"no puede ser invocada con éxito[,] cuando el desprendimiento de la detención material se produce por su consentimiento vertido en un contrato válidamente celebrado, pues en estos casos es necesaria la destrucción de dicho convenio para obtener la restitución del predio"*, criterio que sustentó con la reproducción parcial de otro pronunciamiento de esta Corporación.

2.2. Y en relación con las pretensiones subsidiarias, avizoró el ejercicio de una acción de resolución por incumplimiento, sobre la que acotó:

2.2.1. Su reconocimiento exige la satisfacción de "los siguientes requisitos: a) invocación de un contrato bilateral legalmente celebrado, como fuente de obligaciones; b) cumplimiento de las obligaciones, o allanamiento a cumplirlas, por parte del demandante; y c) incumplimiento total o parcial de las obligaciones por el demandado".

2.2.2. En desarrollo de la segunda de tales premisas, se "ha sostenido que, en linea de principio, sólo está legitimado para demandar la resolución o el cumplimiento del contrato, quien a su vez cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del tiempo y modo acordados".

2.2.3. La pertenencia ejercida en la demanda principal, "no enerva la posibilidad de plantear la resolución en reconvencción, cual sustituye el a quo, si además de que la ley no traza limitación en ese sentido, en todo el debate hay de por medio una promesa de compraventa".

2.2.4. La resolución impetrada no se abre paso, como quiera que está "ausente (...) la evidencia que demuestre que el demandante en reconvencción cumplió con sus obligaciones o se allanó a cumplirlas, con independencia del comprobado incumplimiento del demandante primigenio de su obligación de pagar el precio", toda vez que aquél "no concurrió a la Notaría a celebrar el contrato prometido, y tampoco tenía posibilidades de hacerlo porque el bien se encontraba embargado para esa fecha".

2.2.5. El incumplimiento reciproco de los contratantes, frustra la resolución planteada.

3. Enseguida, el Tribunal estimó que "[d]ada la necesidad de solucionar este dilatado litigio, debe pasarse al análisis de la resolución por mutuo disenso que como excepción propuso el reconvenido", lo que hizo en los siguientes términos:

3.1. La formulación "de dicho medio de distracto en la contestación a la demanda de mutua petición habilita al juzgador para su análisis, como así por cierto ha aceptado la jurisprudencia, en particular la sentencia de 7 de marzo de 2000, en la cual se dejó establecido que podía resolverse sobre el mutuo disenso si esta figura era invocada en los extremos del litigio, pues el juez debe proferir una sentencia armónica con el objeto del proceso 'es decir, con las pretensiones formuladas en la demanda, las excepciones propuestas por el demandado y, si fuere el caso, con las súplicas de la reconvenión y de los hechos exceptivos que se aduzcan para lograr su enervamiento', ocasión en que reiteró la sentencia de 28 de noviembre de 1977 sobre ese mismo punto".

3.2. Para el Tribunal "es claro que en el negocio de autos operó el mutuo disenso, esto es, una reiterada omisión de las partes en el cumplimiento de las prestaciones, que fueron expresivas tácitamente de la voluntad conjunta o separada tendiente a la reciproca intención de desistir de la promesa de compraventa celebrada", planteamiento que ilustró con la transcripción de otra sentencia de esta Corporación.

3.3. No hay duda, entonces, de que en el presente caso "la promesa de compraventa debe considerarse resuelta por el mutuo disenso tácito, pues la conducta de las partes revela que

abdicaron por completo la atención de sus compromisos contractuales, ya que, de un lado, incumplieron el programa contractual que trazaba las prestaciones a su cargo, y de otro, después de esa primera etapa dejaron de concretar por más de veinte años nuevas fechas para otorgar la escritura pública de compraventa, pagar el saldo insoluto del precio o levantar las medidas cautelares que impiden su enajenación".

Se añade a lo anterior, el reconocimiento que de la promesa de compraventa hicieron las partes en las demandas respectivas, "aunque ya sin la muestra de persistir en el cumplimiento, pues una cosa es pretender favorecerse de los efectos de un contrato reciprocamente incumplido, y otra tener la intención de honrar aún después de mucho tiempo la voluntad que otrora se empeñó, voluntad última que no aflora en modo alguno".

3.4. La "excepción de contrato no cumplido no puede primar sobre el mutuo disenso, por cuanto las faltas contractuales del demandado en reconvenCIÓN, consistentes en el incumplimiento en el pago de las cuotas exigibles el 30 de enero y 30 de abril de 1970, se produjeron antes que su demandante dejara de concurrir a la Notaría a celebrar el contrato prometido".

3.5. Tampoco se estructura la prescripción extintiva, habida cuenta que "el demandado en reconvenCIÓN se apoyó en [la promesa] para fundamentar el inicio de la posesión que invocó en la pretensión de pertenencia de la demanda principal, por donde emanó que reconoce la existencia del contrato para aspirar a la declaración de efectos que le favorecen y no puede ignorarlo en aquello que le perjudica, pues de hacerlo se desconocería el

principio lógico de contradicción, que consiste en la imposibilidad de reconocer que una cosa sea y no sea al mismo tiempo”.

3.6. La resolución por mutuo disenso de la promesa de compraventa comporta “situar a las partes en el mismo contexto en que se encontraban antes de celebrar el contrato”, por lo que deberá condenarse a los prometientes vendedores a reintegrarle al prometiente comprador la suma que éste pagó por concepto del precio, que ascendió a la cantidad de \$360.000, y a pagarle las mejoras plantadas en el predio. A su turno, se ordenará al segundo restituirle a aquéllos el inmueble objeto de la negociación, junto con los frutos.

3.7. Los valores por precio pagado y frutos, deberán corregirse monetariamente hasta cuando se efectúe su reintegro efectivo; y respecto de los segundos, como lo sufragado por el comprador equivalió al 37% del precio total acordado, se dispondrá su reembolso en esa misma proporción.

3.8. Efectuados los cálculos, se establece:

3.8.1. El “bien debió generar frutos civiles por valor de \$2.248'695.000,00 entre el 1 de enero de 1970 hasta el 31 de octubre de 2012, por donde adviene que el demandado en reconvenCIÓN debe restituir el 37% de los frutos civiles que debían devengarse, los cuales ascienden a la suma de \$832'018.000,00. Y además, deberá pagar el 37% de \$14'310.000,00 como canon de arrendamiento mensual de 2012, por cada mes en adelante y hasta la entrega de bien, canon que se incrementará en el mismo

porcentaje del IPC del año anterior, a partir del 1 de enero del año siguiente".

3.8.2. El "demandado en reconvenión tiene derecho a percibir el valor de las mejoras efectuadas al inmueble que fue tasado por el perito en la suma de \$67'500.000,00, las cuales son útiles porque contribuyeron al incremento del valor venal de la cosa".

3.8.3. Corregido el precio pagado (\$360.000,00) a septiembre de 2012, se obtiene como resultado la cantidad de \$237.900.000,00; a su turno, la indexación del valor de las mejoras para la misma fecha, arroja la suma de \$112.004.000,00.

3.8.4. Sobre los montos precedentes, se reconocerán "intereses civiles del 6% anual a partir del 1º de noviembre de 2012".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene cuatro cargos, de los cuales la Corte sólo estudiará los dos primeros.

Empezará por el inicial, debido a que versó sobre la primigenia demanda; y continuará con el segundo, en el que se denunció la incongruencia del fallo acusado, al declarar la resolución por mutuo disenso del contrato de promesa de compraventa vinculante de los extremos litigiosos, censura que al estar llamada a prosperar, impide

el estudio de las dos restantes, que trataron sobre la misma materia.

CARGO PRIMERO

Con fundamento en el numeral 1º del canon 368 del Código de Procedimiento Civil, se denunció la sentencia del Tribunal por ser directa e indirectamente violatoria de los artículos 762, 764, 765, 2512, 2518, 2531, 2532 del Código Civil y 407 del primero de tales estatutos.

La censura se desarrolló por la siguiente senda argumentativa:

1. De entrada, el censor puso de presente que dos fueron, y de diferente naturaleza, los argumentos sustentantes de la inferencia del Tribunal, relativa a que el primigenio demandante ingresó al predio materia del litigio como mero tenedor, a saber:

1.1. La promesa de compraventa no es título originario, ni traslación de dominio y, por lo mismo, justo, planteamiento de linaje "eminente jurídico", pues con él, lo que dicha autoridad afirmó fue la "inidoneidad de la promesa de contrato para generar por si posesión, como una teoría general aplicable a toda suerte de promesas de contrato, y no solamente a la de acá".

1.2. La entrega que en desarrollo de dicho negocio jurídico se haga del bien prometido en venta, no convierte al

potencial comprador en poseedor, "a menos que se estipule de 'manera expresa e inequívoca' que el prometiente vendedor se despoja voluntariamente de su señorío de hecho, 'situación (...) que no aconteció en el caso, como se verá (...)"', argumento de "carácter fáctico", toda vez que, en suma, refirió la ausencia en el contrato ajustado por los litigantes, de una cláusula en donde así se previera.

2. En consonancia con ese entendimiento de la sentencia combatida y de la naturaleza que asignó a cada uno de los anotados planteamientos, el impugnante se ocupó a continuación de combatir el primero de ellos, lo que hizo por la vía directa, con apoyo en los razonamientos que pasan a exponerse:

2.1. Para el sentenciador de segunda instancia "lo que impide a la promesa de contrato ser generativa de 'posesión' es que no es título originario ni traslaticio de 'dominio'".

2.2. De ese planteamiento se infiere que dicha autoridad confundió dominio y posesión, como si fueran lo mismo, cuando es lo cierto que se trata de "dos cosas que por sí solas son autónomas, y que su existencia no depende la una de la otra: en efecto, se puede ser poseedor sin ser dueño y viceversa. Una cosa, pues, es el dominio y muy otra la posesión; y si bien puede en un momento dado estar las dos reunidas en un mismo titular, no da (...) pie para establecer entre ellas una fatalidad coexistente", menos cuando, como se sabe, "la posesión es fundamentalmente un hecho, que en principio, por lo mismo, puede darse con independencia de todo aspecto jurídico",

tesis en cuyo respaldo aludió a los planteamientos que sobre el particular efectuó un tratadista nacional, en la obra que de él citó.

2.3. La posesión, por consiguiente, puede ocurrir mediando o no un negocio jurídico, sin que puedan exceptuarse los casos en los que se celebra una promesa de contratar, menos *"por la razón que ofreció el tribunal, vale decir, por el simple motivo de que no es título originario ni traslación de 'dominio'"*, pues esta condición no impide que la situación que se derive de esa clase de convenios, desemboque en la *"posesión de la cosa"*, ya que resulta inadmisible pensar que *"sólo pudiera ser en tales casos poseedor quien tenga la potencialidad de que el contrato lo convierta en dueño"*.

2.4. Erró igualmente el Tribunal, cuando afirmó que la promesa no es *"justo" título*, pues esa condición tiene relación *"con la posesión regular, esa posesión privilegiada que conduce a la usucapión breve y sucinta que es la ordinaria"*, aseveración que confirma *"la inexcusable confusión del juzgador"*, en tanto que con ella dio a entender *"que sólo es poseedor quien flamea un título que, por sus propias características, tiene capacidad de tornarlo en dueño, y, además rápidamente, es decir, que pueda invocar la posesión regular y la prescripción ordinaria"*.

2.5. La tesis de que *"la promesa no sirve de referencia para auscultar una eventual posesión, desde que por ella se reconoce dominio ajeno"*, luce igualmente equivocada, *"[p]orque siendo estrictos, todo promitente comprador, desde que*

espera que su contraparte deba hacerle algún día la escritura pública que formalice la compraventa, está reconociendo dominio ajeno, y en ese sentido, de seguir la errónea tesis del tribunal, jamás, ni aquí ni allá, ni acallá una promesa sería apta para generar posesión. Ni siquiera cuando hay expresividad de que la posesión se concede, pues que, de todos modos, gravitaría aquello del reconocimiento del dominio ajeno que representa el sólo esperar que le otorguen más tarde el acto escriturario. Y por supuesto, eliminar la posesión por ese escrupulo draconiano sería aberrante. Es que lo de la posesión es ante todo un hecho; y en ese sentido lo trascendente son los actos que la traduzcan", como lo señaló la Corte al comparar la posesión inscrita con la material, en el fallo que el recurrente reprodujo parcialmente.

3. Frente al otro sustento esgrimido por el Tribunal, de que en la promesa nada se pactó sobre el otorgamiento de la posesión al prometiente comprador, el impugnante adujo:

3.1. La violación indirecta de los preceptos que enlistó al inicio de la censura, dado que el sentenciador de segunda instancia "pasó por alto que la promesa de compraventa ajustada entre las partes contendientes, aun cuando sin fórmulas sacramentales, si contiene la suficiente expresividad de que en adelante el prometiente comprador actuaria soberanamente sobre la cosa contratada, y que entonces aquella entrega material de que fue objeto no tuvo jamás la connotación de mera tenencia, sino de posesión, cual lo revela ampliamente el comportamiento y actitud que a partir de allí observó Gustavo Chávez Mutallana".

3.2. Seguidamente le atribuyó al mencionado juzgador, los siguientes yerros fácticos:

3.2.1. Pretermitir la cláusula decimoprimera del contrato de promesa, toda vez que la previsión que allí se adoptó sobre el pago de impuestos, particularmente, que los causados con posterioridad al 31 de diciembre de 1969 corrian por cuenta del prometiente comprador, es claramente indicativa de que *"desde la celebración del contrato existió una voluntad explícita para el cambio de las disposiciones mentales en torno a la posesión"*.

3.2.2. Desconocer el punto sexto del mismo contrato, sobre el pago de servicios públicos y "celaduria", que en asocio con la reglamentación sobre las cargas impositivas, revela *"la intención contractual de que fuera el prometiente comprador el que vele desde entonces por la suerte del bien, no simplemente como corresponde a un tenedor, ya que los tenedores no tiene la cosa para asumir ese tipo de deudas"*.

3.2.3. Ignorar la misiva obrante a folio 12 del cuaderno No. 1, en la que Chávez Matallana advierte al Banco de Comercio, en su condición de acreedor hipotecario e intermediario en la compraventa, sobre los defectos del inmueble, de la que se infiere que si el citado comprador hubiese tenido a los esposos Camacho - Hernández como sus poseedores, se hubiere dirigido a ellos en procura de obtener la solución de los problemas que evidenciaba el mismo.

3.2.4. Olvidar que el nombrado prometiente comprador, efectivamente, asumió el pago de los impuestos a partir de 1970, como se acreditó con el documento de folio 18 del cuaderno No. 1.

3.2.5. Omitir el escrito que milita en los folios 19 y 20 del cuaderno principal, con el que se comprobó que Gustavo Chávez Matallana fue quien afrontó las vicisitudes concernientes con la "*valorización*".

3.2.6. Preterir la carta de folio 65 del cuaderno 1, en la que uno de los vecinos del inmueble requirió al precitado demandante, en su condición de propietario, para que regularice el muro medianero entre sus predios, misiva con la que se constata el reconocimiento de éste como dueño del bien raíz, por uno de los habitantes del sector.

3.2.7. Desatender la declaración de "*renta y patrimonio*" correspondiente al año 1970, presentada por el mencionado actor, en la que incluyó como bien suyo el inmueble de que aquí se trata.

3.2.8. Minimizar el significado que tuvo el arrendamiento de la casa a un tercero, por parte de Chávez Matallana, como se acreditó con el contrato que obra en los folios 48 y siguientes del cuaderno principal.

3.2.9. Tergiversar el dictamen pericial, en lo concerniente con el tiempo de vetustez de las reformas y construcciones que el primigenio demandante y demandado

en reconvención realizó en el inmueble litigado, pues el *ad quem* entendió que el concepto del experto fue que esos arreglos databan de 15 años atrás a la fecha del dictamen (26 de abril de 2001), por lo que ubicó su realización a partir del año 1986, cuando lo expresado por el perito fue que “*la antigüedad de las mejoras supera los quince años*”, manifestación indicativa “*de una época más amplia, que en todo caso rebasa la anualidad escogida caprichosamente por el juzgador*”.

3.2.10. Inadvertir que el gestor de la controversia, desde el inicio de la misma, admitió su condición de poseedor del bien materia de la litis y, como tal, resistió la reivindicación solicitada en la reconvención, postura que asumió con apego y a la luz del contrato de promesa de compraventa que celebró con sus accionados y contrademandantes.

3.2.11. Soslayar que el primigenio demandado, por una parte, aseveró, al contestar el libelo introductorio, hechos contrarios a la realidad, como que el actor no era poseedor; y, por otra, dilató el proceso. Si el *ad quem* hubiese apreciado esas conductas, habría aplicado los indicios de que tratan los artículos 95 y 249 del Código de Procedimiento Civil.

3.2.12. Saltarse el indicio que se deriva de la conducta post-contratual de los prometientes vendedores, quienes luego de celebrado el referido contrato preparatorio, se olvidaron de él y del inmueble objeto del mismo, por más de

veinte años, actitud que encuentra explicación en el hecho de que "Chávez era el poseedor y así lo entendían los demás, incluidos" aquéllos.

3.2.13. Dejar de lado la respuesta a la pregunta quince del interrogatorio de parte formulado a Francisco José Camacho Amaya, en la que admitió que fue su criterio que "el inmueble no hacía parte del concurso de acreedores" que se adelantó respecto de él, dato que ratifica la convicción que tenía de que Gustavo Chávez Matallana era el poseedor del mismo.

3.2.14. No ver la confesión del precitado accionado y demandante en reconvenCIÓN, de que siempre ha vivido en cercanías del inmueble en cuestión, (respuesta a la pregunta décima del interrogatorio), pues de ese hecho se desgaja que estuvo al tanto de todo lo que el prometiente comprador hizo con la casa del pleito.

3.2.15. Pasar por alto las decisiones judiciales en las que se reconoció a Gustavo Chávez Matallana como poseedor de la casa y que obran en este proceso, que el recurrente reprodujo y comentó en lo que estimó pertinente.

3.2.16. Mutilar las declaraciones de Julio Enrique Sánchez González, Carlos de Greiff Moreno y Jorge Orlando Gómez Caicedo, en tanto que el Tribunal sólo las tuvo en cuenta para reconocer que el detentador del inmueble returnó a residir en él luego de que lo arrendó, sin

percatarse de los demás datos que sobre la posesión de éste, los testigos suministraron.

4. En definitiva, el censor concluyó que de no ser por los errores en que incurrió el Tribunal, dicha autoridad "habría establecido (...) que el clausulado general de la promesa misma y la actitud que de inmediato desplegaron las partes, señala a voces que tal precontrato sí encarnó un pacto bastante expresivo de que Chávez recibía la posesión de la cosa", inferencia que lo llevó a insistir en el quebrantamiento de las normas sustanciales que explicitó.

CONSIDERACIONES

1. Hay que dejar en claro, que el cargo cuyo estudio emprende ahora la Corte, tiene por fin exclusivo combatir la negativa de la usucapión reclamada en la demanda con la que se dio inicio al proceso, que decidió el Tribunal.

Siendo ello así, propio es notar, entonces, que la hipotética prosperidad de la acusación, ocasionaría el completo arrasamiento del fallo impugnado y que, por lo mismo, no habría lugar a analizar las otras tres censuras plateadas en la demanda de casación, como quiera que todas conciernen con la resolución por mutuo disenso que se decretó de la promesa de compraventa celebrada por los litigantes en relación con el inmueble aquí disputado.

Es que de abrirse camino la pertenencia, ningún sentido tendría aplicar la mencionada sanción contractual.

Ello explica por qué, independientemente del resultado al que se llegue, es imperativo hacer primero el estudio del presente cargo.

2. El Tribunal desestimó la usucapión impetrada en la demanda generatriz de la controversia, debido a que, para la fecha de presentación de la misma, la posesión ejercitada por el señor Gustavo Chávez Matallana sobre el inmueble materia de la acción, no alcanzaba los veinte años exigidos por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, que modificó en lo pertinente la regla final del artículo 2531 del Código Civil, precepto que aplicó por cuanto para el momento en el que empezó este asunto litigioso (11 de abril de 1991), no había sido expedida la Ley 791 de 2002.

Y a dicha inferencia llegó, vincado en las siguientes razones:

2.1. La promesa de compraventa no es un título traslaticio ni de vocación traslaticia y, menos, de la posesión, en tanto que la obligación que de ella se desprende para las partes, es la de celebrar el contrato prometido y puesto que presupone el reconocimiento, por parte del adquirente, de dominio ajeno, esto es, la condición de dueño del prometiente vendedor.

2.2. En consecuencia, la entrega anticipada que del bien se haga en desarrollo del referido negocio preparatorio, instituye a quien lo recibe como mero tenedor.

2.3. Para que mediante el contrato de que se trata se constituya poseedor al prometente comprador, es necesario que en él se estipule expresa e inequivocamente la voluntad del prometiente vendedor de desprenderse de la posesión y del prometiente comprador de adquirirla.

2.4. Como la promesa celebrada por las partes no contiene tal mención expresa e inequívoca, la entrega que en virtud de ella se hizo a Chávez Matallana, fue sólo de la tenencia del inmueble.

2.5. Así las cosas, la posesión aducida por el nombrado accionante sólo pudo iniciarse cuando modificó su situación frente al bien para cambiar su título de tenedor a poseedor, mutación que, en el mejor de los casos, sólo acaeció cuando aquél arrendó el inmueble a un tercero, hecho que tuvo ocurrencia el 7 de marzo de 1975, aunque este hecho también podía ser equivoco porque también puede arrendarse un bien ajeno.

2.6. Por consiguiente, a la fecha de presentación de la demanda de pertenencia (11 de abril de 1991), la posesión ejercida y efectivamente acreditada por su promotor, no había alcanzado el término de veinte años, exigido para la configuración de la prescripción adquisitiva extraordinaria, sin que sea aquí aplicable la Ley 791 de 2002, pues la misma no había sido expedida entonces.

3. Para combatir la comentada decisión, el recurrente formuló dos específicas acusaciones:

3.1. En primer lugar, el quebranto directo de las normas sustanciales indicadas en el cargo, como consecuencia de que el Tribunal afirmó que la promesa de contratar no es un título originario, traslático y justo de dominio y, con tal fundamento, coligió que de dicho negocio, por ende, no puede surgir la posesión, pues con esa forma de razonar, el *ad quem* confundió esta figura jurídica con el derecho de propiedad.

3.2. Y, en segundo término, la infracción indirecta de los mismos preceptos, puesto que la promesa de compraventa celebrada por las partes contiene menciones de las que puede desprenderse que la intención de sus celebrantes fue la de transferirle al prometiente comprador la posesión del bien que los prometientes vendedores le entregaron, las cuales el Tribunal no apreció, a lo que se añade el comportamiento post-contractual de los intervenientes, claramente indicativo de que el primero se hizo cargo del bien a título de poseedor, conductas que dicha autoridad igualmente soslayó.

4. Sobre la primera de esas acusaciones, se impone el siguiente análisis:

4.1. No es exacto, que uno de los fundamentos cardinales de la negativa a conceder la pertenencia, fue que el Tribunal confundiera propiedad y posesión y que, en virtud de ello, dedujera que de la promesa de contratar no puede derivarse la segunda, toda vez que no es un título,

por una parte, originario y traslático de dominio y, por otra, "justo".

4.2. Mirado en todo su contexto el fallo confutado, se colige que el verdadero sentido de sus consideraciones está referido a que la promesa de contratar no es, *per se*, un título traslático ni de vocación traslática de la posesión del inmueble materia de la negociación. Para que ello acaezca, se impone a los contratantes explicitarlo así en el contrato mismo.

Véase cómo, lo que sobre el particular expresó la mencionada Corporación, fue:

Cumple precisar que la relación material del demandante primigenio se originó en la promesa de compraventa de 17 de diciembre de 1969 (folios 3 a 8 del cuaderno 1), que celebró en calidad de promitente comprador con el demandado Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho (q.e.p.d.), quienes fungieron como promitentes vendedores.

Empero, la promesa de compraventa no puede tomarse como referente para iniciar la posesión, pues aunque en el contrato se anticipara la entrega al promitente comprador, ese desplazamiento de hecho no convirtió a su beneficiario en poseedor del inmueble sino apenas en un tenedor, desde luego que con la promesa se reconoció dominio ajeno, aunque en esos negocios es viable estipular de manera expresa e inequívoca que el prometiente comprador fungirá como poseedor material, ya que el prometiente vendedor puede despojarse voluntariamente de su señorío de hecho sobre el bien para transferírselo a su par contractual, situación ésta que no acontecio en el caso, como se verá (se subraya).

A continuación, el *ad quem* trajo a colación la providencia de esta Corte a que se refirió el recurrente y seguidamente concluyó:

Así las cosas, es diáfano que la posesión del demandante no surgió a partir de la promesa aludida, pues si bien se anticipó la entrega del inmueble, al determinar en la cláusula quinta que 'los promitentes vendedores entregan desde la fecha al promitente comprador y este lo da por recibido a su completa satisfacción el inmueble prometido' (folio 5 del cuaderno 1), lo cierto es que no se acordó de manera expresa la transmisión de la posesión al promitente comprador, por donde adviene que ese momento no puede entenderse como el inicio de la posesión que alega el demandante (sc subraya).

Si bien es verdad que la cita jurisprudencial efectuada por el Tribunal no fue del todo afortunada, en tanto que advierte que la promesa de compraventa no es un título originario de dominio, ni idóneo para transferir el mismo y, mucho menos, justo, *"asumiendo por tal, aquel que da lugar al surgimiento de la obligación de transmitir el derecho en mención"*, intuye la Sala que con la invocación de esa providencia, lo que quiso el juzgador de segunda instancia, fue respaldar su tesis de que la promesa de contratar, por su propia naturaleza, no es un negocio traslático, toda vez que únicamente engendra la obligación de celebrar el contrato prometido.

4.3. Fue, por lo tanto, incorrecto el entendimiento que de la sentencia combatida realizó el censor, como quiera que sólo tuvo en cuenta el contenido literal del fallo allí

memorado y no lo que en verdad, el Tribunal arguyó para negar la pertenencia solicitada en la demanda principal.

4.4. Esa indebida comprensión del proveido de segunda instancia, trajo como consecuencia, en primer lugar, que la acusación no guarde armonía con los fundamentos del fallo cuestionado, toda vez que, como viene de explicarse, una cosa fue lo que dijo el *ad quem*, que la promesa de compraventa no transfiere la posesión, y otra la que combatió el impugnante, que no es título idóneo para transferir el dominio.

Y, en segundo término, que las genuinas razones jurídicas soportantes de la decisión desestimatoria de la pertenencia, no resultaron combatidas, de modo que continúan en pie, esto es, que la promesa de contratar no es un contrato traslático ni de vocación traslática; que ella, por consiguiente, no transfiere la posesión, salvo que así se establezca expresa e inequivocamente; y que la entrega que en virtud de su celebración se realice, otorga solamente la tenencia del respectivo bien.

4.5. Corolario de lo hasta aquí expuesto, es que el reproche consistente en la violación directa de las normas detalladas por el recurrente en el cargo, no se dio.

5. Centrada la atención de la Sala en la segunda censura, se encuentra:

5.1. La advertida firmeza de los genuinos fundamentos jurídicos invocados por el Tribunal, particularmente, el relativo a que la promesa de contratar únicamente transmite la posesión si en su interior así se pacta "expresa e inequívocamente", torna inane este cuestionamiento, en tanto que él parte de admitir, precisamente, que en la promesa ajustada por los litigantes, no se contempló explicitamente dicha mutación.

Es que manteniéndose erguida, como lo está, la señalada apreciación jurídica del *ad quem* y siendo esa la postura del censor, ningún espacio queda para averiguar si del contenido de la promesa o del comportamiento asumido por los contratantes luego de su celebración, se desprende que fue el propósito de ellos transferir la posesión del inmueble al señor Chávez Matallana, pues tal laborio riñe con la advertida exigencia contemplada por el sentenciador, la cual, al no haber sido destruida en casación, sigue irradiando con toda fuerza el fallo del *ad quem*.

5.2. De suyo, entonces, que en ningún error incurrió el Tribunal cuando, respecto de la promesa de contrato obrante en autos, observó:

Así las cosas, es diáfano que la posesión del demandante no surgió a partir de la promesa aludida, pues si bien se anticipó la entrega del inmueble, al determinar en la cláusula quinta que 'los promitentes vendedores entregan desde la fecha al promitente comprador y este lo da por recibido a su completa satisfacción el inmueble prometido' (folio 5 del cuaderno 1), lo cierto es que no se acordó de manera expresa la transmisión de la posesión al promitente

comprador, por donde adviene que ese momento no puede entenderse como el inicio de la posesión que alega el demandante (se subraya).

5.3. No obstante lo anterior, que por sí marca el fracaso del ataque, de pasarse a su estudio de fondo, habría que llegar a similar conclusión, como a continuación se explica:

5.3.1. El primer reproche de la acusación consistió en que las previsiones contenidas en las cláusulas sexta y décimo primera de la promesa de compraventa, sobre el pago de servicios públicos, gastos de celaduria e impuestos, ostentan *"la suficiente expresividad de que en adelante el promitente comprador actuaria soberanamente sobre la cosa contratada, y que entonces aquella entrega material de que fue objeto no tuvo jamás la connotación de mera tenencia, sino de posesión"*.

Con otras palabras, para el censor esas estipulaciones dejan ver *"la intención contractual de que fuera el promitente comprador el que vele desde entonces por la suerte del bien, no simplemente como corresponde a un tenedor, ya que los tenedores no tienen la cosa para asumir ese tipo de deudas"*.

Al respecto, cabe acotar:

5.3.1.1. Las previsiones convencionales invocadas por el recurrente, rezan lo siguiente:

SEXTO.- LOS PROMETIENTES VENDEDORES reconocen que de los **CIENTO TREINTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$130.000.00)** que en la fecha entregará **EL PROMETIENTE COMPRADOR** al Banco del Comercio, para los efectos previstos en la cláusula cuarta, el Banco del Comercio deberá entregar a la firma Financiera de Finca Raíz Limitada, representada por su Gerente, señor Manuel de J. Rojas, las sumas que correspondan a servicios pendientes de pago o que haya pagado la sociedad citada en relación con el inmueble descrito en la cláusula primera de este documento, así como también los gastos de celaduría o vigilancia que hasta la fecha de entrega real del inmueble al señor Chávez Matallana se causen en favor de la Financiera de Finca Raíz Limitada. Igualmente el Banco del Comercio deducirá del primer contado del precio, la cantidad de **DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.250.00)**, que entregará a la Financiera de Finca Raíz Limitada, por concepto de comisión de venta.

(...)

DÉCIMO PRIMERO. LOS PROMETIENTES VENDEDORES se obligan para con **EL PROMETIENTE COMPRADOR** a entregar el inmueble libre de toda clase de impuestos hasta el día treinta y uno (31) de [d]iciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969).- En caso de que se causaren gravámenes o impuestos con anterioridad al treinta y uno (31) de [d]iciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), aun cuando ellos sean notificados posteriormente, ellos correrán por cuenta de **LOS PROMETIENTES VENDEDORES**.

5.3.1.2. La simple lectura de la primera de las cláusulas atrás transcritas, permite colegir que mediante ella, únicamente se reguló la forma cómo los prometientes vendedores atenderían las obligaciones que tenían para con la sociedad que intermedió el negocio, previendo que de la primera cuota del precio debían sufragarse los gastos que

por servicios públicos y celaduria hubiese pagado aquella, así como el valor de la "comisión por venta" del inmueble.

Es nítido, entonces, que allí, a diferencia de lo que estimó el censor, no se impuso ninguna carga económica al prometiente comprador, de la que pudiera desprenderse que a partir de la fecha de recibo del inmueble objeto de la negociación prometida, aquél detentaba el inmueble con ánimo de señor y dueño.

Más aún: así se entendiera que desde la entrega del bien, corrían a cargo del señor Chávez Matallana los costos de los servicios públicos y de la vigilancia del inmueble, tal deber, ni de lejos, permite suponer que él era el poseedor de la casa, pues esas obligaciones también son propias de los meros tenedores de un bien raíz, en tanto que conciernen con el uso del mismo.

5.3.1.3. Algo parecido ocurre con la cláusula décimo primera del contrato.

Como se aprecia, su única finalidad fue la de definir el alcance de la obligación a cargo de los prometientes vendedores, de atender el pago de los impuestos relacionados con el inmueble cuya enajenación se prometió.

En suma, lo que allí se dijo, fue que ellos asumían todos los causados hasta el 31 de diciembre de 1969, independientemente de que su noticiamiento se produjera con posterioridad.

Destácase que en ese punto del acuerdo, nada se señaló sobre quién o quiénes debían verificar el pago de los impuestos causados después de la fecha indicada. Por consiguiente, afirmar, como lo hizo el recurrente, que tales gravámenes *"serían asumidos por el otro"* contratante, esto es, por el prometiente comprador, es hacerle decir a la promesa algo que ella, en verdad, no contempla.

Y es que ni siquiera como deducción, es factible tal planteamiento, pues de la expresa previsión de que los impuestos causados hasta el 31 de diciembre de 1969 corrían por cuenta de los prometientes vendedores, no se desprende, como única opción, que los gravámenes subsiguientes tenían que ser sufragados por el señor Chávez Matallana.

Al respecto, propio es pensar que los contratantes tenían la posibilidad de regular luego y libremente, la manera cómo debían atenderse las cargas impositivas surgidas después de la referida fecha, pudiendo imponer las mismas, en todo o en parte, o hasta un determinado momento, por ejemplo, hasta la fecha en que se hubiese perfeccionado o se perfeccionase la compraventa, a los potenciales enajenantes.

Pero así se admitiera que desde la tantas veces mencionada calenda, los impuestos del inmueble estaban a cargo del prometiente comprador, es de verse que esa sola circunstancia, no sería suficientemente indicativa de que el propósito de los contratantes fue el de transmitir a Chávez

Matallana la posesión con la entrega que hicieron del bien, o de que éste, como lo dio a entender el recurrente, se hiciera cargo del inmueble en tal calidad desde entonces. Sería una circunstancia aislada, carente de esa fuerza demostrativa.

Por ello, en ningún error, o por lo menos, en uno manifiesto, incurrió el Tribunal cuando refiriéndose a la inclusión del bien en la declaración de renta de Chávez Matallana y al pago de impuestos por parte de éste, acotó:

Y tampoco podía estructurarse la intervención con las declaraciones de renta presentadas por el demandante a partir del 31 de marzo de 1971 (folios 22 a 27 del cuaderno 1), pues dicho acto no es un hecho público y ostensible de desconocimiento frente al dueño, que es quien puede oponerse a [la] posesión, porque de lo contrario esta es clandestina, a términos del artículo 774, inciso final, del Código Civil (se subraya).

Si la cuestión era demostrar que la entrega del inmueble transmitió a quien lo recibió su posesión, es verdad que las referidas conductas de éste -declaración fiscal del bien y pago de impuestos- mal podrían tenerse como prueba de ello, cuando fueron actos privados de Chávez Matallana, 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.

5.3.1.4. Se concluye, entonces, que las previsiones contractuales en que el censor apoyó el cuestionamiento

ahora analizado, no son siquiera demostrativas y, por ende, mucho menos, expresivas, de que con la entrega que se hizo al promitente comprador del inmueble objeto de la enajenación prometida, se confirió a éste la posesión del bien.

5.3.2. Queda por ver el otro componente de la segunda acusación ahora auscultada, esto es, si de *"la actitud que ambas partes adoptaron en el desarrollo contractual"*, es factible inferir que la posesión del inmueble quedó en cabeza del prometiente comprador desde la referida entrega.

5.3.2.1. Para dilucidar con acierto esa problemática, es necesario señalar que el Tribunal si reconoció al señor Chávez Matallana como poseedor del inmueble, pero ante la imposibilidad de tener como fecha de inicio de su detención con ánimo de señor y dueño, aquella en la que recibió la casa de manos de los prometientes vendedores, se ocupó de investigar cuándo tuvo ocurrencia la mutación de su título de mero tenedor a poseedor, cambio que estimó cumplido el 7 de marzo de 1975, toda vez que en esa fecha fue que lo arrendó *"sin autorización del dueño y por tres años, luego de lo cual el demandante retornó a residir en [él], según se desprende de los testimonios de Julio Enrique Sánchez González, Carlos de Greiff Moreno y Jorge Orlando Gómez Caicedo, (...)"*.

Al respecto, deben destacarse las consideraciones adicionales que pasan a reproducirse:

Sin perjuicio de lo anterior, puede haber prescripción en esos casos, solo en la medida en que se acredite verdadera interversión del título, esto es, una nítida y contundente

mutación del título de tenencia u otro, hacia el título de posesión exclusiva, es decir, un claro alzamiento en rebeldía a partir del cual empieza a contarse el término de la prescripción extraordinaria, ya que como de manera clásica manda el artículo 777 del Código Civil, 'el simple paso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión'. Todo sin olvidar que la intervención del título como ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede darse sino desde cuando quien así procede lo hace de manera pública, abierta y franca para negar el derecho del que reconocía como dueño, además de que '...acompaña con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervertido su título que pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta trascendente mutación y cuáles son los actos que asimilan el señorío que ahora invoca' (casación civil, sentencia 018 del 15 de septiembre de 1983).

En el caso sub lite se advierte que la intervención del título no podía darse antes del 30 de abril de 1970, que era la fecha en que debía celebrarse el contrato prometido, ni con anterioridad al 30 de septiembre de 1970, pues ese día debía realizarse el pago del último contado del precio. Esto sin dejar de observar que el demandante hizo un abono a capital e intereses el 28 de enero de 1971 (folio 17 de cuaderno 1).

Y tampoco podía estructurarse la intervención con las declaraciones de renta presentadas por el demandante a partir del 31 de marzo de 1971, (folios 22 a 27 del cuaderno 1), pues dicho acto no es un hecho público y ostensible de desconocimiento frente al dueño, que es quien puede oponerse a esa posesión, porque de lo contrario esta es clandestina, a términos del artículo 774, inciso final, del Código Civil.

Seguidamente el Tribunal admitió que el cambio de la posición de tenedor a poseedor se dio con el arrendamiento del inmueble a un tercero, el 7 de marzo de 1975, fecha de inicio, por lo tanto, de la posesión ejercitada por Chávez Matallana, temática en relación con la cual agregó:

Desde esa fecha el poseedor introdujo mejoras al inmueble, que de acuerdo a lo expuesto en el dictamen pericial consistieron en edificaciones y modificaciones realizadas en la forma que se explica: (...).

Y también defendió la posesión en el marco del concurso de acreedores adelantado contra el codemandado Francisco José Camacho Amaya tramitado en el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, en donde promovió incidente de levantamiento del secuestro del inmueble, obteniendo reconocimiento de su calidad de poseedor y la cancelación de esa medida cautelar mediante providencia del 14 de noviembre de 1991, (...), confirmada por otra Sala de esta corporación con auto de 9 de noviembre de 1992 (folios 235 a 237 y 272 a 276 de la continuación del cuaderno [4]).

5.3.2.2. Significa lo anterior, que el Tribunal diferenció la prueba, por un lado, de la fecha de inicio de la posesión y, por otro, de los actos posesorios propiamente dichos que durante su duración sirvieron para estructurarla.

Y también que esa Corporación si apreció y tuvo en cuenta los actos de señorío que, en general, desarrolló el señor Chávez Matallana sobre el inmueble del proceso a partir de ese momento, esto es, del 7 de marzo de 1975.

5.3.2.3. El recurrente, en el segmento del cargo que ahora ocupa la atención de la Sala, en lo fundamental, esgrimió tanto las actuaciones del promotor de la controversia que el Tribunal señaló expresamente como demostrativos de su posesión a partir de la indicada fecha -arrendamiento del inmueble, ocupación del mismo en forma personal por el poseedor, reforma y mejoramiento del bien raíz y defensa judicial-, así como otros actos

ocurridos luego de esa calenda -libramiento de las comunicaciones de folios 19 a 20 (17 de octubre de 1984) y 73 del cuaderno principal (27 de septiembre de 1989), así como las actuaciones de Chávez Matallana y de Camacho Amaya en el proceso- para, con base en unos y otros hechos, sostener que de ellos se infiere que la posesión aquí investigada tuvo inicio desde la fecha de la entrega del inmueble por parte de los prometientes vendedores al prometiente comprador.

5.3.2.4. Contrastado el criterio del Tribunal con el del recurrente, se colige el desenfoque de la acusación, pues en su desarrollo, no se tuvo en cuenta la estructura que esa autoridad le dio a su fallo, particularmente, en cuanto hace a la diferenciación que planteó sobre la prueba del inicio de la posesión y de los actos que la configuraron.

El censor, sin tener en cuenta esa disquisición, entremezcló la prueba de tales elementos de la posesión -la circunstancia que determinó su comienzo y los hechos indicativos de señorío, durante toda su existencia-, de modo que sólo se ocupó de los segundos, los cuales, hay que destacarlo, únicamente tienen la virtud de demostrar la posesión, para el momento de su ocurrencia.

5.3.2.5. En tal orden de ideas, hay que subrayar, entonces, que el Tribunal no ignoró los actos posesorios aducidos por el censor ocurridos a partir del 7 de marzo de 1975, atrás relacionados, ni el comportamiento de las partes luego de esa fecha, al margen de que los hubiere o

no mencionado expresamente y de que todos ellos, en verdad, sean o no expresivos de posesión, puesto que, como ya se resaltó, esa Corporación si reconoció que Chávez Matallana poseyó el inmueble en cuestión desde entonces, inferencia fáctica que envuelve todas las manifestaciones indicativas de tal hecho, ya provengan del poscedor, ora de terceros, incluidos los propietarios de la casa y prometientes vendedores.

Por consiguiente, no es admisible, como con cierta ligereza lo aseveró el impugnante, que el sentenciador de segunda instancia pretirió la prueba de tales conductas, cuando, como viene de acotarse, él, por el contrario, reconoció la posesión del primigenio demandante soportado, precisamente, en el arrendamiento que hizo de la casa, en que luego residió en ella personalmente, en que la reformó y plantó mejoras, en que la defendió judicialmente tanto en el concurso de acreedores seguido en contra de Francisco José Camacho Amaya en el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, como en este proceso, actos todos verificados con posterioridad, se reitera, al 7 de marzo de 1975, de lo que se sigue que, en cuanto hace a esas circunstancias, el Tribunal no cometió los errores de hecho que le imputó el censor.

5.3.2.6. En lo tocante al punto de la defensa judicial, tampoco es admisible el cercenamiento que el recurrente le imputó al Tribunal, de los autos con los que se decidió favorablemente el incidente de levantamiento de secuestro del inmueble aquí disputado, dictados el 14 de noviembre

de 1991 (primera instancia) y 5 de octubre de 1992 (segunda instancia), pues respecto de ellos son aplicables las mismas premisas fijadas por la Corte sobre el mérito demostrativo de las sentencias que se pretende hacer valer como prueba en un proceso distinto a aquel en el que fueron proferidas, esto es, que "... tan solo acredita[n] su existencia, lo que se resolvió en ella[s], cuál fue el despacho judicial que la[s] profirió y cuando..." (Sentencia del 16 de febrero de 1995, Exp. 4460), motivo por el cual, la mención que en ella[s] se haga de los medios de prueba que soportan la decisión judicial, no apareja, de ningún modo, que tales medios de convicción sirvan, a su vez, como prueba en el proceso al cual se trajo la sentencia proferida en otro, ni, mucho menos, que la ponderación que de ellos hubiere hecho el primer juzgador supedite la del segundo" (CSJ, SC del 28 de septiembre de 2004, Rad. n.º 8865; se subraya).

Entonces, así fuera cierto que en esos provvidos, que se reitera, fueron autos, y no sentencias, de donde su poder vinculante es relativo, se hubiere reconocido que la posesión de Chávez Matallana allí establecida, se inició con la entrega que del inmueble objeto de la misma le hicieron los esposos Camacho - Hernández, esa inferencia no resultaba forzosa para el Tribunal en este asunto, por ser, precisamente, una deducción fáctica que los autores de las memoradas providencias obtuvieron de las pruebas que valoraron.

5.3.2.7. Ahora bien, de las otras conductas que el impugnante le atribuyó a las partes como indicadoras de

que su posesión arrancó el día de la entrega del inmueble, se establece:

- a) El libramiento de la comunicación que obra en el folio 12 del cuaderno principal, que data del 1º de junio de 1970, nada aporta sobre el particular, pues ni siquiera entraña la realización de un acto posesorio, ya que su finalidad fue la de pedir al Banco del Comercio la ampliación del plazo para el pago del precio de la casa, ocasión que aprovechó Chávez Matallana para poner de presente que ella tenía desperfectos, sin que eso signifique que éste se daba por poseedor o que le negara tal condición a los prometientes vendedores, como con desacuerdo lo quiere hacer ver el recurrente.
- b) En lo tocante con las declaraciones de renta presentadas por el prometiente comprador desde 1970 y el pago de impuestos, se reitera el análisis atrás consignado.
- c) Ya en lo que hace al comportamiento post-contratual de los prometientes vendedores, cabe ampliar que es indudable que ellos, desde la entrega al prometiente comprador del inmueble, se desligaron del bien, lo que es entendible, precisamente, por la realización de ese acto y porque, con el paso del tiempo, entendieron que el señor Chávez Matallana se había hecho a la posesión del mismo, sin que, de su actitud, pueda inferirse que la condición de poseedor del nombrado, él la adquirió con la entrega que de la casa le hicieron.

d) Los indicios derivados del comportamiento procesal del primigenio demandado Francisco José Camacho Amaya, de ser verdad que se configuraron, tampoco serían suficientes para arribar a la inferencia propuesta por el censor.

5. Descartadas, como quedan, las violaciones directa e indirecta denunciadas en el cargo, se colige, en definitiva, que él no está llamado a abrirse paso.

CARGO SEGUNDO

Con estribo en la causal segunda de casación, se denunció el fallo combatido por incongruente.

Al respecto, su proponente señaló:

1. El Tribunal incurrió en un "vicio de construcción procesal, objetivo y formal", puesto que pese a saber "que lo del mutuo disenso se esgrimió como excepción", decidió, sin embargo, "declararlo como si de pretensión se hubiera tratado", con lo que "rebasó su actividad jurisdiccional arbitrariamente".

2. Ese desatino no fue fruto de que dicha autoridad "interpretara el escrito de excepciones propuestas contra la demanda de reconvenCIÓN" y de que, como consecuencia de ello, hubiese procedido de la manera indicada. No "Vio bien que se trataba evidentemente de una excepción; sólo que dijo estar autorizado, sin ser cierto, para fallar más allá de la simple excepción. De ahí que la causal de casación que se estructura es

la segunda, y no la primera", inferencia que sustentó con la reproducción parcial de un fallo de la Corte.

3. Previa invocación de la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia, de lo pedido en la demanda principal y en la de reconvención y de lo expresado en desarrollo de la excepción de mutuo disenso planteada en el escrito de repuesta a la última, el impugnante, por una parte, reiteró que el "tribunal declaró el mutuo disenso y las anexas restituciones mutuas como si de una pretensión se tratara"; por otra, afirmó que "ni en el petitum de la demanda principal ni en el de la reconvención, ni en ningún otro escrito apto para ello, se pidió como pretensión que se declarara el mutuo disenso"; y, finalmente, observó que el "mutuo disenso se propuso no más que como excepción, que es bien distinto".

4. Tras memorar las consideraciones del *ad quem* que lo condujeron a declarar la resolución del contrato de promesa de compraventa ajustada entre las partes por mutuo disenso, el casacionista insistió en que dicho juzgador sabía que dicha figura "obró en el proceso solamente como mera defensa" y "ni una como pretensión". Con tal base, coligió que el comportamiento del Tribunal "de lejos es un abuso del poder decisorio", que provocó la expedición de una "sentencia excesiva, irrespetuosa de los límites del tema decidendum".

5. Añadió que ninguna norma legal faculta semejante despropósito, pues el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil restringe a las excepciones de "*nulidad*"

y "simulación" de un acto o contrato, el deber que impone al juez de pronunciarse expresamente sobre tales figuras, como algo extraordinario, "pues lo moliente y corriente es que propuesta una **excepción**, el juez se circunscriba a estudiarla y, en su caso, a reconocerla como tal".

6. De lo anterior se desprende que "la de mutuo disenso es una excepción que sigue haciendo parte de la regla general, y que cuando ha sido propuesta no más que como excepción, velado le es al juzgador darse aire y hablar de más. Se limitará en ese supuesto a declarar si la 'excepción' prospera, y no podrá pasar la frontera y fallarla como pretensión. Con la salvedad anotada -siempre y cuando concurra la condición allí impuesta-, en los demás casos, cual lo señala terminantemente la parte posterior de la disposición en cita, el juez se 'limitará' a declarar si es no fundada la excepción".

7. Concluyó el impugnante, que "el fallo del tribunal en ese aspecto fue desacoplado. Profanó las lindes de la controversia, puesto que el mutuo disenso, como pretensión, no fue tema a decidir propuesto por las partes, ni existe ley que autorice la metamorfosis de excepción a pretensión. Quebrantó el tribunal uno de los principios dispositivos más sobresalientes del proceso civil, según el cual la jurisdicción en ese campo es rogada, de tal manera que el sentenciador, a lo menos en línea de principio, no actuará donde no ha sido llamado, y lo hará apenas y sólo para lo que ha sido llamado", tras lo cual reiteró los planteamientos sustentantes del cargo.

CONSIDERACIONES

1. Son incongruentes los fallos judiciales cuando, por defecto, por exceso o por ajenidad, no respetan los linderos que al proceso le fijaron las partes en la demanda y en la contestación, o que establece la ley, en cuanto hace al reconocimiento oficioso de excepciones (art. 305, C. de P.C.).

De suyo, será *minima petita* la sentencia que deja sin decidir *alguno* de los extremos del litigio; *ultra petita*, la que los excede, y *extra petita*, la que resuelve por fuera de los mismos.

Insistente y constantemente, la Sala ha puntuado que "el principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1) *ultra petita*: si provee sobre más de lo pedido; 2) *extra petita*: si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) *minima petita*: cuando omite decidir sobre todo lo pedido (sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295)" (se subraya)²⁴.

Con otras palabras, "al juzgador no le resulta dado pronunciarse en la sentencia sino sobre lo que se le ha pedido por las partes, sin que pueda fallar en asuntos que no le han sido demandados (*extra petita*), ni más allá de lo solicitado (*ultra petita*), como tampoco puede abstenerse de pronunciamiento alrededor de alguno de los extremos del litigio (*citru petita*), pues,

²⁴ CSJ, SC del 21 de octubre de 2003, Rad. n.º 7486.

*en los dos primeros casos habrá incurrido en exceso de poder al ejercer la jurisdicción y, en el último, en defecto, que es lo que en la doctrina ancestralmente se conoce como el *fallo omiso o diminuto** (se subraya)²⁵.*

2. Como ya se registró, en la demanda con la que se dio inicio al proceso, se solicitó declarar que su promotor, señor Gustavo Chávez Matallana, ganó por prescripción adquisitiva extraordinaria, el dominio del inmueble ubicado en la carrera 4^a Este No. 109-51 de esta ciudad.

A su turno, en la reconvención que presentó el primigenio demandado señor Francisco José Camacho Amaya, se solicitó, de manera principal, la reivindicación del identificado bien raíz, con los pronunciamientos que son consecuentes a esa súplica; y de forma subsidiaria, la resolución por incumplimiento del reconvenido e inicial actor, del contrato de promesa de compraventa que en relación con ese mismo predio celebraron aquél y la señora María Cristina Hernández de Camacho (q.e.p.d.), como prometientes vendedores, con Chávez Matallana, como prometiente comprador, con las determinaciones inmanentes a esa reclamación.

3. El Tribunal en el fallo recurrido en casación, luego de negar tanto las pretensiones del libelo introductorio como las de la contrademanda, así como las excepciones formuladas en frente de la reconvención, "salvo la de mutuo disenso que se declare probada", dispuso la resolución "por

²⁵ CSJ, SC del 4 de septiembre de 2000, Rad. n.º 5602.

"mutuo disenso" del mencionado acuerdo de voluntades y proveyó sobre las prestaciones mutuas derivadas de esa determinación, imponiéndole al primigenio demandante el deber de restituir a su contraparte el inmueble del pleito, junto con los frutos civiles causados "desde la celebración de la promesa de compraventa" y hasta la efectiva entrega del bien; y a Francisco José Camacho Amaya, como a los herederos de María Cristina Hernández de Camacho, la devolución de la parte del precio que recibieron y el pago de las mejoras.

4. Efectuado el cotejo objetivo de las pretensiones elevadas en las comentadas demandas del proceso y las ordenaciones adoptadas por el sentenciador de segunda instancia en su fallo, se colige con absoluta claridad la inconsonancia de dicho proveído, puesto que sin haberse formulado solicitud alguna dirigida a que se declarara la resolución por mutuo disenso del contrato de promesa de compraventa vinculante de los litigantes, el *ad quem* adoptó tal determinación.

5. Esa desarmonía del fallo no encuentra justificación, ni quedó conjurada, por el hecho de que el demandado en reconvenCIÓN, propuso, entre otras, la excepción que denominó "MUTUO DISENSO", pues si el Tribunal denegó la resolución contractual solicitada subsidiariamente en ese libelo, debido a que su proponente carecía de interés para intentarla, pues igualmente incumplió el convenio allí censurado, es patente que dicha acción no se configuró en

favor del reconviniente y que, por ende, no había lugar al estudio de ninguna de las excepciones alegadas.

Con otras palabras: el fracaso de la acción de resolución por insatisfacción de los elementos que la estructuraban, impedia al Tribunal pasar al estudio de la anotada excepción, como lo hizo, por lo que tampoco en desarrollo de dicho mecanismo defensivo, había lugar a que el Tribunal abordara el estudio del distracto contractual.

Al respecto, bueno es memorar que “*la labor de juzgamiento no puede ejercerse de cualquier modo. El rigor que exige la tarea decisoria requiere abordar inauguralmente el reclamo del demandante para que, definida la vocación de prosperidad de la pretensión con fundamento en las pruebas, se continúe con la valoración de las excepciones planteadas, de manera que sólo cuando la acción tiene posibilidad de victoria, se impone al juez entrar a auscultar los mecanismos aducidos en pro de la defensa del demandado a fin de establecer si ellos tienen la virtud de enervarla. (...). En este sentido, el juez de manera previa al estudio de la excepción, debe decidir el mérito de la demanda, concretamente, si concurren los presupuestos materiales para una sentencia favorable, porque si ello no es así, conocidos como el interés para obrar, la legitimación en la causa, la tutela jurídica y la prueba de los hechos, en palabras de Calamandrei (...) el derecho de acción [entendido como derecho a la providencia favorable] no nace (...)*” (se subraya)²⁶.

6. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que fue pertinente el estudio de la indicada excepción, es

²⁶ CSJ, SC del 9 de diciembre de 2011, Rad. n.º 1992-05900-01.

del caso señalar que su reconocimiento solamente podía producir el derrumbamiento de la acción resolutoria incoada en la reconvenCIÓN, pero no que, adicionalmente, se dispusiera el rompimiento por mutuo disenso del contrato en esos términos controvertido, decisión que, por ende, se visualiza como resultado de la exclusiva iniciativa del sentenciador.

Sólo con el propósito de reafirmar que en tratándose de la figura del distracto contractual, su alegación como excepción no daba para fulminar el correspondiente acuerdo de voluntades, pertinente es destacar que si ese hubiese sido el querer del legislador, habría dado a dicho mecanismo defensivo el mismo tratamiento que otorgó en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil a las excepciones de nulidad y de simulación del contrato fuente de la relación jurídica debatida, en relación con las cuales dispuso que de haber sido propuestas, "*el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción*", precepto en torno del cual la Sala tiene explicado que:

El cabal entendimiento que a la citada norma corresponde, permite distinguir con claridad los diversos supuestos de hecho que el legislador concibe y las consecuencias que a cada uno de ellos le atribuye. En primer lugar, cuando el demandado propone las excepciones de nulidad y simulación y al proceso han comparecido todas las partes que intervinieron en el acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez debe

pronunciarse 'expresamente' sobre ellas, alocución que le impone de manera perentoria el deber de declarar la nulidad o la simulación del acto o contrato de que se trate, con las consecuencias propias de las declaraciones judiciales de esa especie, es decir, la aniquilación del mismo con las subsecuentes restituciones mutuas, si de la nulidad se trata, o la revelación de los verdaderos alcances de la voluntad contractual, atribuyéndole los efectos que le son inherentes.

Un segundo supuesto se presenta cuando el demandado propone las susodichas excepciones, pero al proceso no comparecen todas las partes que intervinieron en la formación del acto jurídico. En tal hipótesis, no le es dado al juez, obviamente, aniquilar el contrato nulo, ni asignarle los efectos que conciernen a la verdadera voluntad de las partes la cual, por lo demás, no puede declarar, sino que solamente podrá acoger como fundada la excepción, declaratoria que al enervar las pretensiones del actor, impide que los contratos nulos o simulados puedan producir los efectos que los litigantes persiguen o que lleguen a causar ulteriores perjuicios, es decir, que el excepcionante solo consigue atajar la acción negando el título del demandante, evitándose de esa forma que éste pueda sacar algún beneficio o provecho del acto simulado o nulo (se subraya)²⁷.

Circunscrito ese régimen a las excepciones explicitadas en la norma -nulidad y simulación-, se sigue de ello que a las demás, no les es aplicable el mismo y que, por ende, en el supuesto de su demostración, el acogimiento que de ellas se haga sólo puede traducir en su declaratoria de fundadas.

7. El cargo examinado, por consiguiente, se abre paso, determinación que, como es lógico entenderlo,

²⁷ CSJ, SC del 10 de septiembre de 2001. Rad. n.º 5961.

provoca el quiebre de la sentencia cuestionada, en todo aquello relacionado con el mutuo disenso que el *ad quem* allí declaró, sin perjuicio, claro está, de lo que habrá de analizarse a continuación, en desarrollo del fallo de remplazo que pasa a proferirse.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

I. Generalidades.

1. Sea lo primero recordar que en la sentencia de primera instancia, el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Descongestión de esta ciudad declaró, de un lado, no probadas las excepciones propuestas por el demandado Francisco José Camacho Amaya y, de otro, que el primigenio actor, señor Gustavo Chávez Matallana, quien cedió sus derechos litigiosos a MGT MANAGEMENT S. EN C. S., ganó por prescripción adquisitiva extraordinaria, el dominio del bien inmueble objeto del proceso, razón por la cual, adicionalmente, ordenó el registro del fallo en la respectiva matrícula inmobiliaria, el levantamiento de la inscripción de la demanda, negó las pretensiones de la reconvenCIÓN y condenó en costas a los accionados²⁸.

2. El prenombrado convocado y los herederos determinados de la señora María Cristina Hernández de Camacho apelaron dicho fallo, fundados en los reproches

²⁸ Fls. 552 a 568, cd. 3

que expresaron al alegar de conclusión en el trámite de la alzada²⁹ y que pasan a sintetizarse:

2.1. El inmueble pretendido estaba embargado y, por lo tanto, no era susceptible de prescripción adquisitiva.

2.2. El gestor del litigio confesó, de un lado, que su alegada posesión derivó del contrato de promesa de compraventa acreditado en el proceso y, de otro, el incumplimiento del mismo por su parte, toda vez que no pagó el precio en la forma allí convenida, omisión confirmada con otras pruebas del proceso.

2.3. Así las cosas, dicha posesión no podía estructurar válidamente la usucapión reclamada, menos cuando el demandado Camacho Amaya demandó, por vía de reconvenCIÓN, la resolución de ese acuerdo de voluntades.

2.4. La postura del accionante es, por consiguiente, contradictoria, en tanto que pese a haber admitido la insatisfacción de sus deberes contractuales, al tiempo, se apoyó en el referido pacto preparatorio, para configurar la prescripción que invocó a su favor.

2.5. Se equivocó el *a quo* al negar las pretensiones subsidiarias de la contrademanda, relativas a la resolución de la promesa de compraventa, pues el incumplimiento atribuido al prometiente comprador corresponde a una

²⁹ Fls. 21 a 26, cd. 10.

negación indefinida, en relación con la cual éste no presentó prueba en contrario, amén que no se consolidó la "prescripción de la acción", toda vez que con anterioridad Francisco José Camacho Amaya ya había demandado a Gustavo Chávez Matallana.

2.6. En tal orden de ideas, el recurrente solicitó "[r]evocar la sentencia apelada" y "[a]cceder a las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN".

II. Alcance del presente fallo sustitutivo.

1. Como se aprecia, dos fueron, en concreto, las inconformidades de los apelantes: el acogimiento que el sentenciador de primera instancia hizo de la pertenencia reclamada en la primigenia demanda; y la desestimación de las pretensiones subsidiarias de la reconvenCIÓN, relacionadas con la resolución por incumplimiento de la promesa de compraventa vinculante de los litigantes.

2. Cabe aclarar que no se tiene como tema de disputa la negación de las súplicas principales de la contrademanda, no obstante que, como ya se registró, al final de sus alegatos, los apelantes pidieron acceder, en general, a las reclamaciones de ese escrito, pues como igualmente se infiere del compendio de la alzada, ninguna inconformidad específica plantearon en torno del despacho desfavorable de la reivindicación impetrada en ese segmento del libelo de que se trata.

3. Se concluye, entonces, que la Corte, actuando en sede de segunda instancia, habrá de resolver los dos advertidos reproches de los recurrentes, a lo que prosigue.

III. La prescripción adquisitiva extraordinaria impetrada.

1. Según lo coligió el *ad quem*, la posesión efectivamente acreditada por el señor Gustavo Chávez Matallana solamente abarcó el periodo comprendido entre el 7 de marzo de 1975, fecha en la que operó el cambio de su calidad de mero tenedor a poseedor, y la presentación de la demanda (11 de abril de 1991), esto es, un lapso de tiempo equivalente a "dieciséis (16) años, un (1) mes y cuatro (4) días, (...) inferior a los veinte años exigidos para (...) la adquisición del dominio por vía de la prescripción extraordinaria".

2. El fracaso del cargo primero propuesto en casación, en el que se combatió ese razonamiento del Tribunal, provoca la firmeza del mismo.

3. En tal orden de ideas, forzoso es señalar, entonces, que fue equivocado que el *a quo* tomara como fecha de inicio de la posesión aducida por Chávez Matallana, aquella en la que los esposos Camacho - Hernández le hicieron entrega del inmueble que le prometieron en venta, puesto que en concepto del Tribunal, dicha entrega otorgó al nombrado adquirente, la mera tenencia del inmueble aquí disputado.

4. Imponiéndose la conclusión lícita que al respecto obtuvo el *ad quem*, deviene como corolario la insatisfacción de uno de los presupuestos estructurales de toda acción de pertenencia, como es el de la posesión del bien en cabeza del demandante por todo el tiempo exigido por la ley, pues, ciertamente, como lo analizó esa autoridad, contabilizado el lapso que transcurrió entre la verdadera fecha de inicio de la posesión investigada, esto es, aquella en la que operó la interversión del título de tenedor a poseedor del aprehensor material del bien raíz, 7 de marzo de 1975, y la de presentación de la demanda, 11 de abril de 1991, se establece que no alcanza los veinte años exigidos para la prescripción adquisitiva extraordinaria en la legislación aplicable al *sub lite*, es decir, en el régimen que precedió a la Ley 791 de 2002.

5. En tal virtud, habrá de mantenerse la revocatoria que del fallo de primera instancia hizo el Tribunal y la desestimación que, en defecto del mismo, adoptó esa autoridad, frente a las pretensiones del escrito introductorio de la controversia.

IV. La resolución contractual invocada en las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención.

1. Viabilidad de su examen.

1.1. Es del caso clarificar la pertinencia de proceder al estudio de fondo de la referida acción, pese a que, en

principio, pareciera que no hay lugar a ello, habida cuenta que el Tribunal la denegó y que esta específica decisión, no fue recurrida en casación, por lo que da la impresión de que se tornó inmodificable para la Corte.

1.2. En el presente asunto, no puede arribarse a esa conclusión, puesto que el único legitimado para cuestionar esa concreta negativa, era el primigenio accionado y demandante en reconvenCIÓN, señor Francisco José Camacho Amaya, quien careció de interés para cuestionarla a través del recurso extraordinario de casación, toda vez que, de un lado, la apelación que propuso contra el fallo de primera instancia fue exitosa y, de otro, la resolución contractual por mutuo disenso decretada por el *ad quem*, comportó para él la obtención de un beneficio práctico similar al que persiguió con las súplicas subsidiarias de la contrademanda: la pérdida de efectos jurídicos del contrato de promesa de compraventa, la recuperación material del inmueble objeto del mismo y el pago de los frutos producidos por él.

1.3. Sobre el particular, debe enfatizarse que solamente se tornan inmodificables las decisiones del juzgador de segunda instancia que habiendo podido ser controvertidas en casación, no lo fueron por el respectivo interesado, o que cuestionadas, el reparo no prosperó.

2. El incumplimiento de los contratos bilaterales o sinalagmáticos³⁰. Hipótesis. Regulación.

2.1. En tratándose de las obligaciones surgidas de los advertidos contratos, puede ocurrir, en líneas generales, que sean cumplidas por las dos partes; que se satisfagan solamente por una de ellas y la otra incumpla las suyas; y que los dos extremos se abstengan de atenderlas, en la forma y tiempo debidos.

2.2. Cuando acontece lo primero, propio es predicar que el vínculo jurídico surgido del respectivo acuerdo de voluntades se extinguió por pago de las obligaciones con causa en él (art. 1625, num. 1º, C.C.), esto es, por "la prestación de lo que se debía" (art. 1627 *ibid.*).

2.3. En cambio, frente a las otras dos hipótesis -incumplimiento unilateral y reciproco-, ha de reconocerse, por igual, que el contrato subsiste jurídicamente y que, por lo tanto, continúa generando efectos para quienes lo celebraron, de modo que su extinción ha de obtenerse por un medio diferente, claro está, con sujeción a la regla del artículo 1602 del Código Civil, esto es, "por causales legales".

2.4. Cuando sólo una de las partes incumple sus deberes contractuales, mientras que la otra los atiende o se

³⁰ Dispone el artículo 1496 del Código Civil que "el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan reciprocamente".

allana a ello, la situación aparece disciplinada en el artículo 1546 del Código Civil, que preceptúa:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante, pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios (se subraya).

Como se aprecia y se dejó destacado, la hipótesis factual de que se ocupa el precepto es una sola: que no se cumpla lo pactado "por uno de los contratantes", caso en el cual el otro está facultado para solicitar "la resolución" del respectivo acuerdo de voluntades, o su "cumplimiento", junto con la "indemnización de perjuicios".

La Corte, desde antaño, tiene sentado que "el artículo 1546 estatuye como principio la condición resolutoria tácita a que están sujetos todos los contratos bilaterales, en virtud de la cual si uno de los contratantes no cumple lo pactado, el otro, o sea, el cumplidor, puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. (...). De las normas citadas se infiere que, demandada la resolución de un contrato bilateral, debe demostrar el actor que ha cumplido las obligaciones a su cargo, que el demandado no ha cumplido las suyas, y que, por consiguiente, se hallaba en mora de cumplirlas"³¹.

³¹ C.S.J. SC del 14 de marzo de 1963, proceso de Himelda Gámez viuda de Calderón contra Marco Tulio Hernández. G.J., r. Cl, pag. 221.

Como en el supuesto de que ahora se trata, el incumplimiento unilateral no provoca, por si solo, la extinción del respectivo contrato, al punto que hay lugar a la pervivencia del mismo y a buscar su cumplimiento forzado, es necesario para la desaparición del vínculo negocial, que el contratante cumplidor o que se allanó a satisfacer sus deberes, opte por solicitar a la justicia la resolución del contrato y que, mediante sentencia judicial, se acoja su pedimento.

Traduce lo anterior que el referido mecanismo -la resolución-, es el instrumento que el legislador estatuyó con miras a dejar sin efectos el negocio jurídico vinculante de las partes y a restablecer las condiciones en que ellas se encontraban, antes de su celebración³².

2.5. Manteniendo la vista en la precedente precisión, es del caso señalar que el incumplimiento del contrato por parte de los dos extremos que lo integran, es cuestión no regulada por el comentado artículo 1546 del Código Civil.

En verdad que, tratándose de hipótesis factuales diversas, la desatención de las obligaciones surgidas del acuerdo bilateral por uno sólo de los contratantes, un evento, y por ambos, otro, mal puede pensarse que la precitada norma se ocupó de regular los dos, cuando, como

³² En el punto, tiene dicho la Sala que "es menester destacar también que, en líneas generales, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto -efectos ex tunc-." (CSJ, SC del 26 de agosto de 2011: Rad. n. 2002-00007-01)

ya se reseñó, el artículo únicamente alude al incumplimiento de una de las partes, comportamiento que fija como percutor de la opción que le otorga al otro interviniente, de escoger entre la resolución del acuerdo o el cumplimiento forzado de la convención, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

2.6. Este entendimiento del precepto que se comenta, en cuanto hace a su alcance, no es en verdad novedoso. Nuestra jurisprudencia desde hace bastante tiempo lo predicó, pese a lo cual dicho criterio, por las razones que adelante se expondrán, se desvió impropiamente para servir de apoyo a la tesis de que en frente del incumplimiento reciproco, no hay lugar a la resolución del contrato, pues ninguno de los contratantes ostenta legitimación para elevar tal reclamación, habida cuenta que la norma en cuestión, concede dicha acción solamente a la parte que cumplió o que se allanó hacerlo.

Dijo la Corte en sentencia del 9 de junio de 1971:

Conforme el artículo 1546 del Código, 'En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios'.

Dos son los requisitos para la prosperidad de tal acción: a) Que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo.

a) El primer requisito consiste en 'no haberse cumplido la obligación', o 'haberse cumplido imperfectamente', o 'haberse retardado el cumplimiento' (artículos 1613 y 1614 del Código). Incumplir una obligación es no pugnarla culpablemente en la forma y tiempo debidos. La culpa del deudor se presume siempre de su falta de pago fínscio tercero del artículo 1604 *ibidem*). Para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios es indispensable que el deudor demandado esté en mora (artículo 1615 *ibidem*).

b) El segundo requisito estriba en que el contratante que pide la resolución del contrato no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones (Véase Cas., junio 12 de 1970, ordinario de *Emilia Yaar Nasser c. Concepción Salas de Lombardi*, aún no publicada).

Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria, los cuales confirmán la tesis anteriormente expresada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral 'en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado' (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces 'podrá el otro contratante' (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorgan o reconocen. 'Tal caso', al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanado... a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas.

No puede, pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución de contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento (se subraya)³³.

Posteriormente, la Sala sostuvo:

³³ CSJ. SC del 9 de junio de 1971. G.J. t. CXXXVIII pag 379 y 380

El mutuo disenso tácito no tiene una regulación orgánica en el Código Civil, que permita determinar sus efectos o la forma de llegar al aniquilamiento del negocio jurídico. Tan solo queda abierta la regla general de la disolución del nexo jurídico creado. Empero, ante ese vacío normativo, no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones. El esfuerzo que se haga por darle una aplicación tiene que consultar la realidad jurídica del país y, en particular, la conveniencia del tráfico, porque si se celebra un contrato es para cumplirlo; pero si, en el evento del comportamiento posterior de los contratantes, se da a entender lo contrario, no puede quedar estancado sino que requiere la intervención del Juez, a falta de una fórmula especial.

(...) ¿Y cómo se ha de alcanzar, entonces, la intervención judicial? Hay que pensar que no es el artículo 1546 el que confía su preceptiva para encontrar la solución, porque este texto legal gobierna de manera concreta la forma sustancial de liberarse del negocio como corolario de que el que no cumple le permite al otro demandar la destrucción del vínculo, con la exigencia de los perjuicios. El incumplimiento de un contratante legitima la pretensión de resolución, por eso, el instituto de la resolución, consagrado en el artículo 1546, no puede aplicarse a los casos de incumplimiento recíproco, que supone un desinterés por mantener las consecuencias del contrato.

Es que el artículo 1546 está montado sobre la base de que si un contratante contraviene lo pactado da derecho para instar la resolución o el cumplimiento: ¿y a quién le concede esa facultad? Sencillamente al otro contratante que ha apartado una conducta jurídica, esto es, de parte cumpliente. No cabe duda alguna, que la acción alternativa que enuncia la norma en comento sólo se ofrece para el contratante que ha observado, dentro de marco negocial o legal, las obligaciones a su cargo. Por esa misma razón se permite, como consecuencia inevitable, que se reclamen los perjuicios, a manera de compensación por los menoscabos patrimoniales que se derivan de la inobtención de los resultados. Es la función equilibradora de la resolución que

se entiende en beneficio del que ha cumplido (se subraya)³⁴.

2.7. Revisado el texto del artículo 1546 del Código Civil y sopesados esos pronunciamientos, es del caso reiterar, entonces, que dicho precepto únicamente se ocupó de regular el supuesto del incumplimiento unilateral de los contratos sinalagmáticos y que, por lo mismo, su aplicación debe reducirse a dicha hipótesis.

2.8. En esa misma línea de pensamiento se inscribió, en tiempo relativamente reciente, la jurisprudencia chilena, país sometido a un régimen en el que su artículo 1489 del Código Civil es similar al 1546 de nuestro ordenamiento sustancial.

La Corte Suprema de esa nación, en sentencia del 4 de diciembre de 2003, respecto de un caso en el que se comprobó el incumplimiento recíproco de las obligaciones derivadas de un contrato de promesa, señaló:

1º. (...).

2º. Que, en la especie, ambos litigantes incumplieron obligaciones que le imponía el contrato de promesa, dentro del plazo establecido, que vencia el 28 de febrero de 1999.

3º. Que el artículo 1489 del Código Civil envuelve una regla que rigue exclusivamente la situación que se produce en los contratos bilaterales cuando una de las partes ha cumplido o está llena a cumplir el contrato y la otra se niega a hacerlo, ya que así lo expresa de un modo inequívoco el

³⁴ CSJ, SC del 16 de junio de 1985, G.J. c. CI.LXXX, págs. 130 y 131.

inciso primero al disponer que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado y el inciso segundo corrobora este sentido otorgando al otro contratante el derecho alternativo de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sanción esta que sería absolutamente antijurídica y, por lo mismo, fuera de la razón si se estimare que la ley la acuerda a favor del otro contratante que tampoco hubiera cumplido con sus obligaciones;

4º. Que confirman esta interpretación los fundamentos racionales y de equidad y justicia que inspiran esa disposición que no son otros que presumir que en los contratos bilaterales cada una de las partes consiente en obligarse a condición que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones;

5º. Que aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución de la promesa de venta en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural de acuerdo con lo preceptuado en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acujo en este caso, porque la resolución, precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido, sin embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este

caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil (se subraya)³⁵.

Igualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 18 de enero de 2016, sostuvo en un tema relacionado con lo que aquí se debate:

“aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución del contrato en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, de acuerdo con lo preceptuado en el N°5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución es precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y, todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido. Sin embargo, en el caso en cuestión no procede la indemnización de perjuicios pedida, pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil, que dispone que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo, motivo que decidirá a estos sentenciadores a hacer lugar a la acción de

³⁵ Corte Suprema de Chile, sentencia del 4 de diciembre de 2003, proceso de Centro Médico Dental Santa Marta contra Manuel Jesús Verdugo Barrios, rol 512-2003.

resolución del contrato, en los términos que se declarará en la parte resolutiva del fallo."

2.9. Esclarecido, como queda, que el artículo 1546 del Código Civil se ocupa exclusivamente de regular el incumplimiento unilateral de los contratos bilaterales, es del caso precisar que con ese alcance del precepto, es que debe entenderse la abundante jurisprudencia elaborada en torno de las acciones alternativas consagradas en él, particularmente, que su ejercicio únicamente le corresponde al contratante cumplido o que se allanó a satisfacer sus obligaciones, quien podrá optar por demandar la resolución del convenio o su cumplimiento forzado, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios; que una y otra acción debe dirigirse en contra del extremo que se sustraiga a satisfacer sus compromisos negociales; que es este comportamiento omisivo -el incumplimiento de las obligaciones-, el factor que determina la operatividad de las señaladas vías; y que a dichas dos soluciones sustanciales -resolución y cumplimiento- puede enfrentárseles, para enervarlas, la excepción de contrato no cumplido.

Como de forma muy próxima lo acotó la Sala:

El artículo 1546 del Código Civil señala que en los pactos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, evento en el cual el otro podrá optar, a su elección, por la resolución o por el cumplimiento, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios.

El comportamiento indebido de uno de los convencionistas, reclama del otro contratante para legitimarlo en su acción en la esfera del 1546 una conducta leal con la que negocialmente se comprometió; de tal manera que si quien demanda igualmente abandona el programa contractual, por esa sola razón carece de la acción resolutoria, prevista en ese precepto.

El postulado acompaña, con la idea que comunica el artículo 1609 ejusdem, el cual de modo lapidario prevé que en los acuerdos de aquella índole ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos: por supuesto, no se puede hablar de mora en la ejecución de los actos comprometidos, si de otro lado quien aspire a deducir efectos de ello no hizo lo propio con los deberes jurídicos que estaban en la esfera de su responsabilidad (se subraya)³⁶

3. El incumplimiento reciproco de los contratos bilaterales. Vacío legal. Aplicación analógica de la resolución. Corrección doctrinal.

3.1. Se sigue de lo expuesto, que el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal.

3.2. En tal orden de ideas, coligese la plena aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que a la letra reza:

Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

3.3. En procura de establecer el régimen legal que por analogía es aplicable al caso del incumplimiento reciproco de las obligaciones surgidas con ocasión de la celebración

³⁶ CSJ, SC 8045 del 24 de junio de 2014, Rad. n.º 2006-00235-01.

de un contrato sinalagniático, son pertinentes las siguientes apreciaciones:

3.3.1. A voces del artículo 1602 de Código Civil, “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, mandato del que se desprende el poder vinculante que ellos tienen y, por consiguiente, el deber que recae en los intervinientes, de cumplirlos.

Con razón ha dicho la Corte, que “el principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para los partes. (...). Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un ‘acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial... (Art. 864)’³⁷.

3.3.2. Ostensible es, por lo tanto, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato por parte de quienes lo celebraron, constituye la más significativa afrenta al mismo y, por ende, corresponde a un comportamiento que, como en todos los casos de infracción de la ley, debe sancionarse, previsión que a más de propender por impedir la generalización de ese tipo de

³⁷ CSJ, SC 11287 del 17 de agosto de 2016, Rad. n.º 2007-00606-01.

conductas, busca forzar la satisfacción del interés del extremo inocente o que se restablezcan, en lo posible, las condiciones que existían antes del pacto.

3.3.3. Visto está, que cuando el incumplimiento contractual proviene de una sola de las partes, el legislador le brinda al contratante diligente la posibilidad de optar por el cumplimiento o por la resolución del nexo jurídico (art. 1546, C.C.).

3.3.4. La segunda de tales sanciones, aparece presente en los casos de incumplimiento que el código desarrolla.

A título de mero ejemplo, cabe citar que en la compraventa, el incumplimiento de la entrega (art. 1882, C.C.), la desatención de la cabida del predio (art. 1888 *ib.*) y el no pago del precio (art. 1930 *ib.*), otorgan al contratante inocente la posibilidad de resolver el contrato con indemnización de perjuicios.

En tratándose del contrato de arrendamiento, la imposibilidad de entregar la cosa arrendada (art. 1983, C.C.) o el retardo en hacerlo (art. 1984, *ib.*), habilita al arrendatario a desistir del contrato y al resarcimiento del daño ocasionado. A su turno, el no pago de la renta (arts. 2000 y 2003, *ib.*), el indebido uso del bien objeto del negocio (art. 1996, *ib.*), o el incumplimiento de la obligación de conservarlo (art. 1997, *ib.*), permite al arrendador optar por

la terminación³⁸ del acuerdo y/o por la reparación de los perjuicios.

El incumplimiento grave de las prestaciones derivadas del contrato de suministro, da derecho a la parte afectada de solicitar su terminación con la correspondiente indemnización de perjuicios (art. 973, C. de Co.).

El no pago del valor del hospedaje, permite la terminación del respectivo contrato (art. 1202, num. 3º, ib.).

Significa lo expuesto, que como reacción a los casos de incumplimiento contractual, el legislador previó la resolución o la terminación del contrato, mecanismos que al tiempo de constituir la sanción³⁹ para reprimir tal infracción, se erigen en el instrumento a través del cual se provee sobre la extinción del nexo convencional y se conjura la injusticia que, como consecuencia de dicha omisión, sobreviene al contrato y a quienes lo celebraron, en tanto que los despoja del deber de cumplirlo y, cuando ello es pertinente, les brinda la posibilidad de retrair los actos que

³⁸ En los contratos de trato sucesivo o de duración prologada, la resolución toma la forma de "terminación", como quiera que sus efectos solamente se producen hacia el futuro.

³⁹ A voces del artículo 6º del Código Civil, "La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. (...) En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos".

en desarrollo del acuerdo hubieren verificado, v.gtr. el pago de dinero o la entrega de bienes⁴⁰.

3.3.5. Factible es sostener, por consiguiente, que la resolución ostenta diversa naturaleza.

Por una parte, se trata de una "sanción dispuesta por el ordenamiento como una medida afflictiva para los intereses de la parte incumplidora, por la violación culpable en que ella habría incurrido, del deber primario que pone a su cargo la norma contractual violada. Esta medida se caracterizaría por la imposición al deudor incumpliente del deber secundario de sufrir la pérdida de la contraprestación que le debía su cocontratante, y debe distinguirse netamente de la otra sanción que se concreta en la ejecución forzosa por equivalente (daños y perjuicios)"⁴¹.

⁴⁰ No hay lugar a equivocos porque la sanción legal por incumplimiento, en tratándose de contratos de ejecución instantánea, sea la "resolución", y cuando el convenio es de trato sucesivo o de prestación prologada, corresponda a la "terminación", ni en que una y otra sanción tengan efectos jurídicos diferentes: la primera, desde la celebración del contrato; y la segunda, desde cuando se decreta la misma.

Sobre la base de que como consecuencia del incumplimiento, hay lugar a una u otra sanción, según el tipo de contrato de que se trate, la Corte tiene precisado que "...(p)or la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de trato sucesivo, ejeritorios, por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro, se extingue retroactivamente desde su nacimiento; (...) se borra; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron, se involven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada (...) La resolución obra doblemente sobre el contrato, para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado" (J. J. Cas. Civ. sentencias del 26 de noviembre de 1935, G.J., T. XLIII, pág. 391 y del 26 de abril de 1955, G.J., T. LXXX, pág. 557) (CSJ, SC del 26 de agosto de 2011, Rad. n.º 2002-00007-01).

⁴¹ Mélich - Orsini, José. "Resolución del contrato por incumplimiento". Editorial Temis, Bogotá - Caracas, 1979, pág. 103.

Por otra, es una medida de recomposición del equilibrio perdido, puesto "que es contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte. (...). Cuando se ha establecido firmemente el principio de interdependencia de dos obligaciones reciprocas dice RIPERT-BOULANGER- no hay más que sacar una consecuencia lógica: que el contrato debe desaparecer si su ejecución incompleta ha creado una injusticia. (...). El art. 1184 del CC francés -dice RIPERT- es pues la consagración legal de la idea de justicia contractual. Y, más adelante, añade: la idea profunda (que se aprecia en las diversas teorías que explican la resolución por incumplimiento) es siempre la misma: el contrato es respetable cuando ha sido concluido, porque responde a fines legítimos; posteriormente a su conclusión ha sido desequilibrado, ya por falta de una de las partes, ya por un evento puramente fortuito. Ejecutar este contrato cajo, sería simplemente inmoral"⁴².

3.3.6. Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento reciproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico.

⁴² Alvarez Vigaray, Rafael. "La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento". Editorial Comares. 4^a Ed.. Granada, 2009, pág. 85.

3.3.7. De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes.

3.4. Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato.

Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo.

Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntuó, sólo es predictable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil].

Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual.

No está demás, pese a la diversa interpretación normativa que allí se hace, recordar las razones que, por mayoría, adujo la Sala en la sentencia del 7 de diciembre de 1982, para reprochar la tesis que entonces, como ahora, venía sosteniendo la Corporación, de que tratándose del incumplimiento reciproco de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, no había lugar a la resolución del mismo, ocasión en la que observó:

a) Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es insito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través de las acciones.

b) Como se supone, según la interpretación cuestionada que el acreedor que si ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Código Civil, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el

mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de naciones, ni mucho menos de causa para convertir una obligación civil en natural.

Tras precisar que el verdadero significado del artículo 1609 del Código Civil es que "en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente", la Corte, adicionalmente, señaló:

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Y más adelante, concluyó:

Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de

perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal”⁴³.

4. Incumplimiento unilateral, bilateral y mutuo
disenso. Conclusiones.

4.1. En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido.

4.2. En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que

⁴³ CSJ, SC del 7 de diciembre de 1982, proceso ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar, G.J. t. CLXV, págs. 345 a 347.

en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 *ibidem*.

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el reciproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.

4.3. Ahora bien, cuando a más del incumplimiento reciproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito, temática en relación con la cual basta aquí con refrendar toda la elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años.

5. El caso concreto.

5.1. La acción.

5.1.1. La resolución contractual deprecada subsidiariamente en la reconvenCIÓN, estuvo soportada en el incumplimiento del contrademando y primigenio actor

(prometiente comprador) de sus obligaciones de pagar el precio establecido en la promesa de venta, toda vez que no sufragó los instalamientos allí previstos en las fechas acordadas, y en que no concurrió a la notaría, en la oportunidad fijada, a suscribir la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría la enajenación prometida⁴⁴.

5.1.2. No obstante que la propia naturaleza de tales asertos, en tanto que ellos entrañan negaciones indefinidas, exoneran a quien los hizo de demostrarlos, como lo establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, es lo cierto que al proceso se trajo como prueba trasladada, el trámite incidental que el primigenio promotor de este asunto, señor Gustavo Chávez Matallana, adelantó ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, en el concurso de acreedores seguido en contra de Francisco José Camacho Amaya, con miras a obtener el levantamiento del secuestro del inmueble aquí disputado, que en ese asunto se practicó.

Dentro de ese diligenciamiento, el señor Chávez Matallana absolvió interrogatorio de parte en el que, preguntado sobre si "canceló la totalidad del precio" fijado en la promesa de compraventa de que se trata, respondió: "No. Quedó faltando una cuota que sería cancelada en el momento de entregarme los títulos". Con posterioridad, dejó en claro que la escritura de venta nunca se otorgó.

⁴⁴ Hechos 3º a 10º del respectivo libelo, conforme fue integrado en virtud de la subsanación que de él se hizo.

Adicionalmente, en ese mismo diligenciamiento, se practicó inspección judicial en las dependencias del entonces Banco del Comercio, que fue quien recibió los pagos efectuados por el citado prometiente comprador⁴⁵, verificándose que los únicos realizados, fueron los siguientes: \$130.000.00, el 17 de diciembre de 1969; \$79.249.72, el 7 de febrero de 1970; y \$179.964.90, el 1º de septiembre de 1971, para un total de \$389.214.62, suma que imputada al crédito, significó un abono a capital de \$360.000.00 y el saldo, o sea, la suma de \$29.214.62, se aplicó a intereses.

5.1.3. Al tenor de la cláusula CUARTA del contrato de promesa que en copia auténtica milita en los folios 3 a 7 del cuaderno principal. *"[e]l precio de la compraventa prometida es el de QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$575.000.00) que EL PROMETIENTE COMPRADOR pagará] en la siguiente forma: en la fecha de esta promesa, la suma de CIENTO TREINTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$130.000.00); a más tardar el treinta (30) de [e]nero de mil novecientos setenta (1970), la suma de SETENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$70.000.00); a más tardar el 30 de [a]bril de mil novecientos setenta (1970) la suma de CIENTO SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$160.000.00); y a más tardar*

⁴⁵ Sobre el particular, cabe observar que en el contrato de promesa de compraventa ajustado entre los litigantes, se previó: "LOS PROMETIENTES VENDEDORES autorizan al PROMETIENTE COMPRADOR y éste lo acepta expresamente que el precio antes mencionado, en las cuotas relacionadas, juntamente con sus intereses, sea entregado por el citado PROMETIENTE COMPRADOR íntegramente al Banco del Comercio Sucursal Central de Bogotá, en las fechas establecidas, con el objeto de que este Banco pague las obligaciones pendientes, en la fecha de esta promesa, contra los señores FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA y/o CRISTINA HERNÁNDEZ DE CAMACHO, en los Bancos Central Hipotecario y del Estado de Bogotá (...)" (parágrafo de la cláusula cuarta).

el dia treinta (30) de [s]eptiembre de mil novecientos setenta, la suma de DOSCIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$215.000.00). EL PROMETIENTE COMPRADOR reconocerá a LOS PROMETIENTES VENDEDORES intereses sobre saldos pendientes a la tasa del catorce por ciento (14%) anual y en la mora al veintiuno por ciento (21%).

5.1.4. Cotejados los pagos efectivamente realizados por el señor Chávez Matallana con la previsión contractual sobre el punto, propio es concluir que dicho contratante no se sujetó a ella.

No obstante lo anterior, la aceptación por parte de los prometientes vendedores, a través de su diputado para recibir el pago, el Banco del Comercio, del abono final efectuado el 1º de septiembre de 1970, fecha en la que se completó la cantidad de \$360.000.00, cuando para ese momento ya debía estar cancelado el precio total (\$575.000.00), da a entender que el retardo del prometiente comprador, no significó para aquéllos el desquiciamiento del contrato, de lo que se sigue que dicho incumplimiento careció de la gravedad necesaria para derivar de él la resolución impetrada.

5.1.5. En lo que sí estuvieron de acuerdo las partes del proceso, fue en que la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría la enajenación prometida no se confirmó, como quiera que en la hora y fecha acordadas, ninguno de los contratantes compareció a la notaría donde debía suscribirse la misma.

Como se ve, se trató del incumplimiento reciproco y coetáneo de la obligación que cada uno de los extremos del negocio preparatorio tenía de otorgar, en favor del otro, el instrumento público contentivo de la venta que del inmueble sobre el que versó este asunto, harían los esposos Camacho - Hernández al señor Gustavo Chávez Matallana.

5.1.6. Según ya se analizó, siendo imputable tal omisión a las dos partes, cualquiera de ellas estaba habilitada para demandar a la otra, con el propósito de que se declarara la resolución del contrato que las vincula, de lo que se sigue, sin más, la vocación de éxito de que está asistida la pretensión que en tal sentido elevó el señor Francisco José Camacho Amaya, en su condición de prometiente vendedor.

5.2. Las excepciones

5.2.1. Las mismas razones que determinaron el fracaso de la pretensión de pertenencia que el señor Chávez Matallana elevó en la demanda con la que dio inicio al presente asunto, sirven para despachar desfavorablemente la excepción que él denominó "*PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL DOMINIO*".

5.2.2. En acápite precedente de este fallo, quedó explicada la improcedencia de la excepción de contrato no cumplido, en el caso de las acciones de resolución contractual, cuando las dos partes del contrato bilateral

han incumplido reciprocamente sus deberes convencionales.

De suyo que si dicha acción, parte del supuesto fáctico del doble incumplimiento, mal podría exigirse a su promotor que no se encontrara en esa situación, imposición que, por consiguiente, riñe con la naturaleza misma de esta especial acción.

5.2.3. Solamente el mutuo disenso expreso surte efectos inmediatos a su convención, en tanto que se trata de un acuerdo en el que quienes lo celebran, dejan sin efectos jurídicos un contrato previamente ajustado por ellos (art. 1602, C.C.).

Pero tratándose del mutuo disenso tácito, la efectiva extinción del acuerdo que con él se desata, solamente se produce una vez adquiere firmeza la sentencia judicial que lo declara.

Así las cosas, la excepción de "MUTUO DISENSO" planteada por el señor Chávez Matallana, toda vez que está soportada en el reciproco incumplimiento de la promesa de compraventa en cuestión por parte de quienes la celebraron, carece de asidero, pues, de un lado, ese comportamiento no denota, por sí solo, que fue el querer de ellos, desistir o abjurar del contrato y, de otro, porque así fuera cierto que su conducta post-contractual estuvo dirigida a ese fin, tal actuación, como acaba de anotarse,

está desprovista del poder de invalidar automáticamente la referida convención.

5.2.4. La aducida "*INEXISTENCIA DE LA ACCIÓN*", en lo que resulta comprensible, habida cuenta la notoria falta de claridad de los argumentos que la sustentan, tampoco se avizora admisible, como quiera que, según se deduce, está dirigida a confutar que la resolución de un contrato pueda generar prestaciones mutuas, postura contraria a la naturaleza misma de este tipo de sanción, con la cual, como ya se explicó, se busca, entre otros objetivos, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, al momento de la celebración del respectivo contrato.

Por lo demás, ninguna mención cabe aquí al tema de la indemnización de perjuicios, en tanto que habiendo mediado el reciproco incumplimiento del contrato por parte de ambas partes, ya se dijo, y ahora se reitera, que ninguna de ellas se encuentra en mora (art. 1609, C.C.) y que, por lo mismo, ninguna tiene derecho a exigir de la otra el resarcimiento de los daños que hubiere podido haber padecido como consecuencia de la frustración del convenio (art. 1615, *ib.*).

5.2.5. En cuanto hace a la "*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN*" se encuentra que, ciertamente, la resolución contractual se impetró después del vencimiento del término de veinte (20) años que el artículo 2536 del Código Civil, antes de la modificación que a él le introdujo la Ley 791 de 2002, previó para la prescripción de las acciones ordinarias.

Si como ya quedó afirmado, el detonante de la resolución fue el reciproco incumplimiento de la obligación de suscribir la escritura pública por medio de la cual se perfeccionaría la compraventa prometida, lo que tenía que hacerse el 30 de abril de 1970, es patente que el indicado término venció en esa misma fecha de 1990.

Confrontada esa fecha con la de presentación de la reconvenCIÓN, que lo fue el 27 de agosto de 1992 (fl. 132 vuelto, cd. 3), se colige que la resolución deprecada en las súplicas subsidiarias de dicha demanda, se solicitó con posterioridad a aquella calenda, esto es, cuando la acción ya se había extinguido por el paso de tiempo.

Pese a lo anterior, no hay lugar al acogimiento de la excepción, puesto que el señor Chávez Matallana, con su actuar, renunció tácitamente a la prescripción, como quiera que, luego de configurada, en la demanda inaugural de este proceso, buscó que la promesa de compraventa cuestionada surtiera efectos legales, en tanto que adujo que fue en virtud de ella, que entró a poseer el inmueble de la contienda.

Al respecto, debe destacarse que dicho actor trajo, en copia autenticada, como prueba de la acción de pertenencia que intentó, el referido acuerdo de voluntades; y que en el hecho primero de su libelo, el apoderado que lo representó se refirió a él, al señalar que *“en el mes de diciembre de 1969, el señor GUSTAVO CHAVEZ MATALLANA recibió en forma real y material, como consta en documento firmado por los señores*

FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA y MARÍA CRISTINA HERNÁNDEZ DE CAMACHO, un inmueble, lote y construcción, situado en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, Zona de Usaquén, marcado con el número 109-51 de la carrera 4º Este (...)”.

Más diciente es la postura que asumió el citado accionante en el cargo primero de la demanda de casación que atrás se analizó, toda vez que con él propendió porque se interpretara que el señalado contrato le trasmitió la posesión del inmueble que los esposos Camacho - Hernández le entregaron, en desarrollo precisamente de él.

Reconocer de ese modo la promesa, es admitir que el contrato conserva vigencia, postura que, por ende, convalida tácitamente la solicitud de resolución del mismo elevada por el señor Camacho Amaya, en su condición de prometiente vendedor, pues siendo ello así, aflora patente que tanto este último, como cualquiera de los intervenientes en ese negocio jurídico, tiene derecho a reclamar de la justicia su extinción, en procura de desatar el nexo jurídico que ese acuerdo de voluntades comporta para quienes lo celebraron y de retrotraer los actos que en desarrollo del mismo ejecutaron.

Enseña el artículo 2514 del Código Civil:

La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos.

Como se aprecia, la renuncia tácita acaece cuando quien tiene la posibilidad de alegar la prescripción, luego de haberse estructurado completamente, desarrolla conductas indicativas de que "reconoce el derecho de su acreedor", o que reflejan su propósito "de seguir comprometido en el vínculo jurídico que lo ata" a él⁴⁶, que fue, como en precedencia se explicó, lo que aquí ocurrió.

Por lo expuesto, la referida excepción igualmente habrá de denegarse.

5.3. Las prestaciones mutuas.

5.3.1. El Tribunal, en procura de volver las cosas al estado en que se encontraban al momento de la celebración del respectivo contrato de promesa de compraventa, estableció las siguientes obligaciones para las partes:

5.3.1.1. A cargo del primigenio demandante, señor Gustavo Chávez Matallana:

a) Restituir el bien raíz objeto de la promesa de compraventa y sobre el que versó el litigio.

⁴⁶ C.R.J. SC del 1^o de junio de 2005, Rad. n.º 7921.

b) Pagar "los frutos percibidos (sic) por el inmueble en proporción a la parte del precio que fue pagada" (37%), que tasó, al 31 de octubre de 2012, en la suma de \$832.018.000.oo.

Para el cálculo de los posteriores a esa fecha, partió del valor de la renta mensual establecida para el citado año 2012, es decir, la suma de \$14.310.000.oo y dispuso que el inicial actor deberá pagar el 37% de ese monto "por cada mes en adelante y hasta la entrega del bien, canon que se incrementará en el mismo porcentaje del IPC del año anterior, a partir del 1 de enero del año siguiente".

5.3.1.2. A cargo de los primigenios demandados, Francisco José Camacho Amaya y herederos determinados e indeterminados de María Cristina Hernández de Camacho:

a) Devolver la parte del precio efectivamente cancelada por el prometiente comprador, esto es, la cantidad de \$360.000.oo, que corregida monetariamente a septiembre de 2012 fijó en \$237.900.000.oo, valor sobre el cual ordenó el pago de intereses civiles del 6% mensual, a partir de 1º de noviembre de 2012.

b) Pagar las mejoras plantadas en el predio, en virtud a que estimó, de un lado, inaplicable el artículo 1932 del Código Civil y, de otro, que Chávez Matallana fue poseedor de buena fe. Con apoyo en el dictamen pericial

estimó que su valor ascendía a la cantidad de \$65.700.000,00, que corrigió monetariamente a la fecha de la experticia en desarrollo de lo cual obtuvo el total de \$112.004.000,00, sobre el que también ordenó el pago de intereses civiles a la tasa del 6% anual desde el 1º de noviembre de 2012.

5.3.2. Como se aprecia, las específicas condenas impuestas a las dos partes, por sus montos, eran susceptibles de cuestionarse por ambas a través del recurso de casación, sin que el inicial accionante incluyera en los cargos que formuló, reparo alguno al respecto; y sin que el extremo originalmente demandado, interpusiera dicha impugnación, con el advertido propósito.

5.3.3. Así las cosas y siguiendo las premisas que se dejaron sentadas al inicio del presente fallo sustitutivo, es forzoso colegir que las determinaciones adoptadas en segunda instancia en punto de las prestaciones mutuas, son firmes y, por lo mismo, inalterables para la Corte, por lo que habrán de reiterarse.

5.4. Conclusiones.

5.4.1. Como lo resolvió el Tribunal, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, negar las pretensiones del libelo con el que se dio apertura al proceso. Se tendrá en cuenta la corrección que del fallo del

ad quem se efectuó mediante proveido del 17 de enero de 2013⁴⁷.

5.4.2. Por no haber sido objeto de la apelación que interpusieron los demandados contra el referido proveido *de a quo*, se mantendrá la negativa de conceder las súplicas principales de la reconvención (reivindicación).

5.4.3. Fruto del estudio efectuado por la Corte, respecto de la resolución contractual impetrada en los pedimentos subsidiarios de la contrademanda, se acogerá dicha acción; y, ante ello, se despacharán desfavorablemente las excepciones que en relación con esas reclamaciones esgrimió el reconvenido, por las razones igualmente atrás consignadas.

5.4.4. En punto de las prestaciones mutuas, se reiterarán las decisiones adoptadas en segunda instancia, por haberse tornado firmes e inmodificables.

5.4.5. Por razones meramente metodológicas, las decisiones de segunda instancia que habrán de mantenerse, según viene de explicarse, se reproducirán en lo pertinente bajo comillas, en la parte resolutiva de este fallo.

5.4.6. Con sujeción a las normas respectivas, se dispondrá el levantamiento de la inscripción de la demanda.

⁴⁷ Fls 67-68, cd 10.

5.4.7. La prosperidad de las solicitudes subsidiarias de la reconvenCIÓN, provoca que las costas, en ambas instancias, se impongan al primigenio accionante.

5.4.8. El éxito del recurso de casación, conlleva a que no haya lugar a costas, como consecuencia de dicho recurso extraordinario.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia del 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso ordinario que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveido y, en sede de segunda instancia, **REVOCA** el fallo que en ese mismo asunto profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, fechado el 22 de septiembre de 2010, en defecto del cual **RESUELVE**:

Primero: *"Denegar las pretensiones de la demanda principal de Gustavo Chávez Matallana contra Francisco José Camacho Amaya, herederos de María Cristina Hernández de Camacho y personas indeterminadas".*

Segundo: Negar las pretensiones principales de la demanda de reconvenCIÓN, formulada dentro de dicho litigio por uno de los primigenios convocados.

Tercero: Decretar la resolución del contrato de promesa compraventa celebrado por Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho (q.e.p.d.), como prometientes vendedores, y Gustavo Chávez Matallana, como prometiente comprador, respecto del inmueble materia del litigio, que data del 17 de noviembre de 1969, conforme fue solicitado en las súplicas subsidiarias de la contrademanda.

Cuarto: Negar las excepciones meritorias que el señor Chávez Matallana propuso en frente de acción resolutoria planteada en las súplicas subsidiarias de la reconvención, atrás acogida.

Quinto: *"En consecuencia, condenar al demandado en reconvención a restituir a la parte demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble objeto del resuelto contrato de promesa de compraventa, identificado en la demanda y demás documentos anexos".*

Sexto: *"Condenar a los demandados Francisco José Camacho Amaya y herederos (...) de María Cristina Hernández de Camacho a pagar al demandante primigenio, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de doscientos treinta y siete millones novecientos mil pesos (\$237'900.000,00), recibidos como parte del precio de la compraventa que se resuelve, y la*

suma de ciento doce millones cuatro mil pesos (\$112'004.000,00) correspondientes a las mejoras sobre el predio. Sobre las anterior sumas se pagarán intereses civiles del 6% anual, a partir de 1º de noviembre de 2012".

Séptimo: "Condenar al demandado en reconvenición a pagar a Francisco José Camacho Amaya y los herederos (...) de María Cristina Hernández de Camacho, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de ochocientos treinta y dos millones dieciocho mil pesos (\$832'018.000,00), correspondiente a los frutos civiles dejados de percibir desde la celebración de la promesa de compraventa hasta el 31 de octubre de 2012, más (...) la proporción del 37% del "canon respectivo por cada mes en adelante y hasta la entrega del bien, canon que se incrementará en el mismo porcentaje del IPC a partir del 1 de enero de cada año subsiguiente, conforme a lo anotado en la parte motiva".

Octavo: "Autorizar a las partes para hacer las compensaciones pertinentes sobre las anteriores sumas de dinero".

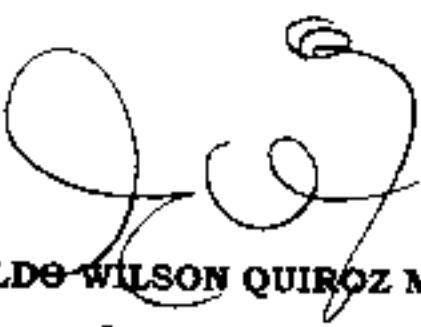
Noveno: Ordenar el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda, teniendo en cuenta las previsiones del inciso 5º del literal a) de la regla primera del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. Ofíciuese como corresponda.

Décimo: Imponer las costas en ambas instancias, al primigenio demandante. En la liquidación de las de

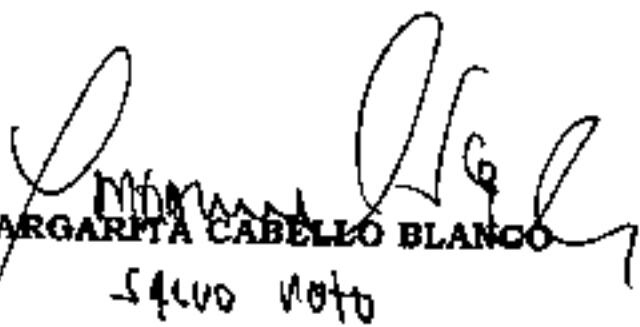
segunda, incluyase por concepto de agencias en derecho la suma de \$9.642.280.oo. La secretaría del *ad quem* proceda de conformidad.

Undécimo: Sin costas en casación, por la prosperidad de dicho recurso extraordinario.

Cópíese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



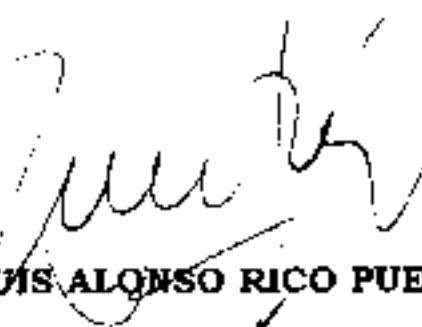
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Presidente de Sala
Salvo parcial de voto
(Anexo)



MARGARITA CABELLO BLANCO
Síguo voto



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



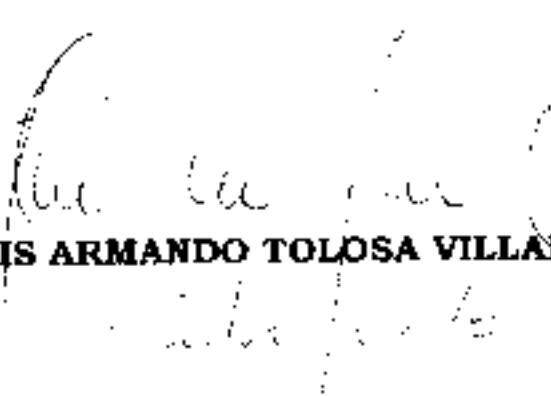
LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

JORGE ERNESTO OVIEDO ALBÁN

Conjuez



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Aunque en lo sustancial comparto la decisión adoptada, con el debido respeto disiento de algunas consideraciones efectuadas en el fallo aprobado mayoritariamente, así como de las condenas dinerarias que fueron impuestas en la sentencia sustitutiva, con fundamento en las consideraciones que se hacen en lo venidero.

1. INDEBIDA RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS EN CASACIÓN

1.1. En el proyecto aprobado se incurrió en un error de técnica al desatar prematuramente una pifia *in judicando*, sin advertir que lo correcto era despachar la crítica por incongruencia, sin más consideraciones.

Así lo impone el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por la fecha en que se promovió el remedio extraordinario, al señalar que *«la Sala examinará en orden lógico las causales alegadas por el recurrente»* (negrilla fuera de texto), esto es, *de modo sensato y con sentido común*¹.

¹ Diccionario de la Lengua Española, octava acepción, consultado en <https://dle.rae.es/>.

La Corte, sobre el alcance de este mandato, doctrinó al unísono que primero deben resolverse los reparos procesales, en tanto suponen un cuestionamiento sobre la validez o eficacia de la actuación judicial, a cuya improcedencia si resulta dable descender a los aspectos probatorios y de puro derecho². De forma textual ha dicho:

Se abordará el estudio de las censuras en orden lógico: comenzando con el ataque al procedimiento y terminando con el embate al juzgamiento, como lo ha expuesto la Corporación al indicar que 'en atención a lo dispuesto en el artículo 375 del C.P.C. y a pesar de la advertencia del recurrente en el sentido de que los dos cargos que eleva contra la sentencia se estudien conjuntamente y en el orden por él asignado, la Corte los estudiará en el orden lógico, el inverso, dando que el segundo denuncia vicios in procedendo y el primero vicios in judicando.' (CSJ, SC-061 de 2002, rad. n.º 6765)... (SC1853, 29 may. 2018, rad. n.º 2008-00148-01).

En suma, delanteriormente deben analizarse los aspectos tocantes a las nulidades procesales, congruencia del fallo y reforma peyorativa, por corresponder en aspectos formales de la actuación o decisión, y sólo ante su inviabilidad se abre paso una revisión de los reproches por vulneración de normas de derecho sustancial -*error facti in judicandi e iure in judicando*- (cfr. SC, 30 oct. 2000, rad. n.º 5696; SC, 8 ag. 2001, exp. n.º 5888; y SC, 24 jul. 2001, exp. n.º 5808).

1.2. Empero de lo comentado, en el proyecto sometido a consideración de la Sala, de forma prematura se resolvió

² SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01; SC1230, 25 abr. 2018, rad. n.º 2006-00251-01; entre muchas otras.

el tópico relativo a la hermenéutica probatoria sobre la posesión del demandante, sin tener en cuenta que previamente debió desatarse el ataque por ausencia de congruencia.

Máxime ante la prosperidad de este último, fundamento para la casación del fallo de segundo grado, a partir de lo cual este órgano de cierre tenía que actuar en sede de instancia para proferir una resolución sustitutiva, momento en que debía adentrarse en la resolución del litigio sin las talanqueras propias del recurso extraordinario, pero con las limitaciones connaturales del remedio vertical.

Decidir primero el aspecto sustancial, en postergación del relativo a la congruencia, carece de apoyadura lógica, pues ante la ausencia de claridad sobre la adecuación del trámite a las normas que lo gobiernan, es inane la discusión sobre las cuestiones fácticas o de puro derecho, como precisamente sucedió en el *sub lite*.

2. PRESTACIONES ANTICIPADAS EN EL CONTRATO DE PROMESA

2.1. Conforme a los artículos 1611 del Código Civil -subrogado por el 89 de la ley 153 de 1887-, y 861 del Código de Comercio, la promesa de contrato, por su naturaleza, únicamente genera prestaciones de hacer, en concreto, celebrar el contrato prometido a la extinción del plazo o el acaecimiento de la condición.

Sin embargo, en desarrollo de la autonomía de la voluntad es posible que los promitentes anticipen obligaciones del contrato futuro, de suerte que su ejecución principie desde el negocio preparatorio, aunque gobernadas por las normas de aquél (SC, 23 oct. 1997, exp. n.º 4918).

Así lo ha admitido esta Corporación:

No obstante que la eficacia final del contrato se encuentra encaminada a obtener la celebración del acto jurídico prometido, suele acontecer que las partes, además de acordar la prestación de hacer que la naturaleza del contrato les impone, ajusten 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 veneno 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... (SC, 12 mar. 2004, exp. n.º 6759).

Y posteriormente aseguró:

El contrato preparatorio, preliminar, promesa de contrato, precontrato (pactum de contrahendo o pactum de ineiundo contratu), 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

definitiva, 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 (SC, 30 jul. 2010, rad. n.º 2005 00154-01; reiterada SC16993, 12 dic. 2014, rad. n.º 2010-00166-01).

2.2. Dentro de las prestaciones susceptibles de anticipación, tratándose de promesas sobre negocios tránsiticos, está la entrega física de la cosa, la cual podrá revestir la forma de mera tenencia o posesión, según el epígrafe que le atribuyan los sujetos negociales.

Cuando la entrega no está mediada de un rótulo específico, dada la naturaleza preparatoria de la convención que le sirve de sustrato, debe entenderse que se hace a título de mera tenencia, en tanto los contratantes son conscientes de que el perfeccionamiento de la convención futura y, por tanto, de la tradición consecuencial, están sujetos a la voluntad del promitente enajenante, de forma que se reconoce indirectamente su dominio.

Al respecto, esta Sala tiene dicho:

¡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 antelada 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.

Por fuera de la precedente hipótesis, entregada la cosa a título de mera tenencia, y así siempre se entiende a falta de estipulación expresa anticipatoria de las prestaciones del contrato definitivo posterior sobre la posesión, podrá presentarse la intervención del título y el mero tenedor convertirse en poseedor descorociendo el dominio ajeno con la prueba de actos de señor y dueño (artículo 777, C.C.), en cuyo caso, tal circunstancia, de suyo comporta la inobservancia del vínculo obligatorio preliminar, porque, en virtud del contrato de promesa de compraventa, el promitente comprador contrae la prestación de hacer consistente en celebrar a futuro un contrato definitivo para adquirir la propiedad del dueño, y esto, involucra reconocer como tal al promitente vendedor (SC, 30 jul 2010, rad. n.º 2005-00154-01).

La Sala ha sido enfática en la necesidad de que medie un pacto expreso para que la entrega física tenga el alcance de posesión, «pues dada la naturaleza y finalidad del mencionado convenio, este no comporta per se, la transferencia por el promitente vendedor del aludido poder de facto» (SC7004, 5 jun. 2014, rad. n.º 2004-00209-01).

2.3. Lo expuesto no es óbice para que el promitente adquirente, después de recibir el bien, mute su tenencia a posesión, caso en el cual debe probar la intervención de su título a través de actos concluyentes, más allá del simple arrendamiento del bien detentado.

Y es que la explotación civil de la cosa es una facultad de la cual se encuentra investido tanto el poseedor como algunos tenedores, de allí que su ejercicio carezca de la significación necesaria para probar el *animus domini*. Basta citar el artículo 523 del Código de Comercio, que faculta al arrendatario para subarrendar parcialmente el local

comercial del cual es tenedor; lo mismo sucede con los cánones 2004 del Código Civil y 17 de la Ley 820 de 2003, que autorizan al arrendatario para celebrar nuevos arriendos, siempre que haya previa autorización del arrendador.

2.4. Por tanto, en el *sub examine*, no era dable que la Corte contara el término prescriptivo a partir de la fecha en que el promitente comprador arrendó a un tercero el inmueble objeto de la promesa, sino que debieron considerarse como datas las de realización de las mejoras u oposición en el proceso liquidatorio.

Con todo, estas últimas fechas arrojarían un tiempo posesorio inferior al señalado en la ley para usucapir, además de que antes de la reforma de la Ley 791 de 2002 era menester acreditar veinte (20) años de detención con ánimo de señorío, prueba que reluce por su ausencia.

3. LA ACCIÓN RESOLUTORIA FRENTE A INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

3.1. Inicialmente el derecho romano sólo conoció la acción de cumplimiento, como forma de satisfacer el interés negocial del acreedor, quien podía acudir incluso a la persona del deudor para lograr el cumplimiento de la prestación debida. Así, por medio de la *legis actio per manus injectionem*, era dable acudir al juez para que el *acciens*

aprehendiera físicamente al sujeto pasivo y obtuviera el pago de su crédito.

Con la consagración de la *lex comisoria* se dio cabida a la acción resolutoria, en los casos en que se incumpliera el deber de pagar el precio en la compraventa, para permitir deshacer el negocio celebrado e impedir la entrega de la cosa; así se extrae de la siguientes redacción: «*Cuando el vendedor de un fundo se hubiere expresado de este modo en un pacto: 'si no se hubiera pagado el precio hasta tal día, quede como no comprado el fundo', en este caso, si el vendedor quisiera que quedase como no comprado, porque esto se habría expresado por causa del vendedor.*» (Digesto, libro XVIII, título III)³.

Dicho de otra manera, «*por medio de aquella institución, se obtenía que el vendedor se liberara de permanecer indefinidamente vinculado al contrato y recobrara, debido a la falta oportuna del pago del precio, su libertad de acción.*» (SC, 19 jun. 1936). «*En principio, la jurisprudencia entendía que se trataba de una condición suspensiva aplicada a la compraventa, respecto de la obligación de entregar la cosa. Con el tiempo, se estimó que se estaba ante un pacto de resolución, adjunto a la compraventa, pacto que, a su vez, estaba suspensivamente condicionado al incumplimiento en el precio.*»⁴.

³ D. Iustiniani, *Los Cincuenta Libros del Digesto*, Tomo I, Ed. Taureiana, Barcelona, p. 911.

⁴ Andrea Botteselle M., *El Pacto Comisorio como Manifestación de la Facultad Resolutoria*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N° 17, diciembre 2011, consultada en <https://acielo.comicyt.cl/acielo.php?lng=es>.

En el derecho medieval «*la legislación de las Partidas en la Ley 38, tit. 5.^o de la Part. 5.a aceptó esta teoría y allí se estableció que pagar debe el comprador al vendedor el precio que prometió, por lo cual se podía resistir la entrega de la cosa hasta que el precio se pagara. La Ley 28 del mismo título y Partida, envolvía la idea el pacto comisorio, tal cual había sido creado en Roma*»⁵.

El derecho francés cooptó esta figura bajo la exigencia de que fuera una estipulación contractual, lo cual permitía la rescisión del contrato en caso de que un negociante no cumpliera las obligaciones adquiridas para con el otro; en otras palabras, «*en los... contratos sinalagmáticos que contienen reciprocos compromisos entre cada uno de los contratantes, se pone con frecuencia la condición resolutoria de la obligación que contrate uno de los contratantes, la in ejecución de alguno de los compromisos de otro*»⁶.

En el Código Civil napoleónico este pacto resolutorio se sobreentendió en todos los contratos sinalagmáticos, en el evento «*en que una de las dos partes no cumpla su obligación... En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios*

(artículo 1184).

⁵ Fernando Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo Sexto, Ed. París América, París, p. 111.

⁶ Robert Joseph Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, p. 424

El Código Civil chileno de 1855 mantuvo la misma regla: «*En los contratos bilaterales va envelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado... Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.*» (artículo 1489).

Máxima recogida en los cánones 1555 del Código cundinamarqués y 1544 del antioqueño, que consagraron que «*en los contratos bilaterales va envelta la condición resolutoria, o de extinción del contrato, al no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*»

El Código Civil patrio siguió esta tendencia y, en su artículo 1546, reiteró la preceptiva chilena, con unos pequeños cambios de puntuación que no afectan su contenido: «*En los contratos bilaterales va envelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.*»

3.2. Esta Corporación, en sentencia de 7 de diciembre de 1897, fijó como derrotero que el canon en mención debe interpretarse en armonía con el 1609, el cual prescribe que «*en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos.*»

En consecuencia, «la resolución de los contratos bilaterales, por la falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido ó se ha allanado a cumplir sus obligaciones» (G.J. años XIII, n.º 625, p. 200).

Tesis reiterada en multitud de pronunciamientos⁷, incluso de reciente data, que insisten en la necesidad de que el demandante sea un contratante cumplido o haya desplegado todas las acciones para hacerlo, como condición *sine qua non* para la prosperidad de la acción resolutoria (SC2307, 25 jun. 2018, rad. n.º 2003-00690-01).

3.3. Voces de disidencia se han alzado en el trasegar jurisprudencial, porque la estricta aplicación de esta interpretación condujo a situaciones de indefinición jurídica, en los casos en que ambos contratantes son incumplidos, pues ninguno de ellos tendría acción para lograr la extinción del vínculo jurídico.

La primera postura que se planteó fue la del mutuo disenso tácito, en el sentido de que el reciproco incumplimiento es equivalente a la decisión de extinguir el vínculo jurídico negocial por su abandono: «la voluntad de las partes no sólo es susceptible de manifestarse a través de declaración expresa, sino también puede serlo mediante actos que implicitamente la dan a conocer... preciso [es] darle

⁷ Por citar unos pocos SC6906, 3 jun. 2014, rad. n.º 2001-00307-01; SC. 28 feb. 2012, rad. n.º 2007-00131-01, SC. 7 mar. 2000, exp. n.º 5319, etc.

a la reciproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso. (SC, 23 sep. 1974, G.J. CXLVIII, n.º 2378 a 2389, p. 246).

Aunque con el pasar de los años se precisó que, además de la mutua desatención convencional, debe quedar fuera de duda la intención de destratarse (SC, 20 sep. 1978, G.J. CLVIII n.º 2399).

La segunda posición se expuso en el proveído de 29 de noviembre de 1978, en el que se aseguró que *en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquélla tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, más si ninguna de las partes cumplió ni se allana a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato.*

Como sustento, se diferenció el incumplimiento de la indemnización de perjuicios, a fin de acotar la aplicación del artículo 1609 a este último, sin afectar la procedencia de la acción resolutoria.

3.4. En la providencia aprobada mayoritariamente se abandonó la tesis de la improcedencia de la acción resolutoria frente a incumplimientos mutuos y se propugnó

por el acogimiento de los planteamientos centrales del fallo de 1978.

Esta comprensión, valga la pena mencionarlo, que comparto en su integridad, es la que mejor se aviene con los criterios de interpretación literal, histórico y sistemático del artículo 1546 del Código Civil, de que tratan los artículos 27 y 30 del Código Civil, como se explicará en lo subsiguiente:

(i) La condición resolutoria tácita, a que se refiere el canon 1546, únicamente exige para su procedencia que se trate de un *contrato bilateral* y que *uno de los contratantes no cumpla con lo pactado*, sin imponer al demandante cargas diferentes a la de ser contraparte negocial.

Y es que el inciso segundo establece que *el otro contratante [podrá] pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato* (negrilla fuera de texto), sin más requerimientos, de allí que no sea dable ponerle sobre sus hombros el deber de acreditar el cumplimiento el allanamiento a hacerlo, como inexactamente lo ha asegurado la jurisprudencia.

(ii) El artículo 1609, en puridad, impide la mora en los negocios bilaterales con prestaciones sucesivas, hasta tanto el otro contratante no cumpla lo pactado o realice las gestiones para el efecto, temática que concierne a la reparación de perjuicios, sin implicaciones directas sobre la prosperidad de la acción resolutoria.

La norma es clara en acotar su objeto a la **mora**, figura jurídica que sirve para definir el hito inicial del cobro de deméritos patrimoniales -canon 1615-, que no puede confundirse con el incumplimiento que constituye la base de la resolución a que se refiere el artículo 1546 del estatuto civil.

Recuérdese que

...el factor determinante para que haya lugar al resarcimiento de los perjuicios provocados por no atenderse las obligaciones derivadas de uno de tales contratos es la "mora" en que haya incurrido el incumplido, la que, como ya lo tiene dicho esta Corporación, es "un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas" (negritas fuera del texto), no pudiéndosele confundir con cualquier clase de incumplimiento, ya que "No todo incumplimiento produce mora; pero si toda mora supone un incumplimiento" (Sent. de 7 de diciembre de 1982). A voces del artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en "mora", en tratándose de obligaciones positivas, cuando "no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora", o "Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla", o "En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor" (SC, 9 mar. 2001, exp. n.º 5654).

(iii) La ubicación del artículo 1609 en el código privado, a renglón seguido de los casos en que el deudor está en **mora** y antes de la **mora** en las prestaciones de hacer, ratifica que su campo de aplicación está acotado a esta materia jurídica.

(iv) Los antecedentes históricos del pacto comisorio, antes rememorados, muestran que su consagración gravitó bajo la idea de que el enajenante pudiera deshacer el contrato con ocasión del impago del precio del adquirente, sin imponérsele condiciones especiales para accionar.

(v) El acceso efectivo a la administración de justicia no se satisface por el hecho de que los administrados puedan acudir al aparato judicial, sino que reclama una decisión definitiva de las controversias sometidas a su componenda, lo que no sucedía en los casos de mutuo incumplimiento, pues los contratantes perdían la legitimación para proponer las acciones de ejecución, resolución e indemnización de perjuicios, quedando en manos del restringido campo del mutuo disenso tácito.

Luego, la interpretación que ahora se defiende restituye a las partes contractuales la posibilidad de hacer uso de la resolución, como forma de desvincularse del negocio jurídico incumplido, claro está, sin el pago de perjuicios por mandato del plurinombrado artículo 1609 del Código Civil.

3.5. Así las cosas, más que una aplicación analógica del canon 1546 al mutuo incumplimiento, como se propuso en la providencia aprobada, lo cierto es que esta regla fue diseñada para gobernar todos los casos de desatención negocial, sin que pueda reducirse su aplicación por el

reconocimiento normativo que se hizo de la excepción de *inexistencia mora por no cumplimiento*.

3.6. Por otra parte, la decisión mayoritaria olvidó responder algunos cuestionamientos relevantes sobre el vigor del canon 1546 al incumplimiento reciproco, a saber: ¿Cómo impedir que un contratante haga uso de la acción resolución y el otro de la ejecutiva? ¿La gravedad del incumplimiento es relevante para definir la acción que resulta procedente?

(i) Si bien el artículo bajo análisis prevé indistintamente la resolución o el cumplimiento forzado, lo cierto es que esta última acción se encuentra vedada en los casos en que el demandante haya desatendido sus deberes o no estuviere presto a observarlos, pues desatiende la lógica que pretenda coaccionarse a su contraparte para el cumplimiento cuando no se está dispuesto a desplegar un comportamiento equivalente.

La ejecución coercitiva, en este contexto, sólo tiene cabida cuando el demandante ha mostrado su vocación de solución, pues de lo contrario avocaría a su contraparte a un nuevo litigio para que lograra el efecto pretendido contra ella, en un sinsentido jurídico atentatorio contra la economía y lealtad procesal.

Tal fue la opinión abrigada en la sentencia de 1978:

El que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios si tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso [resolución], en que el contrato va a desaparecer por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a sobrevivir con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste (SC, 20 sep. 1978, G.J. CLVIII n.º 2399).

Por tanto, en los casos de mutuo incumplimiento, la única puerta sustancial que se abre paso, de las consagradas en el artículo 1546, es la resolutoria, amén de que su finalidad es deshacer retroactivamente el vínculo jurídico, caso en el cual es irrelevante el interés de las partes por cumplir las prestaciones insatisfechas.

(ii) De otro lado, es preciso recordar que no cualquier desatención viabiliza la resolución del contrato, aunque provenga de ambos contratantes, sino únicamente las que son sustanciales.

La Corte ha remarcado que se requiere un *incumplimiento resolutorio, por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato... toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas,*

facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato. (SC, 18 dic. 2009, rad. n.º 1996-09616-01).

Ergo, cuando se suplique la resolución contractual el interesado deberá acreditar que uno o ambos incumplimientos son sustanciales, so pena de que sólo pueda acudir a la indemnización de perjuicios como paliativo al desconocimiento negocial, siempre que se satisfagan las condiciones para el efecto.

3.7. Con las anteriores precisiones, celebro el cambio de posición jurisprudencial en torno a la resolución de contratos mutuamente incumplidos, con la convicción de que en venideras oportunidades se consolidará esta tendencia.

4. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

No obstante lo anterior, con la mayor consideración discrepo de la forma en que se establecieron las restituciones mutuas en la sentencia aprobada, por incurrirse en una inadecuada aplicación del artículo 1932 del Código Civil, cuando debió acudirse a los mandatos 1544 y 1545 de igual estatuto.

4.1. Recuérdese que la primera de las normas mencionadas sólo tiene cabida cuando el incumplimiento reclamado corresponde al impago del precio, como se extrae de su literalidad: *«La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada».*

A tal entendimiento arribó este órgano de cierre, incluso frente a la resolución del contrato de promesa:

Como lo ha destacado la jurisprudencia, uno de los casos en los que el ordenamiento ha establecido una solución particular en materia de frutos luego de producida la resolución contractual, es en el contrato de compraventa, toda vez que el artículo 1932 establece el criterio específico que debe atenderse para la restitución los frutos a que haya lugar como consecuencia de la resolución de un contrato de compraventa, cuando la misma se haya originado en la falta de pago del precio convertido.

Por otra parte, a partir de la sentencia de 6 de julio de 2000 (Expediente 5020), la Corte fijó como "doctrina oficial" suya, la aplicabilidad del artículo 1932 del Código Civil a la resolución del contrato de promesa de compraventa cuando ella obedezca al incumplimiento del prometiente comprador en el pago del precio del bien, realizado anteladamente en virtud de dicho negocio jurídico.

Al respecto, la Corporación concluyó que es "válido... aplicar por vía de interpretación extensiva la disposición del art. 1932 del C. Civil,... cuando la resolución versa sobre un contrato de promesa de compraventa donde las partes convinieron anticipadamente el pago del precio de la cosa vendida y ésta es precisamente la

obligación incumplida que realiza la condición resolutoria tácita" (sentencia citada)... (SC, 30 nov. 2010, rad. n.º 1985-00134-01).

De allí que, en los eventos en el negocio preliminar se extinga por el mutuo incumplimiento, no sea posible acudir a la norma especial diseñada exclusivamente para la desatención del pago del precio, resulta imperativo aplicar el marco normativo general de las condiciones resolutorias.

4.2. Como en el caso se comprobó que ambos promitentes desatendieron obligaciones nucleares de la convención preparatoria, en concreto, concurrir a la notaría para suscribir la escritura pública de venta, se clausuró cualquier posibilidad de que se aplicara el canon 1932 para tasar las restituciones mutuas.

4.3. La providencia de la cual me separo parcialmente, excusó esta situación en el hecho de que la casacionista no elevó un ataque concreto sobre la forma de cuantificación de las restituciones bilaterales, por lo que este punto devino pacífico en casación.

Sin embargo, pasó por alto que, en el cargo que salió airoso al desatar el remedio extraordinario, se criticó que se hubiera decretado *"el mutuo disenso y las anexas restituciones mutuas como si de una pretensión se tratara"*, con lo cual se puso en tela de juicio los mencionados efectos restitutorios.

Prohijar la interpretación propuesta en el fallo mayoritario implicaría diseccionar la declaratoria de extinción del negocio jurídico con sus consecuencias, imponiendo a los casacionistas el deber de enarbolar cargos diferentes para cada uno de ellos, sin tener en cuenta la conexión inescindible entre las mismas.

Por este motivo se impone salvar parcialmente el voto, bajo el entendido de que la Corte debió analizar la procedencia de las restituciones mutuas a la luz de los artículos 1544 y 1545 del Código Civil, lo que habría conducido a un guarismo diferente al decretado.

5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Para finalizar, procede señalar que el demandante ciertamente renunció a la prescripción de la acción resolutoria incoada por el demandado, no por el simple hecho de invocar el contrato de promesa en el escrito inaugural y soportar en ella el inicio de su posesión, como se afirma en la sentencia aprobada, sino porque al excepcionar *contrato no cumplido y mutuo disenso*, le reconoció efectos civiles a este negocio jurídico, con lo cual abandonó la prescripción que corría en su favor.

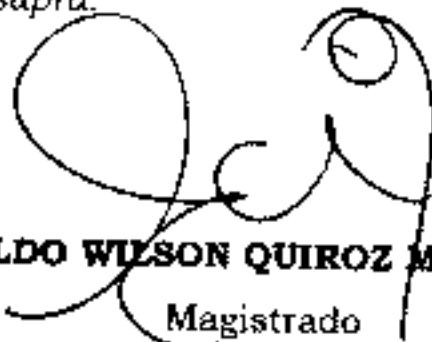
Recuérdese que la prescripción se renuncia cuando el deudor «reconoce el derecho... del acreedor» (artículo 2514 del Código Civil), lo que sucedió en el caso bajo estudio al asentirse en que las obligaciones a cargo del promitente

vendedor seguían en vigor, tanto así que incoó las defensas de incumplimiento previo y mutuo abandono del negocio.

Más aún porque el demandante, para cuestionar la pretensión resolutoria del escrito de reconvención, tenía a haber la posesión deprecada como fundamento de la demanda inaugural, para lo cual bastaba con acreditar la interversión de la tenencia a posesión, al margen del negocio preparatorio con el que principió la ocupación del predio; de allí que, al acudir nuevamente a este último, le asignó renovados efectos y abandonó la prescripción que pudiera afectar su eficacia.

En los términos precedentes salvo de manera parcial el voto frente a la decisión mayoritaria.

Fecha *ut supra*.



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

**SALVAMENTO DE VOTO
MAGISTRADA MARGARITA CABELO BLANCO**

Radicación n° 11001-31-03-031-1991-05099-01

En su momento la suscrita presentó a consideración de la Sala un proyecto enteramente distinto del que fue finalmente adoptado, luego de la derrota del primero. Parece por tanto pertinente reiterar lo que en su momento sostuve y aún sostengo. Lo anterior, por supuesto, con la debida consideración y respeto a la mayoría.

Solo a manera de introducción, pongo de presente que en ese proyecto derrotado, se casaba la sentencia del Tribunal como consecuencia de la prosperidad del cargo primero y, en sede de instancia, se confirmaba la de primera instancia, favorable a la parte actora principal.

1. Gustavo Chávez Matallana recibió de Francisco José Camacho y María Cristina Hernández de Camacho un bien inmueble cuando, en diciembre de 1969, firmaron la promesa de su compraventa donde expresamente pactaron la entrega. Mientras el demandante principal alega que desde allí recibió de ellos su posesión, y por eso la pretensión de usucapión con la que inició este proceso, los segundos (en

particular el señor Camacho y los sucesores de la señora María Cristina) entendieron que había una promesa de compraventa a la sazón incumplida por ambos, y que el bien se había entregado pero que aún pertenecía a Camacho y por ende debía engrosar la masa del concurso, a resultas de lo cual lo pidieron en reivindicación, alegando, es menester decirlo desde ya, que a partir de esa entrega tenían como poseedor a Chávez, y en subsidio reclamaron la declaración de resolución contractual con las consiguientes restituciones mutuas.

2. El desconocimiento de la calidad de poseedor de Chávez Matallana fue, dentro de lo que el expediente muestra, una posición clara que vino a ser adoptada por la pasiva a partir de cuando aquel se opuso al secuestro -en 1989- que el juzgado 18 civil del circuito de Bogotá dispuso practicar en desarrollo del proceso concursal de Francisco Camacho, en donde aquel intervino como tercero y logró tanto en primera como en segunda instancia que se le respetara esa posesión.

También es de destacar que en la sentencia impugnada en casación, el Tribunal llegó al convencimiento de que, en efecto, Gustavo Chávez a la fecha de presentación del libelo incoatorio de este proceso, era poseedor por cuanto había intervertido su condición de tenedor, derivada de la promesa, pero con un tiempo inferior al necesario para alcanzar la prescripción extraordinaria, situando esa conversión para el 7 de marzo de 1975 (f. 49). De suerte que la demanda de casación buscaba que, por causa de los errores de hecho enrostrados al *ad quem*, se casc la sentencia combatida por estar acreditado que ese señorío de hecho, en realidad comenzó desde la fecha misma en que Chávez Matallana se

bizo a la heredad, lo que alega que aconteció el dia de la promesa, esto es, el 17 de diciembre de 1969 cuando se la entregaron. Y como la demanda que dio comienzo a la litis se presentó el 19 de abril de 1991, la veintena necesaria para la usucapión queda así completada.

3. Este distinto entendimiento de la calidad en que se encuentra el actor principal en el inmueble y en últimas, del alcance de la "entrega material" que del mismo se le hizo, obligaba, en sentir de la suscrita, a recordar algunos tópicos referentes a la interpretación de los contratos, cuando quiera que, como en este caso ocurre, debe esclarecerse una diferencia hermenéutica, relativa a la predicha entrega.

4. Si bien la Corte, en sede de casación, debe dejar incólume la interpretación razonable o sensata que un juzgador imprime a un convenio o alguna de sus cláusulas, también lo es que cuando a esa solución llega aquél posando su mirada únicamente en el tenor literal de una estipulación, es procedente el reexamen de esa inteligencia, por supuesto en el marco del cargo que así lo proponga, si apreciada la misma de manera sistemática o contextual, estimando además la aplicación práctica que los contratantes le dieron, surge diáfana una hermenéutica diferente, muy a pesar del texto de la cláusula a que se limitó el juzgador. Sobre todo cuando, a la hora del conflicto, se presenta una disparidad radical de criterios entre los convencionistas, pues se impone al juez el deber de dilucidar la común intención de las partes, para lo cual no puede quedarse en la letra del contrato.

Aplicados esos postulados sostuve que, si bien luce a primera vista acertado entender, como lo hizo el *ad quem*, que la entrega material del inmueble no confería por si

posesión -para ello se apoyó en doctrina jurisprudencial de la Corte-, también lo es que, si hubiera apreciado los elementos probatorios que adelante se examinan, habría tenido que inferir un insoslayable y común designio, que precisó y calificó qué tipo de entrega se hacia, la que dejaron enunciada en los siguientes términos: "*los prometientes vendedores entregan desde la fecha al prometiente comprador y este lo da por recibido a su completa satisfacción el inmueble prometido*" (f. 9, c. 1).

5. Son en verdad numerosas las providencias de la corte que hacen énfasis en el hecho de que el criterio basilar en materia de interpretación contractual es el previsto en el artículo 1618 del Código Civil, al tenor del cual "*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*", precepto que no sólo tiene aplicación cuando las frases usadas por los contratantes generan cierto margen de incertidumbre y duda, o cuando se enfrenta el intérprete a textos oscuros, que naturalmente le exigen emplearse en investigar la común y genuina voluntad de los contratantes. Pues, "*muy a pesar de la claridad del texto contractual, si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal. No es por consiguiente de recibo pleno el brocado "in claris non fit interpretatio"*", que sugiere que si el sentido de las palabras usadas en el contrato es claro, no hay para qué mirar más allá, pues se substituiría la intención cierta de los contratantes por la incierta del intérprete" (SC139-2002 del 1º de agosto de 2002, rad. 6907).

Esta unívoca directriz jurisprudencial en materia de interpretación de cláusulas contractuales debe ser aplicada también en todo su vigor a la promesa, ya que no hay razón

alguna para dejar este convenio por fuera de tales reglas hermenéuticas. De suerte que no puede entenderse que sólo el tenor literal de ese convenio es lo que importa a efectos de establecer si hubo transferencia del señorío de hecho que el promitente vendedor tenía sobre la cosa que entregó al promitente comprador.

Por lo que es dable armonizar tal doctrina con lo que esta Corporación, a partir del 24 de junio de 1980 ha venido proclamando en punto de la entrega antelada del bien objeto de la venta prometida. Dijo entonces: *"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 prometiente 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 prometiente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador..."* (Gaceta CLXVI 45, págs. 51 y 52, SC del 24 de junio de 1980. Se subraya ahora).

Años más tarde precisó -en el sentido que ahora realzo- esa doctrina, que ha repetido en numerosas ocasiones:

"... cumple recordar que (...) la promesa de compraventa no es indicativa, por si sola, de tenencia ni de posesión" (CCXLIII, pág. 530), motivo por el cual, aunque es cierto que la existencia de ese contrato comporta -en linea de principio- reconocimiento de derecho ajeno sobre el bien que se promete adquirir, no lo es menos que si en la promesa se manifiesta la voluntad de entregar el bien prometido para que el promitente comprador asuma su gobierno autónoma, ese propósito político puede generar o derivar una posesión inmediata, si es inequívoca la intención de las

partes en ese sentido (cas. civ. de 26 de junio de 1986), hecho que no se desvirtúa por la participación del poseedor en el mencionado negocio jurídico preparatorio".

6. Aplicados los anteriores entendimientos a la promesa origin de la causa litigiosa dirimida en el fallo del que discrepo, puede destacarse que, a primera vista, la lectura insular de la cláusula quinta de ese convenio preliminar, reflejaria una simple transferencia sin connotación alguna posesoria o de tenencia, pues ninguna de las dos está allí explicitada. Por eso, en aplicación de la mentada doctrina de la Corte, el Tribunal, sin más, descartó que se hubiese trasladado la posesión de los esposos Camacho Hernández a Chávez.

Pero lo anterior no significa que deba quedar limitado el juzgador a detenerse en la cláusula en la que las partes pactan la entrega material de la cosa prometida en venta, a efectos de verificar si de allí y sólo de allí aflora con nitidez la transferencia del señorío de hecho. Conforme a la aludida jurisprudencia reiterada de esta Corporación, en el examen de un negocio jurídico, como éste de promesa, el juzgador debe avanzar más, echando mano de las reglas o pautas de exégesis para buscar lo que los contratantes en realidad quisieron, sobre todo si, a despecho de la claridad de la estipulación, los autos arrojan una evidencia contraria que impone una *comunis intentio* diferente de la plasmada en el texto contractual.

Pues bien, la segunda acusación propuesta en el cargo primero partió de la base de que ni de la cláusula ni de la

aplicación práctica que los participantes del convenio le dieron con su conducta, -activa la del promitente comprador y tolerante y pasiva la de los promitentes vendedores- se desprende que tan sólo se haya entregado la mera tenencia cuando se acordó el negocio preliminar.

a. En la promesa no sólo se pactó que en la fecha de su suscripción los promitentes vendedores entregaban al promitente vendedor, y éste recibía a satisfacción, el bien raíz disputado. También se estipuló (cláusula 11^a) que aquéllos quedaban obligados a pagar de allí en adelante gastos de claduría y a entregarlo libre de toda clase de impuestos hasta diciembre de 1969. Y que *"en caso de que se causaren gravámenes o impuestos con anterioridad al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), aun cuando ellos sean notificados posteriormente, ellos correrán por cuenta de los promitentes vendedores"*. Pero de allí en adelante, los gravámenes tributarios corrian a cargo de Chávez Matallana.

Lo anterior significa, de un lado, que cuando los promitentes vendedores se desprendieron del inmueble y lo entregaron a Chávez, pusieron coto a contraer obligaciones, cargas o tributos que tuvieran veneno en ese inmueble, pues todos ellos entraban, desde diciembre de 1969, por razón de su entrega a Chávez, a ser asumidos por él, quien recibía el bien raíz. Por supuesto que el sentido común indica que un poseedor, es decir, un tenedor que se siente y muestra como dueño, naturalmente se entiende deudor de impuestos de la heredad que detenta para si. En el mismo sentido, la praxis enseña que el mero tenedor de una cosa no cubre como si fueran suyos, tributos que gravan el inmueble de otro, a

menos, claro está, que así lo haya pactado o que sea parte de sus débitos legales. Es, en síntesis, una situación un tanto extraña que alguien pague impuestos de otro. Con todo, se trata de una simple inferencia, un simple indicio, que ni con mucho permite colegir que esa sola circunstancia denote posesión, pues, recuérdese, solo se trae a colación para ubicarla en el contexto de la interpretación de la cláusula quinta de la promesa, según la regla prevista en el artículo 1622 del código civil.

Por tanto, esa circunstancia indiciaria no permite, de entrada y con tan sólo poner la vista en el documento contractual, así sea mirado de contexto, afirmar que el yerro de hecho está demostrado con contundencia por su carácter ostensible. Se trata tan sólo de una contingencia que aunada a los demás elementos de juicio convergentes en el mismo sentido, que se describen pormenorizadamente en el cargo y que adelante se examinan, permiten inferir sin asomo de duda que les unía el propósito de que con la entrega del inmueble transferían los propietarios la posesión del bien raíz objeto del contrato prometido.

b. En efecto, si se ausculta la conducta de las partes, a través de la prueba documental que la censura afirma que el Tribunal no apreció en concatenación con el dictamen pericial y la inspección judicial; y si se tiene en cuenta que la corporación de segundo grado encontró a Chávez como poseedor, sólo que no por el tiempo requerido para la usucapión, puede concluirse entonces que el cargo está llamado a prosperar.

ij) En lo que hace al demandante, repárese en que seis meses después de haberse celebrado el contrato preparatorio, el primero de junio Gustavo Chávez dirige al Banco del Comercio una comunicación que aporta con la demanda en la que solicita una prórroga por dos meses para cancelar la cuota vencida y para informar que había hablado "con el Sr. Manuel de J. Rojas para que él efectúe una visita a la casa y que de acuerdo a su análisis lleguemos a una solución para poder subsanar los graves defectos del inmueble" (f. 12, cdno. 1), postura ésta que proveniendo de un mero tenedor se antojaría un tanto extraña, al involucrar una capacidad dispositiva y de administración, una iniciativa personal en relación con el inmueble, que se ubica, más bien, en quien tiene el ánimo de ser su dueño. Un tenedor no pacta soluciones para arreglar defectos graves del inmueble: los pone en conocimiento del titular.

Además, a poco de haber recibido el bien, en la declaración de renta y patrimonio del demandante, correspondiente al año gravable de 1970, presentada el 31 de marzo de 1971 (fls. 26 a 31, c. 1) lo incluyó como parte de su patrimonio (f. 29), situación que refleja la misma intención de señorío.

El promitente comprador siguió presentando las declaraciones tributarias con la inclusión de la casa. Así, en la del año gravable 1973, en el rubro correspondiente a bienes raíces en el patrimonio denunció una ("sin escritura"), en la de 1977 (en el renglón correspondiente a "casa o apartamento de habitación").

La Corte ha sostenido, a nivel de criterio general, que de acuerdo con el Código Civil colombiano, la posesión, como tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, se traduce en una situación de hecho constituida por dos elementos esenciales, uno de los cuales, el corpus o tenencia material - detención de la cosa-, está presente en la mera tenencia, al punto de ser su esencia, de modo que la diferencia específica que distingue a aquel fenómeno de esta, y lo define en nuestro derecho, es el elemento interno (*animus*) consistente en la intención o deseo de poseer la cosa como dueño. Pero precisamente **por ser una situación de hecho calificada por un estado interno que no es fácil sondar de modo directo, su demostración debe venir acompañada de actos inequívocos y contundentes que reflejen de manera cabal una conducta frente al bien de quien se dice su poseedor, con manifestaciones idóneas perceptibles por terceros**, esto es

"...una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y 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, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquéllos a que sólo da derecho de dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación". (G. J. XLVI, pág. 712).

Se advierte en el citado precepto el afán del legislador por destacar que las manifestaciones externas de la posesión son aquellos hechos positivos que suelen ejecutar los dueños, de modo que los actos de detención en los que no se perciba señorío sobre la cosa, no pueden constituir soporte sólido de una demanda de pertenencia, por supuesto que los hechos que no aparezcan de manera incuestionable el ánimo de propietario de quien los ejercita

(animus rem sibi habendit), apenas podrán reflejar tenencia material de las cosas (CSJ SC 025-1998 del 25 de abril de 1998, rad. 4680. En el mismo sentido, entre otras, SC 183-2001 del 21 de septiembre de 2001, rad. 5881; SC 301-2005, del 30 de noviembre de 2005, rad. 8788)

Pero que la redacción del precepto 981 acuda a hechos exteriores (*corpore*) perceptibles por terceros, comunes a la tenencia, pero de los cuales pretende inferirse el *animus* posesorio, no significa que la prueba se contraiga nada más que a ellos, esos hechos positivos que son los comunes, y que no puedan evaluarse, así sean los menos, otros ya no exteriores sino discretos o reservados que, como este de declarar y pagar impuestos al patrimonio incluyendo para ello un bien de que no se es propietario, también suministran -en forma además más genuina- una posteriora manifestación *in pectore* de la intención del detentador de ser dueño del bien denunciado.

Es que ciertamente la prueba del ánimo posesorio fue una de las críticas más fundadas que al sistema de Savigny, adoptado por el código de Bello, le hizo en su tiempo Ihering, impulsor de una teoría netamente objetiva y para quien la tenencia -poder de hecho- de la cosa es posesión, *salvo prueba en contrario*. No se afilió, como se anticipó con palabras de esta Sala, nuestro Código Civil a este sistema y en consecuencia, la búsqueda del ánimo, del espíritu, de la voluntad interna del que detenta el bien es asunto que debe sondear el juez y acreditar, así sea indirectamente, el interesado. En consecuencia, acude el artículo 981 del Código Civil (*"Se deberá probar la posesión del suelo por*

hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión") a ofrecer ejemplos de hechos positivos que, como la doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de confirmar, no sólo los ejecuta el poseedor. Las plantaciones o sementeras, la construcción de edificios, el corte de maderas y cerramientos son acciones que un tenedor también suele adelantar. En consecuencia, ni puede llegarse a sostener que con la demostración del *corpus* queda acreditado el *animus*, ni pueden descartarse a tal fin aquellas manifestaciones, muy probablemente no conocidas por "el que disputa la posesión", pero que denotan, en asocio a otras, la voluntad de poseer.

ii) Y de parte de los promitentes vendedores, existe en la demanda de reconvenCIÓN formulada por Francisco Camacho una explícita manifestación en el sentido de entender que con la entrega material del inmueble en la época de la promesa se transfirió la posesión. En efecto, tras pedir que se declare que pertenece a él y a la sucesión de María Cristina Hernández de Camacho el dominio del inmueble litigado y que Gustavo Chávez debe restituirlo, adujo como fundamento fáctico la plurimencionada promesa en la que se pactó la entrega de la casa de los primeros al segundo y admite que la presunta posesión que alega el actor primigenio tiene su origen en esa promesa. Pero, agregan que como la incumplió, expresamente "*a partir de ese momento dejó de ser poseedor del inmueble*" (l. 128, c. 3), afirmación

esta que es una típica interpretación auténtica del sentido que le dieron las partes a la entrega material del inmueble, esto es, al origen o causa del contacto material del demandante con la cosa, que en el texto escrito no se calificó. Ciertamente, si de lo que se trataba era de intentar la reivindicación del inmueble, no había necesidad de remontarse a los inicios de la relación posesoria, porque lo que debe acreditar el propietario que busca la posesión perdida es que el demandado sea el "actual poseedor" (art. 951 del Código Civil).

c. Por lo demás, es diciente también que en su declaración de parte, Francisco Camacho haya indicado que reside en un apartamento cercano al inmueble comprometido en esta causa. Preguntado acerca de si no lo ha visitado, contestó que "en varias oportunidades no recuerdo exactamente cuántas he estado allí en razón a que siempre he vivido en la zona aledaña al barrio Santa Ana de Bogotá" (f. 109, c. 3). Agregó que ha golpeado y timbrado y le han abierto la puerta, "para mirar cómo está la casa y he estado también en los jardines de la misma" (ibidem). Y si se confrontan estas afirmaciones con las conclusiones a la que llegó el dictamen pericial (folios 276 a 284, cdno. tres) practicado al inmueble objeto del litigio, elaborado por los expertos Buenaventura Acevedo Fonseca y Edilberto Buitrago Bohórquez, puede fácilmente concluirse que este promitente vendedor de forma contumaz y sospechosa no formuló reclamo alguno en relación con las mejoras de gran calado que allí se indican. En efecto, los peritos mencionan, que

"de acuerdo con la prueba obrante en el proceso y en especial los planos aportados, relacionamos las siguientes mejoras o modificaciones: primer nivel: a) modificación del diseño inicial; b) cambio de baranda de la escalera, c) construcción de los baños; d) cambio de puertas; e) construcción del cuarto de servicio con baño; f) plafones. Segundo nivel: a) cambio de fachada; b) construcción de antesala y bodega; c) portones con blindaje recubiertos en madera; d) construcción de los garajes; e) construcción de la biblioteca; f) construcción del baño de emergencia; g) enchape del hall con tableta de mármol; h) modificación del baño de emergencia de la biblioteca; i) placas que sirven de base y cubierta de la cocina; j) cambio de sitio de la cocina; k) modificación de la chimenea; l) cambio de las instalaciones hidráulicas, sanitarias y eléctricas; m) acometida de gas natural" (folios 279 y 280).

Allí se dice que "por sus materiales empleados, estado de conservación e información obtenida consideramos que la antigüedad de las mejoras supera los 15 años" y además que se intervino la construcción en un 41,5% aproximado, mejoras que incidieron en el valor comercial del inmueble.

Es de ver que el dictamen fue objeto de una solicitud de aclaración y complementación por la parte demandante en reconvenCIÓN, pero en lo atinente a los frutos (f. 288), mostrando por tanto conformidad en lo que hace a las modificaciones y mejoras establecidas por la pericia, sobre todo aquellas que afectaron la fachada del inmueble y que tuvieron que haber sido advertidas por Camacho, a juzgar por su declaración, ya transcrita.

d. En cuanto a la demostración de los elementos estructurales de la posesión (sujeto, el objeto y relación poscessoria integrada por el *corpus* y el *animus*), es sabido que

la prueba es libre por lo que corresponde al juzgador dentro de las reglas de la sana crítica, apreciar los medios regularmente allegados a la causa, que generalmente suelen ser las declaraciones de los testigos que dando las razones de sus dichos, deponen sobre tales elementos, y ello debe efectuarse y concatenarse con los hechos percibidos por el juez en la forzosa inspección judicial que ha de practicar al bien, con dictámenes periciales, confesiones, documentos y demás medios que hagan parte legal del proceso (Cfr. SC 021-1998 del 30 de marzo de 1998, rad. 5022).

A folio 155 del cuaderno #4 de copias auténticas del incidente de levantamiento de secuestro adelantado ante el juzgado 18 civil del circuito de Bogotá, copias que fueron oportuna y legalmente aportadas al proceso a que se contrae este caso, constan las declaraciones de:

Julio Enrique Sánchez González, párroco de la iglesia del barrio, quien manifestó que por razón de su oficio, conoció a Francisco Camacho y su familia por haber vivido por unos años en la casa de este pleito, *"y después de unos pocos años comenzó a vivir el doctor Gustavo Chávez, lo conozco a él a su señora y algunos de sus hijos y entre otras cosas algunos han contraído matrimonio en la parroquia"*. Indicó que Chávez lleva un poco más de 20 años residiendo allí, donde el testigo ha estado en un par de ocasiones. Dijo además que por el tiempo que lleva el actor viviendo en esa casa *"siempre he supuesto que él es el propietario"* (folio 156).

Carlos de Greiff Moreno, también vecino del barrio Santa Ana, manifestó que se pasó a vivir allá a finales de

1969, "y a las pocas semanas conocí al señor Gustavo Chávez quien era uno de los pocos vecinos de esa parte de la urbanización, la cual se conoce como cerros de Santa Ana. El señor Chávez vivía en esa casa y en alguna ocasión cierto tiempo después de habernos conocido me contó que esa casa la había comprado él, pero que no tenía escritura porque estaba pendiente de algunas diligencias con un banco de la ciudad, que creo era el banco del comercio; desde entonces el señor Chávez ha vivido en esa casa, con su familia. En octubre del año pasado, él estuvo buscando maestro para hacer algunas reformas a la casa para prepararla para el matrimonio de uno de sus hijos, yo le recomendé y le presenté un maestro que acababa de terminar una obra en mi casa, de modo que hace ya 22 años que conozco al señor Chávez y quien siempre ha vivido en esa casa. Es una casa que tiene un frente sobre la carrera cuarta..." (Folio 157). Agregó que no ha estado en la vivienda más de unas tres veces porque las relaciones con los vecinos no son muy frecuentes, que al actor se le ha citado como propietario de un inmueble situado en el barrio para efectos de seguridad y embellecimiento, que sabe que el señor Chávez fue trasladado a Medellín con su familia por razones de su trabajo y que no recuerda si alquiló la casa durante ese tiempo o si sus padres la ocuparon, que no ha tenido conocimiento de que Francisco Camacho se haya presentado como dueño de la residencia que ocupa Chávez Matallana, ni ha oido nada al respecto de ninguno de los otros vecinos y nunca ha conocido el señor Camacho.

Por su parte, Jorge Orlando Gómez Caicedo afirmó que conoció a Gustavo Chávez Matallana en febrero de 1970 y

por esa época, como contador y asesor tributario, lo asesoró en la elaboración de sus declaraciones tributarias, en las que incluía la casa objeto de este pleito, los pagos que por impuesto predial e impuesto al patrimonio le correspondían a Chávez Matallana, a quien visitaba en la misma durante todos esos años. Sabe que el actor es su propietario porque la ha incluido en sus declaraciones de renta y patrimonio, ha pagado de su propio peculio los impuestos, siempre lo ha conocido como habitante o residente o morador de la misma, sabía que la había comprado y tenía problemas en relación con el otorgamiento de la escritura, lo cual se incluyó en las declaraciones, porque era necesario identificar el inmueble con la escritura, fecha y notaría de su adquisición.

En resumidas cuentas, las manifestaciones de Chávez, desde cuando se hizo al inmueble, la inclusión como activo suyo en las declaraciones de renta de 1970 y siguientes, el pago que realizó de impuestos prediales y de valorización que gravaron la casa desde esa data, la conciencia que tenían los vecinos de que él era el propietario de la heredad, la reconstrucción que incluyó la fachada misma y la absoluta pasividad de los promitentes vendedores, uno de los cuales manifestó visitarlo sin que hubiese indicado que hubiera reclamado por esas mejoras que sin su consentimiento el aparente tenedor había adelantado, unido a la clara manifestación en la contrademandada de que cuando se entregó materialmente el fundo se transfirió la posesión, así como su entrega en arriendo a un tercero, no dejan lugar a duda alguna de que el Tribunal, omitiendo las pruebas que

la censura precisó, cometió los yerros probatorios denunciados en el cargo, el cual propuse como próspero.

8. Ya en la sentencia sustitutiva, propuse a la Sala lo siguiente:

a. Como se recordará, la sentencia del *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda de pertenencia y denegó las de reconvención (reivindicación y resolución del contrato), razón por la cual los perdidosos, esto es, los herederos de María Cristina Hernández de Camacho y Francisco José Camacho interpusieron tempestivamente el recurso de apelación que fue desatado por la sentencia del Tribunal, en la que el Tribunal no accedió a ninguna pretensión, ni de la demanda principal ni de la de reconvención. Contra esta decisión sólo la parte demandante principal interpuso recurso de casación, por lo que hay que entender que las decisiones denegatorias, referidas a la resolución del contrato de promesa de compraventa y a la reivindicación, propuestas inicialmente por los contrademandantes quedaron en firme, ante el aquietamiento de estos.

Lo anterior conduce a entender que la órbita de la apelación interpuesta por la parte demandada principal se contrae a la prosperidad de la usucapión, para lo cual es menester recordar los argumentos del juzgado *a quo*, en esa precisa materia.

3. Tuvo en cuenta esa autoridad judicial que el bien objeto de la pretensión es prescriptible, que se encuentra plenamente identificado en la demanda con sus linderos generales y específicos y que guarda plena identidad con el inmueble que posee el demandante. Además manifestó que

analizadas las pruebas aparece con contundencia que Gustavo Chávez Matallana ha ejercido la posesión, máxime si ello aparece demostrado con las copias auténticas remitidas por el juzgado 18 civil del circuito de Bogotá, en donde se trató el proceso de concurso de acreedores del demandado Francisco Camacho. Se refirió asimismo a las declaraciones de Julio Enrique Sánchez González, Carlos De Greiff y Jorge Orlando Gómez, de las cuales dice que esos deponentes en forma clara, concomitante y responsiva aseguraron que Gustavo Chávez ha poseído el inmueble por más de 20 años.

En lo que hace al punto medular que desató la exposición de la sentencia de casación, el juzgado indicó que Chávez entró a ocupar el inmueble con ánimo de señor y dueño, extractando tal inferencia de lo dispuesto por las partes en la cláusula quinta de la promesa de diciembre de 1969.

Por lo demás, advirtió el pago de los impuestos de valorización y predial del inmueble, el arriendo que hizo del mismo al señor Volker Seger en 1975, la condición de propietario que los vecinos daban al demandante y el pago de los servicios públicos instalados en el inmueble a usufruir. Expresa que de la declaración del demandado Francisco Camacho se deduce que este se desprendió de la posesión material del inmueble.

En lo referente a las excepciones propuestas a la demanda de pertenencia, no las halla prósperas en razón de los motivos de acogimiento de la usucapión. Cuanto hace a las pretensiones reivindicatorias y de resolución del contrato por incumplimiento, estima el juzgado que la primera no

puede prosperar porque se extinguíó al haberse consolidado el derecho a usucapir el inmueble por parte de Chávez, a más de que este entró al inmueble autorizado por los reivindicantes, en virtud de la promesa que se encuentra vigente.

Resolvió el juzgado declarar no probadas las excepciones de carencia de derecho, no ser poseedor el demandante, incumplimiento del demandante, nulidad absoluta y relativa, compensación, prescripción y en general todas aquellas que resulten probadas, formuladas por el demandado Francisco Camacho Amaya. Asimismo declaró que el señor Gustavo Chávez Matallana (actuando MGT Management S en C como cesionarios) ha adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el bien inmueble descrito en la demanda, ordenó la inscripción de la sentencia en el folio correspondiente, el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda y denegó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvenCIÓN, condenando en costas a la parte demandada por la suma de 12 millones de pesos.

4. Como factores objeto de reproche a la sentencia resumida, y restringidos también a la prescripción adquisitiva, reclaman los apelantes que el inmueble objeto de la usucapión se encuentra embargado y por consiguiente fuera del "comercio jurídico" (f. 24, c. 10), y como la usucapión es un fenómeno que tiene consecuencias jurídicas que deben ser legalmente posibles, no lo es que opere la prescripción adquisitiva extraordinaria en bienes embargados. Además, que el demandante derivó su posesión única y exclusivamente de la promesa y como no ha pagado el precio

de la misma, de ese contrato incumplido no pueden derivarse consecuencias que requieren cumplimiento.

5. En relación con esos concretos reproches materia de la alzada, y a los cuales debía contraerse el estudio de la Sala en sede de apelación, preliminarmente se examina el atinente a que la usucapión no procede en bienes embargados, en lo cual, desde ya, debe decirse que tal argumento ha sido reiteradamente descartado por la Corporación, y para ello, sin más, pareció conveniente reproducir uno de sus tantos pronunciamientos sobre este tópico:

[U]na cosa es que el artículo 1521 del Código Civil disponga que habrá objeto ilícito en la "enajenación" de las cosas embargadas por orden judicial, salvo que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ella y otra, bien distinta, que una medida semejante tenga como efecto la alteración de la calidad, destinación, o naturaleza jurídica del bien sobre el que ella recae, al punto de tomarlo en imprescriptible o excluirlo de la órbita del derecho privado, al estilo de lo que invariablemente ocurre con los bienes fiscales, de uso público, ejidales, parques naturales, entre otros...

De antiguo esta Corporación ha precisado que "... el embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna del Código Civil, que se oponga a la usucapión o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación". (sentencia de 4 de julio de 1932,

G.J. t. XL, pag. 180; cfr. sentencias de 16 de abril de 1913, XXII, 376; 30 de septiembre de 1954, LXXVIII, 698; 28 de agosto de 1963, CIII - CIV, 101; 26 de junio de 1964, CVII, 365; 22 de enero de 1993, CCXXII, 11; 7 de marzo de 1995, CCXXXIV, 333; 23 de noviembre de 1999, CCLXI, 1097; y 3 de diciembre de 1999, CCLXI, 1252; entre otras) (SC del 18 oct. 2012, rad. 54001-3103 003-1998-0324-01)

En lo que toca con el segundo argumento, dirigido a enervar la pretensión de prescripción adquisitiva cuya posesión tuvo origen en un acto voluntario del dueño, y que se rechaza por cuanto el poseedor dejó de cumplir el contrato del cual derivó tal calidad, es preciso hacer hincapié en que si bien el umbral de esa posesión se retrotrae a un acto voluntario de quien era dueño, no por ello debe dejarse de lado que dicha figura no se ata a ese contrato ni sigue su misma suerte, desde luego que es un señorío de hecho caracterizado desde sus inicios por el contacto material y consciente del hombre ejerciendo un poder de hecho sobre una cosa, que supone dos elementos que conforman un todo indivisible, caracterizado el primero -que los romanos llamaban *corpus*- por una aprehensión o relación material y que se refleja en hechos y actos objetivos de los cuales dan cuenta los terceros que tienen a quien aprehende el bien como si fuese su propietario y por tal pasa, y otro, interno -que los romanos denominaban *animus*- y que se traduce en la conciencia, intención o voluntad de tener esa cosa en condición de dueño.

Estas dos características de la posesión no se desvirtúan por el sólo hecho de que haya empezado con un acto jurídico luego incumplido por quien posee. Es que puede haber sido, incluso, un convenio inválido, porque lo que se

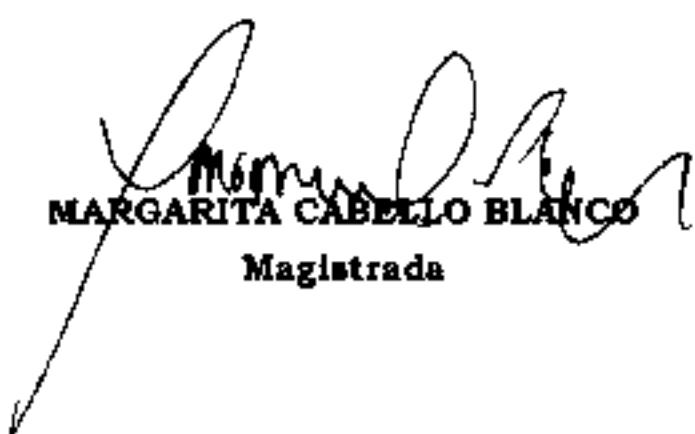
juzga no es el acto mismo, sino que con él se resalta el momento a partir del cual se inicia el fenómeno posesorio, que es distinto de la convención que es su fuente, y de allí que se haya predicado en forma consistente que cuando de por medio existe un contrato, ley para las partes, la manera como el contratante cumplido que entregó el bien puede obtener su devolución es haciendo valer el contrato o su ineficacia y por ese camino lograr la restitución de la cosa dada en razón del convenio.

Descartadas así las observaciones que la alzada dirigió contra la sentencia de primera instancia, propuso a la Sala señalar que si bien la causa de esta relación posesoria - promesa de compraventa en la que se pactó la entrega antelada del bien objeto del contrato prometido- ha sido tenida de ordinario como no apta para transferir la posesión, las precisiones que en la sentencia de casación se hicieron atinentes a la verificación de la real e inequívoca intención común de las partes. llevaban a entender que con ese convenio preliminar el actor no asumió una condición de mero tenedor sino de poseedor.

No tiene en este caso campo de acción, en consecuencia, la denominada intervención de la tenencia en posesión, porque aquella no la hubo y es en donde la exigencia de la acreditación del cambio ha sido puesta de relieve por la Corte de modo reiterado, en razón a que, como prescribe el artículo 777 del Código Civil, "*el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión*". Si más bien es operante y pertinente en estos casos la preceptiva del artículo 780 ejusdem, alusivo a presunciones *juris tantum* tributarias de la experiencia común, que en sus incisos primero y tercero, establecen que "*si se ha empezado a poseer*

a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega", así como que "si alguien prueba haber poseido anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio", regla que recoge el brocado latino *probatis extremis media presumitur*, y de la que ha afirmado Ripert, en comentario a similar norma prevista en el *Code*, que sería exigirle demasiado que el usucapiente deba establecer la continuidad de la posesión "pues la prueba rigurosa de la continuidad absoluta de la posesión es casi imposible"

No queda más sino agregar que a raíz de la posesión acreditada, en mi opinión, desde la suscripción del contrato de promesa de compraventa celebrada en diciembre de 1969, la cual prosiguió hasta la fecha de presentación de la demanda en abril de 1991, quedaba demostrado con suficiencia el lapso de tiempo que para la prescripción extraordinaria exige la ley civil, según lo discurrido por la sentencia del a quo, y lo demostrado por el Tribunal, corporación ésta que, con todo, dijo que la interversión del título de micro tenedor a poseedor en cabeza del demandante Gustavo Chávez arrancaba desde el siete de marzo de 1975. Debe en consecuencia, confirmarse la decisión apelada.



MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada