REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL FAMILIA

NOTIFICACION POR ESTADOS

Art .295 C.G.P

Nro .de Estado **154**

Fecha Estado: 26-09-2023

Página: 1

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
05045310300120150205601	Verbal	PEDRO PABLO PEÑALOZA PUEYO	LUIS HERNAN ARENAS GARCIA	Sentencia confirmada CONFIRMA SENTENCIA APELADA. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	25/09/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
05045310300220210006402	Divisorios	YINA PAOLA VELASQUEZ ARENAS	ROSA MARIA ALVAREZ DE GIRALDO	Auto revocado REVOCA AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	25/09/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
05615310300120190021901	Verbal	WILLIAM EFREN DUQUE BUITRAGO	COOMEVA EPS SA	Sentencia MODIFICA NUMERAL SEGUNDO Y TERCERO DE LA SENTENCIA APELADA. CONFIRMA LOS RESTANTES ASPECTOS. COSTAS EN ESTA INSTANCIA A CARGO DE LA PARTE DEMANDADA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	25/09/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
05615310300220100043601	Verbal	GILBERTO OSORIO VILLA	HEREDEROS DE ARNULFO CAÑAS ALZATE	Sentencia REVOCA Y ADICIONA NUMERAL TERCERO. CONFIRMA NUMERALES RESTANTES. COSTAS EN ESTA INSTANCIA A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	25/09/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA

SE FIJA EL PRESENTE ESTADO POR EL TERMINO LEGAL DE UN DIA A LAS 8 A.M. Y SE DESFIJA EN LA MISMA FECHA A LAS 5:00 P.M.

Nro .de Estado **154** **Fecha Estado:** 26-09-2023 **Página:** **2**

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
05615310300220130025003	Ordinario	DOLLY DE JESUS CANO GRISALES	CONSTRUCTURA MIV. SAS	Sentencia CONFIRMA PARCIALMENTE SENTENCIA APELADA. COSTAS EN ESTA INSTANCIA A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023. VER ENLACE. https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	25/09/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05615310300220130025003	Ordinario	DOLLY DE JESUS CANO GRISALES	CONSTRUCTURA MIV. SAS	Auto señala agencias en derecho FIJA EN 1 SMLMV AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023. VER ENLACE. https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	25/09/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05887318400120220017401	Verbal	JAIME CABALLERO TOLEDO	VANEZA MORALES MORALES	Auto admite recurso apelación ADMITE APELACIÓN EFECTO SUSPENSIVO. IMPRIME TRÁMITE ARTÍCULO 12 LEY 2213 DE 2022. CONCEDE TERMINO DE CINCO (5) DÍAS PARA SUSTENTAR RECURSO. ORDENA TRASLADO DE CINCO (5) DÍAS A CADA PARTE. DA PAUTAS DE PROCEDIMIENTO A LA SECRETARÍA Y A PARTES. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia	25/09/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA

EDWIN GALVIS OROZCO

SECRETARIO (A)

SE FIJA EL PRESENTE ESTADO POR EL TERMINO LEGAL DE UN DIA A LAS 8 A.M. Y SE DESFIJA EN LA MISMA FECHA A LAS 5:00 P.M.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés

Proceso	: Responsabilidad civil médica
Asunto	: Apelación Sentencia
Ponente	: **WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**
Sentencia	: 042
Demandante	: Olga Lucía Giraldo Gómez y otros
Demandado	: Coomeva EPS S.A.
Radicado	: 05615310300120190021901
Consecutivo Sría.	: 886-2020
Radicado Interno	: 220-2020

ASUNTO A TRATAR

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia decide los recursos de apelación interpuestos por ambas partes frente a la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro dentro del proceso declarativo de responsabilidad civil médica promovido por Olga Lucía Giraldo Gómez, William Efrén Duque Buitrago, Jessica Andrea y Diego Ferney Duque Giraldo contra Coomeva EPS S.A.

LAS PRETENSIONES

En el escrito introductor se solicitó declarar la responsabilidad civil contractual de la entidad promotora de salud convocada, con ocasión de la falta de atención médica oportuna a Olga Lucía Giraldo Gómez, víctima directa. Consecuencialmente, se reclamó el pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales para la actora[1]; y el resarcimiento del daño moral[2] para sus familiares: William Efrén Duque Buitrago (cónyuge), Jessica Andrea y Diego Ferney Duque Giraldo (hijos)[3].

LOS HECHOS

[1] Lucro cesante: $140.217.704; morales 100 SMLMV y vida de relación 200 SMLMV.
[2] Cada uno pretendió el pago de 100 SMLMV
[3] Folio 12 y ss. Archivo 01 ExpDigital.

1. Olga Lucía Giraldo Gómez se encontraba afiliada a Coomeva EPS S.A. para el mes de marzo de 2018. El día 13 de ese mes y año, sufrió una caída desde su propia altura, desplomándose sobre su miembro superior derecho, lo que obligó su atención médica por urgencias del Hospital San Vicente Fundación de Rionegro.

2. La revisión clínica determinó la necesidad de realizar una cirugía ambulatoria prioritaria, para *"mejorar los tejidos blandos"*, la cual debía llevarse a cabo, según el médico tratante, entre quince y veinte días.

3. El 27 de marzo de 2018, acudió a la Clínica Central Fundadores Promedan, debido a un fuerte dolor en el brazo, y tras ser valorada medicamente se ordenó practicar un procedimiento quirúrgico: *"Reducción abierta de fractura en segmento proximal de radio (cúpula radial)",* que debía realizarse antes de diez días.

4. A pesar de que los galenos ordenaron la ejecución prioritaria de una cirugía en su codo derecho, la entidad promotora de salud omitió su autorización, lo cual obligó a la accionante a elevar un reclamo de tutela, conocido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Medellín, que ordenó desde el auto admisorio una medida provisional para la realización del procedimiento de cirugía pendiente. La salvaguarda fue concedida y el servicio de salud fue programado para el 10 de abril de 2018.

5. En la historia clínica se plasmó que, en el desarrollo de la intervención médica realizada, se halló la presencia de *"Fractura irreparable de la cabeza del radio (…) Lesión irreparable de ligamento colateral ulnar por retracción que tiene debido al mes de evolución. Gran daño articular de capitelum y tróclea"*. En revisión hospitalaria con experto en ortopedia y traumatología se plasmó que la cirugía se tornó difícil *"Por el largo tiempo de la lesión"*; sin embargo, y pese a que posteriormente la accionante tuvo que emprender otro reclamo constitucional para la asignación de citas para el chequeo de su lesión, perdió la movilidad del brazo derecho, lo cual representó una pérdida de la capacidad laboral en un 50.87%, según la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia.

6. A través de dictamen pericial elaborado por la Universidad CES, se estableció que existió retardo en la autorización de realización de cirugía, atribuible a la demandada, la cual era prioritaria en su práctica, y ante tal omisión se generaron consecuencias cómo: *"1. Que los fragmentos de la cabeza del radio no estuvieran viables y fuera necesario extraerlos y poner una prótesis de la cúpula radial. 2. La inmovilización prolongada y la magnitud de la cirugía que debió realizársele le produjo una limitación funcional severa en el codo derecho, lo cual impidió reintegrarse a su labor y optar por una pensión anticipada"*. Pese a que se ordenaron veinte citas de fisioterapia y rehabilitación, el brazo no recuperó su funcionalidad.

7. Olga Lucía Giraldo Gómez laboraba como operaria de confección en la empresa Createx Formas íntimas S.A.S., devengando un salario mínimo legal mensual vigente para 2018 ($781.242); y las secuelas en salud generadas han representado una afectación a sus ingresos, así como a su esfera emocional, debido a que sus condiciones de vida cambiaron abruptamente. En igual medida, su cónyuge e hijos han padecido lesiones en su esfera emocional, debido a que han presenciado los cambios físicos y subjetivos de aquella.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. El *a quo* admitió la demanda el 11 de septiembre de 2019[4]. La convocada se notificó por aviso; empero, no contestó el escrito inaugural[5].

2. El 19 de agosto de 2020, se adelantó audiencia inicial, en la cual se agotaron las etapas del artículo 372 del Código General del Proceso.

3. Una vez cumplido el trámite procesal correspondiente, en diligencia celebrada el 1° de septiembre de la referida anualidad, se agotaron las fases del canon 373 del Estatuto Procesal Civil, y se dictó sentencia que puso fin a la primera instancia. En ella, el Juez Primero Civil de Circuito de Rionegro resolvió estimar lo pretendido, declarando contractual y extracontractualmente responsable a Coomeva EPS S.A., y condenándole a pagar las siguientes sumas de dinero: **a)** En favor de Olga Lucía Giraldo Gómez $117.327.914 por concepto de lucro cesante; y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago por el daño a la vida de relación, como por el perjuicio moral; y **b)** Para los demás actores, 12 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, para cada uno, por el detrimento moral subjetivo. Condenó en costas a la entidad resistente[6].

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

Se sintetizan de la siguiente forma[7]:

1. Las entidades promotoras de salud (EPS) están obligadas a proveer los servicios de salud que requieran sus afiliados, de conformidad con la Ley 100 de 1993. En el presente asunto el daño está acreditado con la historia clínica, el Dictamen de la Junta Regional de Calificación y la prueba técnica de la Universidad CES.

2. El 13 de marzo de 2018, la actora fue atendida por urgencias debido a una caída desde su propia altura por unas escaleras, impactando sobre su miembro superior derecho. Se hizo lectura del tac en donde se evidenció la fractura de codo derecho, concretamente, de la cabeza del radio, y se ordenó una cirugía ambulatoria prioritaria para mejorar tejidos blandos.

Se probó que la paciente ingresó el 27 de marzo de 2018 por urgencias refiriendo dolor intenso, fue dada de alta programando cirugía abierta la cual debía hacerse en menos de 10 días, y esto fue algo que el representante legal de Coomeva EPS dijo que era cierto, y que fue por problemas organizacionales internos que se no autorizó a tiempo la intervención quirúrgica. Debe resaltarse además que la pasiva no contestó la demanda.

3. Sobre la culpa y el nexo de causalidad: en este tipo de responsabilidad rige la culpa probada. El contenido de la historia clínica y el dictamen pericial CES, conducen a concluir que la tardanza en la orden médica de la cirugía le ocasionó un daño a la víctima

---

[4] Cuaderno primera instancia. Archivo 0001, folios 200 y ss.
[5] *Ídem,* folios 228 y ss.
[6] Archivo 0005
[7] Archivo 0004.

directa, en la cabeza del radio del codo derecho, porque el procedimiento en salud no se realizó en el tiempo requerido. La magnitud de la tardanza le impidió acceder a una recuperación, no se atendió oportunamente el padecimiento de salud, y fue por negligencia en la prestación del servicio de Coomeva que se generó una lesión mayor en la salud de la demandante. De acuerdo con esto, el Despacho encuentra probada la afectación y el nexo de causalidad, quedando demostrados todos los elementos de la responsabilidad médica.

4. De otro lado, cumple anotar que el daño no es susceptible de presunción. El lucro cesante como perjuicio patrimonial atiende a la pérdida de capacidad laboral. Si bien en la demanda se aludió a que la pérdida de capacidad laboral que es del 50.87%, es éste el porcentaje y no el 100%. La víctima directa laboraba como operaria de confecciones, y para el tiempo en que se le realizó la cirugía, se generó el daño.

5. El salario mínimo para 2018, indexado, más el 25% por prestaciones sociales, da un total de ingreso mensual por $1.097.253,75, multiplicado por 50.87%, arroja: $558.172. A la actora le dieron 60 días de incapacidad. Aplicadas las pautas del cálculo de este rubro, se concluye que el lucro cesante consolidado asciende a $13.902.576 y futuro por $103.425.338.

6. El daño a la vida de relación, concierne a un perjuicio que afecta la esfera individual de goce de la parte afectada, y conforme a la jurisprudencia, es aplicable el arbitrio judicial para definir su tasación. Está probado que Olga Lucía no puede hacer las actividades cotidianas como trabajar en confecciones y las labores que cotidianamente realizaba en el hogar, lo cual le genera una autoestima baja, ya que no puede valerse por sí misma y depende de sus familiares para vestirse y hacer las cosas cotidianas de la vida, lo cual fue confirmado por los testigos escuchados. Por lo tanto, se reconocerá la suma de 25 salario mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

7. Sobre los perjuicios morales: es claro que el daño moral afecta la persona y lesiona la personalidad del sujeto; el detrimento subjetivo se refiere a la angustia derivada del daño irrogado. En consecuencia, se fijará la suma de 25 salario mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, para la víctima directa; y para sus familiares 12 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, para cada uno.

REPAROS Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. En la oportunidad procesal, ambos extremos procesales presentaron recurso de apelación, exponiendo sus reparos concretos dentro de los tres días siguientes[8].

1.1. Los motivos de disentimiento de la activa fueron los siguientes:

Desacuerdo frente a la estimación de los perjuicios extrapatrimoniales:

El *a quo* basó su decisión resarcitoria en el arbitrio judicial, pasando por alto los principios de reparación integral y equidad, y el haz probatorio. Las lesiones presentadas

[8] Archivos 007 y 008, *ídem*.

sobre la víctima directa representan un cambio sustancial en su vida, y en la de sus familiares, puesto que requiere acompañamiento constante para realizar sus labores cotidianas, tales como: peinarse, vestirse, barrer, planchar, cocinar, etc. Se ignoró que la merma de capacidad laboral fue del 50.87%, lo que generó la pérdida de su trabajo.

Su esposo es quien debe ocuparse ahora de las labores domésticas, y sus hijos han presenciado el cambio en la vida de su progenitora. La estimación del perjuicio subjetivo debe realizarse considerando el marco fáctico y los medios suasorios practicados, en tanto elementos demostrativos de la intensidad del daño irrogado. Se solicita modificar la condena extrapatrimonial, incrementando el valor asignado al perjuicio moral y al daño a la vida de relación.

1.2. Los reproches de Coomeva EPS S.A. se contraen a lo siguiente:

Indebida tasación de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales

Se calculó el valor de los perjuicios bajo el arbitrio judicial, ignorando las pruebas practicadas en el proceso, especialmente el interrogatorio de parte de los actores. Se marginó que los reclamantes confesaron que la víctima directa goza de una pensión de invalidez, lo cual suple las necesidades que pudiera tener Olga Lucía Giraldo, siendo improcedente el lucro cesante concedido, junto a los demás perjuicios extrapatrimoniales, los cuales, necesariamente, deben reducirse.

2. Corrido el traslado para sustentar[9], ambos apelantes se pronunciaron replicando los argumentos que estructuraron sus reparos concretos[10]; empero, Coomeva EPS S.A. agregó que se encuentra en proceso de liquidación, por orden de la Superintendencia Nacional de Salud[11].

CONSIDERACIONES

1. **Presupuestos procesales**

Están reunidos en este caso, y no se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado, de manera que se puede decidir de fondo el litigio. No obstante, en atención a que Coomeva EPS S.A. se encuentra en estado de *"liquidación"*[12], según Resolución Nro. 202232000000189-6 de 2022 de la Superintendencia Nacional de Salud[13], huelga indicar lo siguiente:

Si bien se desconoce si a la fecha el liquidador de la entidad promotora de salud presentó la aprobación de la cuenta final para la liquidación de la entidad, puesto que no

---

[9] Archivo 0008 del CdnoTribunal. ExpDigital.
[10] Archivos 0010 y ss., *ídem.*
[11] Archivo 0013., *ídem.*
[12] *"Por Resolución No. 2022320000000189- 6 del 25 de enero de 2022, inscrita en esta Cámara de Comercio el 02 de febrero de 2022 con el No. 1571 del Libro IX, la Superintendencia de Salud ordena la liquidación como consecuencia de la toma de posesión de COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S A."* Cfr. https://www.rues.org.co/
[13] https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/resolucion-20223200000001896-de-2022-supersalud.pdf

consta su inscripción en el registro mercantil[14], lo cierto es que el artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero[15] prevé que en caso de liquidación los créditos serán pagados en atención al orden establecido por la ley, y el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010[16], establece las reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso, precisando que cuando el proceso inició antes de la toma de posesión se debe constituir una reserva razonable, según su prelación, para atenderla en caso de un fallo adverso y que, en caso de que hubiere culminado la liquidación se debe entregar a FOGAFIN para el mismo fin[17].

Entonces, se resalta que la cercana extinción de la entidad demandada no impide la resolución del recurso de alzada, toda vez que, para la época de presentación de la demanda, no recaía medida alguna que afectara la existencia legal de la llamada a juicio. Aunado a ello, al momento de emitir sentencia e interponer el recurso de apelación, la entidad convocada no se encontraba en estado de liquidación; en consecuencia, gozaba de capacidad para ser parte y conformar el extremo pasivo, según el numeral 1° del artículo 53 del Código General del Proceso.

Destaca la Sala que la aproximación a la liquidación y extinción de la persona jurídica es un hecho sobreviniente que no inhibe al Tribunal de examinar los argumentos expuestos por los apelantes y emitir una decisión con efectos de cosa juzgada, ya que tal eventualidad no tiene la virtud de producir efectos sobre el derecho material reclamado.

2. **Cuestión jurídica a resolver**

Esclarecido lo anterior, corresponde a la Sala determinar, a partir del análisis conjunto y lógico de las pruebas, si el lucro cesante y los perjuicios extrapatrimoniales reconocidos en primera instancia, satisfacen los requisitos previstos en la ley y en el precedente jurisprudencial aplicable, en punto de su concesión y cálculo.

A esa cuestión jurídica, por lo demás, se limitará el thema de decisión de esta Corporación, como quiera que la competencia que se atribuye en sede de apelación radica, únicamente, en los reparos concretos expresados por las partes, de donde emerge, para el asunto concreto, que nada diferente al quantum del daño deberá anaizarse, por ser materia pacífica entre los contricantes, luego de emitida la sentencia que dio fin a la primera instancia.

---

[14] Cfr. https://www.rues.org.co/ Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2023.
[15] Modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999
[16] *"Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones"*
[17] Contempla la norma: *"Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago: a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso. (…) Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado; (…) Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago".*

3. **Perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales**

3.1. El daño ha sido definido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia como la *«vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal»*[18]. El perjuicio, por su parte, ha sido calificado por la jurisprudencia como la consecuencia de la lesión para la víctima; y la indemnización corresponde al pago del *"perjuicio que el daño ocasionó".*

La doctrina especializada[19] ha establecido que para que se pueda propiciar una recta indemnización, el daño debe ser cierto[20], personal, y lesivo de un interés lícito[21]. Una vez claro esto, la equidad y la reparación integral cumplen un rol preponderante (Art. 16, Ley 446 de 1998[22] e inciso final del Art. 283 del Código General del Proceso[23]).

Tratándose de perjuicios patrimoniales, la Rectora de la jurisprudencia civil ha decantado que

> *"En nuestro país, siguiendo la tradición escolástica, el artículo 1613 del Código Civil clasifica los perjuicios en daño emergente y lucro cesante y el artículo 1614 los define así: «Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación. o cumpliéndola imperfectamente, o retardar su cumplimiento». Significa esto, que «el daño patrimonial puede manifestarse de dos formas: a) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente); o b) como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante). Ambos pueden configurarse en forma conjunta ante la ocurrencia del ilícito (contractual o extracontractual), o bien separada e individualmente (vgr. daño emergente sin lucro cesante)"*[24]

Por su parte, el detrimento no patrimonial recae sobre la condición interna y afectiva del ser humano, puntualmente frente a circunstancias emotivas, tales como: sentimientos de aflicción, congoja, angustia, desilusión y tristeza, de modo que su reparación equivale a una compensación sobre las perturbaciones del ánimo. Tradicionalmente se ha clasificado esta tipología de lesiones subjetivas en daño moral y a la vida en relación.

El precedente vertical de la Sala de Casación Civil ha predicado que el sufrimiento de la víctima, en su esfera personal, resulta de difícil medición, y por ende, no puede el juzgador calcularlo a partir de reglas matemáticas absolutas[25]. De allí que la jurisprudencia haya confiado su estimación al arbitrio judicial, lo cual no significa que su cálculo obedezca

---

[18] SC397-2021.

[19] SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil, 3ª edición, Madrid, Editorial Montecorvo, 1981. Pág. 123 y TAMAYO JARAMILLO, Javier. De La Responsabilidad Civil, Tomo IV, Bogotá, Editorial Temis, 1999. Pág. 17

[20] "*El que efectivamente se produjo, es decir, "... el que aparece con evidencia..." Cfr.* Ídem, óp. cit.

[21] Personal: "*Significa, en principio, que sólo la víctima o sus herederos tienen derecho a demandar el detrimento padecido y, por último,* haber afectado un interés lícito *implica que el causante del mismo no estaba legitimado para producirlo, por lo que el perjudicado directo tenía derecho a gozar del beneficio alterado"* Cfr. *Ídem.*

[22] *"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"*

[23] *"En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"*

[24] SC506-2022

[25] Sentencia del 9 de diciembre de 2013, radicación 2002-00099

a motivos caprichosos del juez, sino que necesariamente debe provenir de un estudio *"ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individualización y magnitud del impacto"*[26].

Con todo, para lograr un resarcimiento justo, corresponde al juez efectuar un análisis conjunto, razonado y discreto del acervo probatorio, integrado con las reglas de la experiencia y la sana crítica, y con lo que la jurisprudencia imperante de la Sala de Casación Civil ha denominado *"presunciones judiciales o de hombre"*, que es la que surge de *"los estrechos vínculos de familia a efectos de deducir los perjuicios morales que padecen los allegados a la víctima directa, en atención a que se presume, por los dictados de la experiencia (…)"*[27].

3.2 Sin embargo, ese raciocinio compuesto de la prueba no puede envolver un desconocimiento de la igualdad, en tanto valor característico y orientador de la administración de justicia, por lo que resulta de especial relevancia atender los precedentes verticales que han resuelto casos similares, con el fin de tener un parámetro para la cuantificación del perjuicio.

3.2.1. Por su utilidad para la resolución de esta instancia, importa reseñar las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en los últimos años.

Así, una de las máximas condenas que ha impuesto el Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria por perjuicios morales derivados de lesiones personales ha oscilado en un promedio de 60 SMLMV como tope máximo. La excepción a este parámetro ha sido la sentencia SC3728 de 2021, en donde se reconoció una indemnización de $150.000.000 (aprox. 165 SMLMV) para cada uno de los progenitores de una menor que sufrió daños severos por una indebida atención médica del parto, por perjuicio moral y daño a la vida de relación.

En el fallo SC21828 de 2017 se tasaron perjuicios de daño a la vida de relación por $30.000.000 (aprox. 40 SMLMV), para una persona que perdió su ojo izquierdo como consecuencia de una culpa médica.

En la providencia SC562 de 2020 se reconoció una suma de $60.000.000 (aprox. 68 SMLMV) y $30.000.000 para la víctima directa y para los padres de una persona que sufrió ceguera total en ambos ojos por extirpación de sus globos oculares, parálisis parcial del cuero, trastorno mixto del desarrollo con síntomas autistas, entre otras afectaciones en el nacimiento. En esa misma decisión se reconocieron perjuicios a la vida de relación por $70.000.000 (70 SMLMV).

Por pérdida parcial de la capacidad de locomoción, la Corte ha reconocido perjuicios morales tanto a la víctima directa como a su núcleo familiar cercano. Verbi gracia en SC780 de 2020 (*"Pasajera y su hijo pretenden -por vía extracontractual- la indemnización de perjuicios, por deformidad física permanente que afecta el rostro de la madre"*), se tasó el daño moral en $30.000.000 (aprox. 34 SMLMV) para la víctima directa y $20.000.000 para su hijo. En SC3728 de 2021 *(Recién nacido, al cual se le observó "mal estado general, con tres circulares al cuello*

---

[26] Sentencia de casación del 18 de septiembre de 2009, expediente: 20001-3103- 005-2005-00406-01
[27] SC5686-2018

bastante apretadas", la asfixia perinatal generó "cercenamiento" de las "capacidades físicas, intelectuales y espirituales" del infante, resultándole imposible auto sostenerse y lograr un desarrollo feliz como persona") se reconoció una suma de $40.000.000 para la madre y una suma igual para su hijo, por concepto de daño a la vida de relación. Finalmente, en el pronunciamiento SC4803 de 2019 (*"Perdida en la capacidad para caminar o merma en la locomoción de la demandante, como consecuencia de accidente de tránsito por exceso de velocidad"*) se tasó el daño a la vida de relación en 50 SMLMV.

4. **Lo probado dentro del proceso**

Militan en autos los medios de convicción que enseguida se relacionan y que resultan relevantes para resolver la problemática planteada en la segunda instancia:

1. Prueba del parentesco entre los demandantes. Obra registro civil de matrimonio que da cuenta del vínculo conyugal entre Olga Lucía Giraldo Gómez y William Efrén Duque Buitrago[28]; así como el lazo consanguíneo de estos con sus hijos Diego Ferney y Jessica Andrea Duque Giraldo, según sus registros civiles de nacimiento[29].

2. Historia clínica de Olga Lucía Giraldo Gómez – Hospital San Vicente Fundación. La cual data del 13 de marzo de 2018, y en la que se describe: *"Paciente de 43 años de edad, sexo femenino, con AP de meningioma (Ya resecado), quien ingresa por cuadro clínico consistente en caída desde su propia altura por unas escaleras al tropezar, cayendo sobre el miembro superior derecho, con posterioridad deformidad, limitación funcional y dolor intenso. Niega otros traumas."*[30]. Con ocasión de las atenciones en salud recibidas, se diagnosticó *"Fractura de la epífisis superior del radio"* y se estableció como plan de manejo: *"orden de cirugía ambulatoria muy prioritaria al mejorar tejidos blandos para realizarse en 15 a 20 días, explico al hijo y a la paciente, (…)"*[31]

3. Historia clínica víctima directa – Clínica Central Fundadores Promedan IPS. La paciente acude el 27 de marzo de 2018 a través de urgencias, refiriendo dolor muy fuerte en el brazo, se diagnostica *"Luxación del codo"*[32]. Se ordena cita con ortopedia y traumatología, dado que se observa en imagen tac la presencia de una fractura compleja. Se plasma como plan de manejo por el galeno: *"Programar para cx ambulatoria para antes de 10 días con el Dr. Jorge Mora, especialista en miembro superior"*[33]. El día 10 de abril de 2018 se realizó la cirugía, en la cual se encontraron los siguientes hallazgos: *"Fractura irreparable de la cabeza del radio, fractura de la coronoides con desinserción de la capsula anterior, lesión irreparable del ligamento colateral lateral ulnar por la retracción que tiene debido al mes de evolución gran daño articular de capitelum y tróclea"*[34].

4. Sentencia de tutela del 16 de abril de 2018 Rad. 2018-00164 – Juzgado Quinto Civil Municipal de Oralidad de Medellín. La cual declaró carente de objeto la acción de tutela por hecho superado, frente a las entidades: EPS Coomeva S.A., Clínica Medellín Centro Fundadores y Promotora Médica de Antioquia S.A. (Promedan)[35].

---

[28] Folio 77, Archivo 001
[29] Folios 79 y ss., Archivo 001
[30] Folios 87 y ss., Archivo 001
[31] Folios 90 y ss., Archivo 001
[32] Folios 101 y ss., Archivo 001
[33] Folios 103 y ss., Archivo 001
[34] Folios 106 y ss., Archivo 001
[35] Folios 130 y ss., Archivo 001

5. Decisión del 17 de julio de 2018 – Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Medellín. Rad. 2018-00679. En la que se ampararon los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de Olga Lucía Giraldo Gómez, frente a la EPS convocada, disponiendo autorizar y asignar cita de control de ortopedia y traumatología[36].

6. Dictamen de pérdida de capacidad laboral – Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia. Elaborado el 22 de febrero de 2019 por solicitud de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., persona calificada: Olga Lucía Giraldo Gómez, afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos S.A.; ARL: Positiva Compañía de Seguros y EPS: Coomeva S.A.[37]. Se realiza experticia por *"controversia por la calificación de la P.C.L. de 25.08%, en relación a secuelas en su estado de salud actual, también controvierte la fecha de estructuración del 15/09/2018"*. El porcentaje asignado asciende a **50.87%** por pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 15 de septiembre de 2018, enfermedad y riesgo: común[38].

7. Prueba técnica: Dictamen médico pericial realizado por el CENDES – Universidad CES. Elaborado por la médica Clara Inés Trujillo González, especialista en ortopedia y traumatología. Se realiza una correlación clínica y médico legal, anotando que una fractura de epífisis superior del radio *"compromete el extremo superior de este hueso que está en contacto con el húmero en la articulación del codo (…) si la fractura compromete la superficie que se articula con el húmero y está desplazada más de 2 mm, debe ser de manejo quirúrgico, es decir, por los fragmentos en su sitio y fijarlos con una placa especialmente diseñada para este hueso y con unos tornillos (…)"*[39]. La ortopedista resaltó que una cirugía ambulatoria debe hacerse, cuando es prioritaria, en una o dos semanas después del trauma inicial[40]. Tras indicar que la cirugía se hizo a los 24 días luego del trauma, y no a los 10 días como fue indicado por el galeno tratante, explicó las consecuencias de esto, a saber: *""1. Que los fragmentos de la cabeza del radio no estuvieran viables y fuera necesario extraerlos y poner una prótesis de la cúpula radial. 2. La inmovilización prolongada y la magnitud de la cirugía que debió realizársele le produjo una limitación funcional severa en el codo derecho, lo cual impidió reintegrarse a su labor y optar por una pensión anticipada"*[41].

Más adelante, se anota que la condición irreparable de la cabeza de radio del codo implica que *"los fragmentos de la fractura de la cabeza radial no podían unirse con tornillos y placas"*, y destacó que la tardanza en realizar los procedimientos médicos requeridos implica que como *"los fragmentos que quedan dentro del líquido articular se van destruyendo pues este líquido tiene una serie de sustancias que son osteolíticas, es decir, que 'se van comiendo' el hueso, entonces no es posible volver a ponerlos en su sitio y mientras más tiempo pase, la lisis del hueso es mayor, por eso la cabeza radial se vuelve irreparable y es necesario retirar los fragmentos que quedan y poner una prótesis para reemplazar la cabeza del radio"*[42]. El dictamen concluye estableciendo que *"La atención oportuna de las fracturas del codo lleva a que los pacientes tengan una rehabilitación precoz y de esta forma recuperen más rápido el movimiento de su codo"*, y que en el asunto examinado no existió propiamente una falla médica, sino un retardo en la ejecución de la cirugía requerida, atribuible a *"la demora de la EPS para autorizar el procedimiento"*[43].

---

[36] Folios 142 y ss., Archivo 001
[37] Folio 83 y ss., Archivo 001
[38] Folio 86 y ss., Archivo 001
[39] Folio 182 y ss., Archivo 001
[40] Folio 184 y ss., Archivo 001
[41] Folio 185 y ss., Archivo 001
[42] Folio 187 y ss., Archivo 001
[43] Folio 188 y ss., Archivo 001

8. Interrogatorio de parte de Olga Lucía Giraldo Gómez[44]. Tiene 46 años. Estudios realizados: Bachillerato. Casada. Ama de casa. Pregunta Juez: en qué se basa para pedir la indemnización demandada (Min. 19:15 y ss.). Respuesta: estoy perjudicada, me siento como alguien vulnerable, estoy afectada física como moralmente, yo ya no puedo hacer lo mismo, yo en estos momentos estoy inhabilitada, estoy a lo que me ayude mi familia, porque ya no puedo hacer nada con la mano. Pregunta: Con qué secuela quedó. Respuesta: yo quedé con el brazo inmóvil, no lo puedo mover y quedé con un dolor constante (Min. 21:00 y ss.), por la noche me duele demasiado el brazo y no me deja dormir. Pregunta: Por qué se demoró la atención médica. Responde: Porque no había autorización, fui diario y no me daban respuesta de autorización de cirugía (Min. 22:45 y ss.), del dolor fui a Clínica Medellín y un ortopedista me vio y me dijo que el problema era muy grave y que esa autorización de la cirugía la debía obtener, fui a la casa y luego puse una tutela y solo con eso me dieron la orden de la cirugía, y se demoraron un mes para ordenarla (Min. 23:30 y ss.)

Pregunta: Con quién vive. Responde: Vivo con mi esposo e hijos. Pregunta: ¿Asistieron a terapias psicológicas? Responde: Sí, solo yo estoy yendo y empecé a los 6 meses de tener el accidente (Min. 24:40 y ss.), mi esposo e hijo son taxistas y mi hija trabaja en Justo y Bueno (Min. 25:10 y ss.), la vida nos cambió a todos porque ellos tenían que estar conmigo las 24 horas, estuvieron muy pendientes de mí todo el tiempo. Actualmente estoy pensionada, por invalidez, recibo un salario mínimo desde el 13 de mayo de 2020 que me empezó a llegar (Min. 26:30 y ss.).

9. Interrogatorio de parte de William Efrén Duque Buitrago. (Min. 30:20 y ss.) 49 años. Taxista. Casado (Min. 31:30 y ss.) Mi esposa no puede hacer nada, yo tengo que venir a ayudarle mucho en el día porque quedó inhabilitada de la mano. Con la tutela fue la única manera que le programaron la cirugía (32:50 y ss.). Mi esposa trabajaba en confecciones (35:20 y ss.). Pregunta: ¿Olga se había caído con anterioridad? No (Min. 36:40 y ss.).

10. Interrogatorio de parte de Jessica Andrea Duque Giraldo. (Min. 39:10 y ss.). Nos afectó moralmente lo que le pasó a mi mamá, porque ya no puede hacer nada en la casa ni trabajar, no puede ni bañarse sola ni vestirse, me afecta mucho porque la vida nos cambió y nos duele mucho que haya pasado esto por una negligencia (Min. 40:00 y ss.). Ella quedó muy triste porque no puede hacer nada con las manos, y en la noche no puede dormir y el dolor es impresionante, cuando hace demasiado frio el dolor es mucho más fuerte (Min. 42:00 y ss.). La tardanza en autorizar la cirugía fue por negligencia. Siempre hemos vivido nosotros cuatro (Min. 43:00 y ss.). Pregunta: ¿La caída fue un accidente de trabajo? Responde: No, eso fue un accidente común (Min. 45:10 y ss.).

11. Interrogatorio de parte de Diego Ferney Duque Giraldo. Me duele ver a mi mamá así (Min. 48:00 y ss.), no sé el motivo de la tardanza, pero sé que la atendieron al mes (Min. 49:20 y ss.). Mi mamá es la que ha recibido algunas terapias psicológicas (Min. 49:40 y ss.). Mi papá y yo hacemos las mismas labores (taxistas), pero redujimos el tiempo por ayudar a mi mamá (Min. 50:20 y ss.).

---

[44] Archivo "1" AudioVideo Min. 15:40 y ss. Audiencia virtual. Min. 19:15 y ss.

12. Interrogatorio de parte de Coomeva EPS S.A. (Min. 53:00 y ss.) Pregunta: ¿Tenía que realizarse el procedimiento dentro de 10 días? Responde: es cierto. Pregunta: ¿No se autorizó la cirugía? Responde: es cierto. Pregunta: ¿Sólo con ocasión de la tutela se autorizó?, Responde: no es cierto porque fue por circunstancias administrativas que no se expidió la autorización a tiempo. (Min. 53:40 y ss.), Agrega: No sabría decirle por qué razón se tardó autorizar la cirugía (Min. 56:25 y ss.), no tengo conocimiento de la relación con los prestadores para 2018.

13. Testimonio de Luz Elena Giraldo Gómez[45]. Tiene 58 años. Vive en Marinilla y es ama de casa. Olga Lucía es mi hermana, cuñados y sobrinos (Min. 15:00 y ss.). Pregunta: Qué conoce de la demanda. Responde: ella perdió su mano, eso es lo que sé, y que la perdió porque sufrió un accidente, ella se cayó por unas escaleras en la casa (Min. 16:00 y ss.). Pregunta: ¿sabe si asistieron a terapias psicológicas? Responde: Sé que Olga ha estado en psicología, de los otros no tengo conocimiento (Min. 18:00 y ss.). Ya ella no puede hacer nada por su cuenta (Min. 19:00 y ss.). Pregunta: Quiénes le ayudan. Responde: el esposo y los hijos (Min. 20:00 y ss.). Agrega: Ella no puede hacer las labores del hogar, le toca que le colaboren incluso para vestirse, se puede peinar, pero a veces presenta dificultades (Min. 20:40 y ss.); trabajaba como operaria de confecciones y dejó de trabajar luego del accidente. Cambió su vida porque ya no puede valerse por sí misma, su vida social también porque ya se mantiene retraída, pensativa y decaída en general (Min. 22:30 y ss.). Pregunta: ¿Han existido perjuicios para los hijos y esposo? Responde: claro, porque ellos tienen que ayudarle más y eso es un cambio para todos (Min. 24:00 y ss.).

14. Testimonio de Álvaro Antonio Duque Buitrago. 51 años, vive en Marinilla (Min. 26:00 y ss.). Pregunta: Conoce a Olga y a los demandantes. Responde: ella es mi cuñada, William es hermano mío y los hijos mis sobrinos (Min. 27:40 y ss.). Pregunta: Qué conoce de la demanda. Responde: ella tuvo un accidente y perdió la movilidad, y casi que la tienen que ayudar para todo (Min. 28:00 y ss.). Pregunta: Qué dificultades tiene. Responde: no puede hacer nada, le tienen que hacer todo y ha estado muy triste y muy deprimida, no puede hacer nada (Min. 29:00 y ss.). Olga Lucía estuvo en cosas psicológicas (Min. 29:50 y ss.). Pregunta: Con qué secuelas quedó. Responde: ella perdió la mano, no le sirve para nada porque ya le quedó inmóvil (Min. 30:00 y ss.), ella trabajaba en una empresa de confecciones. Por ahí 2 y 3 veces a la semana los visitaba (Min. 31:00 y ss.). Ellos le colaboran a Olga haciendo lo de la casa: la comida, barrer, trapear, todo lo que se hace en la casa (Min. 32:40 y ss.).

5. **Análisis de los reparos concretos**

5.1. Reparos frente al detrimento patrimonial por lucro cesante

Lo que dice la pretensión impugnaticia de la entidad demandada es que el *a quo* realizó una indebida valoración probatoria, al pasar por alto la confesión de la parte activa en cuanto a que devenga una pensión de invalidez, por lo que se reprocha la concesión del lucro cesante, el cual cataloga como improcedente.

---

[45] Archivo 03InstrucciónyJuzamiento Min: 13:00 y ss.

A juicio del Tribunal, el argumento de la impugnación, mirado en el contexto de la jurisprudencia aplicable y de conformidad con los medios de convicción, no encuentra prosperidad en esta instancia.

El embate formulado guarda íntima relación con la posibilidad de acumulación de indemnizaciones, derivadas de un mismo hecho dañoso. La doctrina autorizada[46] y la jurisprudencia[47] se han ocupado de esta temática, pues es sabido que, en virtud de los principios de la reparación integral: "*se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado*"[48]; de allí que la consideración de obtener distintas compensaciones pecuniarias, producto de un suceso lesivo, pareciera auspiciar un enriquecimiento injustificado de la víctima[49].

Las discusiones jurídicas gestadas en torno a este tópico han dado lugar a tratar el principio general consistente en que *"El daño se compensa con el lucro"* (*Compensatio lucri cum damno*)[50], el cual consiste en *"la disminución proporcional que sufre el daño en caso de que concurra una ventaja con él"*[51].

Entonces, la cuestión radica en establecer si una víctima puede obtener una pensión de invalidez, derivada directamente del acontecimiento nocivo, y, paralelamente, reclamar el pago de una indemnización por daños causados, bajo el régimen contractual o extracontractual aplicable.

Al respecto, de tiempo atrás la Sala de Casación Civil[52] ha tenido ocasión para puntualizar frente a este problema jurídico, que:

> *"Si el seguro social dispusiese de una acción subrogatoria especial contra el responsable del daño del trabajador, la acumulación de indemnizaciones no sería posible puesto que el responsable se vería avocado a indemnizar dos veces el mismo daño. En consecuencia, cada vez que la seguridad social indemnice a la víctima por los daños sufridos, será preciso averiguar si la legislación especial establece o no el derecho de subrogación, porque lo dispuesto por el Código de Comercio en materia de seguros, no es aplicable, por lo menos en el régimen actual, a los sistemas de seguridad social». (…)*

---

[46] Henao, Juan Carlos. El Daño, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 52.; Alessandri Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, t. I, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1987, p. 26.; y Tamayo Jaramillo, JAVIER. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo II. Editorial LEGIS, pp. 661 y ss., Maseaud Henri y León y Tunc André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual Tomo I Volumen I Ediciones Jurídicas Europa. - América 1977. Pág.348., entre otros más.

[47] CSJ-SC. Sentencia de 22 de octubre de 1998

[48] HINESTROSA, Fernando. "Devenir del derecho de daños" Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5019/6845#content/cross_reference_9

[49] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de julio de 2012. Expediente: 11001-3103-006-2002-00101-01.

[50] El Diccionario Panhispánico del español jurídico explica que se trata de un *"«Principio de la jurisprudencia social y espécimen de la regla que proscribe el enriquecimiento injusto: La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada compensatio lucri cum damno, compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil , de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro» (STS, 4.ª, 13-III-2014, rec. 1506/2013). La aplicación del principio es matizada por la jurisprudencia para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido: «el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, esta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (compensatio lucri cum damno), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto» (STS, 4.ª, 17-VII-2007, rec. 4367/2005)"*. Cfr. https://dpej.rae.es/lema/compensatio-lucri-cum-damno

[51] De Cupis, A. (1951). Il Danno. Roma: Giuffré. Cita extraída de la Monografía Jurídica *"La compensación del daño con el lucro y sus implicaciones en la conducta del agente dañador en Colombia*". ROMERO MELO, Juliana. 2021. Universidad Pontifica Javeriana de Colombia. Bogotá D.C. Disponible en: https://repository.javeriana.edu.co/.

[52] CSJ-SC. Sentencia de 22 de octubre de 1998. Retomada en Sentencia SC506-2022.

«a) El inciso primero legitima directamente al Instituto para pretender del tercero responsable del daño causado al trabajador beneficiario, el pago de la "indemnización común" plena, es decir, por toda clase de perjuicios derivados del hecho culposo imputado al demandado, quedando a su favor "el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente" y "debiendo entregar a los beneficiarios el saldo si lo hubiere".

b) De conformidad con el inciso 2o. esa legitimación qué la primera parte de la norma confiere al Instituto, "no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes en derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios", caso en el cual del monto resarcitorio debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto….

Otra interpretación distinta a la propuesta por la Corte, aparejaría una de dos consecuencias negativas que en manera alguna pueden propiciarse, cuales son tornar la indemnización en fuente de lucro porque se pudiera dar lugar a un doble pago, si la víctima no se entendiera obligada a restituir el valor de los dineros recibidos del Instituto con carácter indemnizatorio, o liberar así sea parcialmente y sin razón jurídica atendible, al victimario del deber de resarcimiento integral a su cargo, si se concluyera que el afectado no puede pretender sino el pago de lo no recibido del Instituto, pues lo cierto es que la norma en estricto sentido no establece la posibilidad de subrogación por la que se venía averiguando".

Esta orientación jurisprudencial fue retomada con posterioridad por el Alto Tribunal civil en el año 2012, al destacar que, *"…, nada se opone a la acumulación de la indemnización de perjuicios que se reclama en este proceso con la pensión de sobreviviente que recibe la demandante como beneficiaria del occiso, toda vez que esta prestación deriva de un título autónomo y distinto de la obligación indemnizatoria que está a cargo del tercero responsable del daño; y su concurrencia no podría implicar jamás un enriquecimiento sin causa para la actora porque la prestación pensional no guarda en realidad ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos, por lo que no podría sostenerse que es una compensación de los mismos"*[53].

De manera que, hoy por hoy, constituye doctrina legal probable la viabilidad de que el afectado por un acontecimiento lesivo depreque acumuladamente la indemnización por los daños irrogados, incluso si, derivado de ese mismo hecho, obtiene una prestación pensional por invalidez[54]. A lo cual la doctrina local[55] ha predicado que *"no existiendo esa acción subrogatoria* [derivada de accidentes de origen común], *el afiliado o los beneficiarios, en su caso, tienen perfecto derecho a acumular la pensión recibida y la indemnización debida por el responsable del daño. Si tienen causas distintas y no existe la acción subrogatoria en favor del Estado o de los mismos fondos de pensiones, nada impide la acumulación"*.

En el asunto examinado está acreditado que Olga Lucía Giraldo Gómez devenga una mesada por invalidez, producto del accidente de origen común que coincide con la lesión en su miembro superior derecho (codo), que en este escenario judicial se reprocha como indebidamente tratado por parte de EPS Coomeva S.A. Según la versión de la misma víctima directa, desde el 13 de mayo de 2020 recibe ingresos prestacionales por valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

Tal y como se ilustro con antelación, para la Sala surge claro que lo alegado por la apelante no está llamado a prosperar, pues conforme la jurisprudencia citada, es factible

---

[53] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de julio de 2012. Expediente: 11001-3103-006-2002-00101-01.
[54] Sentencia SC506-2022.
[55] Tamayo Jaramillo, JAVIER. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo II. Editorial LEGIS, pp. 663 y ss.

que concurran la indemnización derivada de los asuntos contractuales y extracontractuales, con el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, dado que la fuente de una y otra obligación son diferentes, así como las condiciones subjetivas para acceder a las mismas, y en ese sentido la entidad del Sistema de Seguridad Social está obligada al pago del lucro cesante reconocido en primera instancia.

En definitiva, no es de recibo la censura de la demandada, en el sentido que la pensión de la que es beneficiaria la víctima directa le impide reclamar resarcimiento de la EPS acá convocada.

5.2. Los perjuicios extrapatrimoniales y su cálculo indemnizatorio

La pasiva recrimina el *quantum* de los perjuicios extrapatrimoniales reconocidos, y solicita su disminución; en contrapartida con el reclamo elevado en alzada por los demandantes, quienes increpan que la reparación del perjuicio subjetivo reconocido, en realidad no atiende a la intensidad del daño demostrado, y, por ende, debe incrementarse su tasación.

El juzgador de conocimiento estableció como monto indemnizatorio la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, tanto para el daño a la vida de relación, como para el perjuicio moral de Olga Lucía Giraldo Gómez; y para sus hijos y esposo, la suma de 12 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, para cada uno, por el detrimento moral.

Para esta Sala de Decisión Civil, los reproches elevados por la parte actora son los que deben salir avante en esta instancia, pues, tal y como se expondrá a continuación, el *a quo* no efectuó una valoración íntegra del haz probatorio, a fin de establecer la intensidad del daño extapatrimonial de cada litigante. Además, tampoco paró en mientes en cuanto al precedente jurisprudencia aplicable, en tanto parámetro limitante del arbitrio judicial.

Los medios de convicción reflejan con claridad que Olga Lucía Giraldo Gómez tuvo que padecer una dilación injustificada en la autorización de una cirugía, lo que produjo, a la postre, el diagnóstico de una *"Lesión irreparable del ligamento colateral lateral ulnar por la retracción que tiene debido al mes de evolución gran daño articular de capitelum y tróclea"*[56], lo cual le generó una pérdida de capacidad laboral por **50.87%.** A su vez, está demostrado que la falta de atención oportuna de la lesión presentada impidió que ésta hubiera tenido una *"rehabilitación precoz"* cercenando su oportunidad de recuperar *"más rápido el movimiento de su codo"*.

Sumado a esto, las probanzas documentales adosadas muestran que la convocante tuvo que promover dos acciones constitucionales de tutela contra la llamada a juicio, debido a la indebida prestación del servicio de salud, carga que no estaba obligada a soportar, máxime cuando es pacífico que todo se debió a tropiezos administrativos internos que la entidad demandada reconoció por medio de su representante legal, a la hora de rendir su interrogatorio de parte.

---

[56] Folios 106 y ss., Archivo 001

A su vez, las declaraciones de los actores en juicio, cotejadas con las pruebas testimoniales escuchadas, permiten colegir que las condiciones de vida de Olga Lucía Giraldo Gómez cambiaron sustancialmente, pues ya no pudo volver a laborar como operaria de confecciones y su brazo le impide ejecutar actividades que comúnmente desempañaba, tales como: vestirse, cocinar, peinarse y hacer las labores domésticas cotidianas, siendo ahora sus familiares quienes deben asistirla para todo esto.

Las reglas de la experiencia y el sentido común permiten establecer que estas circunstancias en conjunto generan aflicción, congoja y tristeza sobre la víctima directa, al verse restringida para realizar tares que ordinariamente desempañaba antes del suceso lesivo. Bajo esta misma lógica, también es completamente razonable que su esposo e hijos se vean aquejados en su esfera individual, ya que es natural y lógico, por los lazos afectivos del hogar, que éstos sientan angustia y desánimo por ver a la progenitora de la familia padeciendo dolor por su brazo, y estando disminuida para valerse de manera independiente.

Cabe añadir que el desmedro moral no es equiparable a las afectaciones que padece la víctima en sus condiciones de existencia, pues el daño a la vida de relación, *"puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad"*[57]. Por ende, el cálculo de la reparación por cada concepto puede diferir, en atención a las particularidades demostradas por el afectado.

Tal y como se esbozó en la parte considerativa de esta decisión, el precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, tratándose de indemnización del perjuicio extrapatrimonial por pérdida parcial de la capacidad de locomoción ha oscilado entre 34 y 70 SMLMV, tanto para el perjuicio moral, como para la vida de relación; su variación ha atendido a la gravedad e intensidad del daño.

A partir de las pautas trazadas hasta este punto, este Tribunal aprecia que la sentencia de primera instancia debe ser modificada en el monto de los perjuicios por daño moral y vida de la relación, tanto de la víctima directa como de las indirectas, puesto que su cálculo no se compadece con la gravedad e intensidad del desmedro probado, ni con las decisiones que ha adoptado el Máximo Órgano de cierre civil, en hipótesis fácticas cercanas.

Por tal motivo, esta Colegiatura modificará la decisión de primer orden, en el sentido de reconocer a Olga Lucía Giraldo Gómez la suma de 35 salarios mínimos legales mensuales vigente al momento del pago, por concepto de daño moral, y por lesión a las condiciones de existencia en un total de 40 SMLMV; ya en favor de William Efrén Duque Buitrago, Jessica Andrea y Diego Ferney Duque Giraldo, como víctimas de rebote, se aumentará en un total de 20 SMLMV, para cada uno, para el detrimento subjetivo.

---

[57] CSJ SC, 13 May. 2008, Rad. 1997-09327-01 citada en Sentencia SC20950-2017

6. **Conclusión**

Se concluye pues conforme a la jurisprudencia y doctrina relacionada, y a las pruebas relevantes aportadas al expediente, que acertó el juzgador de primera instancia en estimar lo pretendido por concepto de lucro cesante, pues la existencia de una prestación pensional concomitante no impide el reconocimiento de tal rubro resarcitorio, dado que se trata de fuentes indemnizatorias independientes. Empero, el *a quo* anduvo equivocado a la hora de calcular los perjuicios extrapatrimoniales, pues pasó por alto la intensidad del daño subjetivo acreditado, y no verificó la jurisprudencia aplicable como parámetro orientador de decisión. Por estos motivos es que la providencia apelada será modificada en lo pertinente.

7. **Las costas**

A voces del canon 365, numeral 1, del Código General del Proceso se condenará en costas a la parte demandada, en segunda instancia. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 366 *ejusdem*, las agencias en derecho se fijarán mediante auto del Magistrado Ponente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 2° y 3° de la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2020, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro, dentro del proceso declarativo de responsabilidad civil médica promovido por Olga Lucía Giraldo Gómez, William Efrén Duque Buitrago, Jessica Andrea y Diego Ferney Duque Giraldo contra Coomeva EPS S.A., los cuales quedarán, para todos los efectos, así:

> *"**SEGUNDO:** En consecuencia, se condena a **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (COOMEVA EPS S.A.).** a pagar los daños sufridos por la demandante OLGA LUCÍA GIRALDO GÓMEZ los siguientes valores de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva:*
>
> - *Por concepto de lucro cesante pasado y futuro la suma de ciento diecisiete millones trescientos veintisiete mil novecientos catorce pesos con setenta y ocho centavos ($117'327.914,78).*
>
> - *Por perjuicios de vida de relación la suma de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su pago.*
>
> - *Por concepto de daño moral, la suma de 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su pago.*
>
> ***TERCERO:** Se condena a **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (COOMEVA EPS S.A.).** a pagar los daños sufridos por los demandantes **WILLIAM EFRÉN DUQUE BUITRAGO, JESSICA ANDREA DUQUE GIRALDO y DIEGO FERNEY DUQUE GIRALDO,** en*

su calidad de cónyuge e hijos de OLGA LUCÍA GIRALDO GÓMEZ, en su modalidad de perjuicios morales, la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno, al momento de su pago".

SEGUNDO: En lo demás permanece incólume la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Se condena en costas a la parte demandada, en segunda instancia. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 366 *ejusdem*, las agencias en derecho se fijarán mediante auto del Magistrado Ponente.

CUARTO: En firme esta sentencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutido y aprobado según consta en Acta No. 321

Los Magistrados,

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

(Firma electrónica)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL
(Con aclaración de voto)

(Firma electrónica)
OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Firmado Por:

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Oscar Hernando Castro Rivera
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0ffa61120a07b79add5aca05423465a9cf23e1ab29f16c3943406342f0f5a92b**
Documento generado en 25/09/2023 02:17:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

ACLARACIÓN PARCIAL VOTO

Proceso: **Responsabilidad Médica**
Accionante: **Olga Lucía Giraldo Gómez y otros**
Accionada: **Coomeva EPS**
Origen: **Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro**
Rdo. 1ª inst: **05-615-31-03-001-2019-00219-01**
Rdo. interno: **220-2020**

Con el respeto debido a la Sala mayoritaria y al Magistrado ponente y a fin de precisar la posición de quien aclara el presente voto frente a la condena indemnizatoria en salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuya parte resolutiva comparto en cuanto modificó el quantum de la indemnización por daño a la vida de relación reconocido a la víctima directa y por daño moral reconocido no solo a ésta, sino a los restantes demandantes, a fin de incrementar el monto de la condena que por tales ítems había fijado la juez de primera instancia, puesto que efectivamente acorde a las particularidades que resultaron probadas en el caso que concitó la atención de la Sala es evidente que la tasación efectuada por el juzgado originario no atendió las circunstancias específicas que resultaron probadas en el dossier y por tanto comparto lo que acertadamente se indicó en la providencia objeto de aclaración al indicar sobre dicho tópico *"que su cálculo no se compadece con la gravedad e intensidad del desmedro probado, ni con las decisiones que ha adoptado el Máximo Órgano de cierre civil, en hipótesis fácticas cercanas".*

Ahora bien, lo que no comparte esta Magistrada es que dichas condenas indemnizatorias se efectuaron en salarios mínimos legales mensuales vigentes y no con el baremo de moneda corriente que nuestro órgano de cierre en lo civil ha utilizado en la generalidad de los casos, con excepción de unas pocas sentencias en las que al fijar la condena indemnizatoria, lo ha hecho en salarios mínimos legales mensuales vigentes sin efectuar ninguna justificación de la razón por la que se acude a un parámetro distinto al que la propia Sala de Casación Civil viene estableciendo de vieja data como es el de efectuar la condena en "pesos" o moneda corriente, baremo este que ha venido aplicando nuestro órgano de cierre en lo civil en la gran mayoría de sus sentencias, cuya aplicación no ha sido efectuada de manera mecánica, ni sin justificación alguna y contrariamente a ello, la Alta Corporación al referir a dicho tópico ha realizado múltiples y claros

pronunciamientos que constituyen reiteraciones de sentencias anteriores emanadas de tal cuerpo colegiado, así:

Sentencia SC13925-2016_del 30 de septiembre de dos mi dieciséis (2016) del expediente radicado con el Nro. 05-001-31-03-003-2005-00174-01 MP Ariel Salazar Ramírez:

> "*Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento del asunto corresponda a una jurisdicción en particular,* ***reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez del conocimiento,*** *de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo el tradicional criterio del arbitrium iudicis"* (Negrillas ex profeso)

Sentencia SC5686-2018_del 19 de diciembre de dos mi dieciocho (2018) del expediente radicado con el Nro. 05-736-31-89-001-2004-00042-01 MP Margarita Cabello Blanco:

> *Desde bien temprano ha afirmado esta Corporación que la dificultad en determinar la cuantía o monto de la reparación no es un asunto que, por difícil o imposible, fuese obstáculo para reconocer el derecho al resarcimiento, para lo cual entendió y aun entiende que si la responsabilidad civil busca, quizás utópicamente, dejar a la víctima en la misma o análoga situación que tenía antes del perjuicio padecido, en materia de daños morales esa reparación, o mejor compensación, no puede obedecer a parámetros matemáticos de equivalencia entre lo sufrido o padecido frente a la condena al responsable, sino que ha de buscarse una razonable cuantía –si de suma de dinero se trata, pues la reparación simbólica no está descartada aunque en su aplicación surgen problemas referidos a la congruencia- de modo que, así sea idealmente, se mitigue el atentado al fuero interno, al estado emocional perdido o frustrado, con esa fuente de alivio o bienestar (G.J. n°. 1926, página 367).* ***Ha prevalecido el establecimiento de una suma de dinero que la Corte, de tiempo en tiempo reajusta en cuantías que establece además como guías para las autoridades jurisdiccionales inferiores en la fijación de los montos a que ellas deban condenar por este concepto, pues***

ha creído esta Sala que en tal arbitrio judicial debe prevalecer la mesura, la condena no debe ser fuente de enriquecimiento para la víctima a más de que deben sopesarse las circunstancias de cada caso, incluyendo dentro de ellas, por qué no, las especificidades de demandante y demandado, los pormenores espacio temporales en que sucedió el hecho, todo ello con miras a que dentro de esa discrecionalidad, no se incurra en arbitrariedad.

No obstante, a la anterior doctrina, que aún prohíja esta Corporación, debe agregarse el hecho de que a falta de normativa explícita que determine la forma de cuantificar el daño moral, el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tiene un cierto carácter vinculante, *para cuya separación es menester que el juez ofrezca razones suficientes de su distanciamiento, pues, en los términos establecidos por la Corte Constitucional:*

> *"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) el principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontando la continuamente con la realidad social que pretende regular" (C-836 de 2001)*

….

….

En fallo reciente reiteró esta Corporación lo que había señalado en providencia del 28 may. 2012, Rad. 2002-00101-01. Dijo:

> *En el ejercicio del arbitrium judicis orientado* ***a fijar el quantum en dinero del resarcimiento del perjuicio moral, se tendrán en cuenta, además de las orientaciones jurisprudenciales que han sido citadas****, las circunstancias personales de la víctima; su grado de parentesco con los demandantes; la cercanía que había entre ellos; y la forma siniestra en que tuvo lugar el deceso.*
>
> *Y****, en cuanto al monto de dicha reparación, recientemente, la Corte, en sentencia CSJ SC13925-2016, rad. 2005-00174-01, lo fijó en $60.000.000****. Al efecto, expuso:*

Siguiendo las pautas reseñadas, se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de $60'000.000 para cada uno de los padres; $60'000.000 para el esposo; y $60'000.000 para cada uno de los hijos.

El anterior monto se estima razonable, puesto que esta Sala, en circunstancias fácticas similares, ha condenado en el pasado al pago de $53.000.000 (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533), y $55.000.000 (SC del 9 de julio de 2012, Exp. 2002-101-01). (SC15996-2016 de 29 de sept 2016, rad. n° 11001-31-03-018-2005-00488-01)

…

En efecto, las circunstancias del inmenso dolor que se refleja en la ferocidad y barbarie de las acciones padecidas por los demandantes daban, con toda seguridad, lugar a que el Tribunal impusiera una condena acorde con esa realidad, así fuese tomando la suma que como guía por entonces tenía la Corte establecida desde 2012 y que, frente a la indecible atrocidad de los eventos narrados y probados en este proceso ameritan –para este caso particular- una suma mayor a la que entonces tenía dispuesta ($60,000,000.oo) y que hoy reajusta a setenta y dos millones de pesos ($72,000,000.oo) para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes, conservando de esa forma el criterio establecido por la sala de decisión civil del Tribunal en cuanto a que, las circunstancias modales que hubieron de sufrir los reclamantes fueron, en términos generales, las mismas y el parámetro de una tasación similar, en consecuencia, se impone." (Negrillas y Subrayas ex profeso)

Y en más reciente jurisprudencia se encuentra la sentencia SC4703-2021 del 22 de octubre de 2021 expediente radicado con el Nro. 11-001-31-03-037-2001-01048-01 MP Luis Armando Tolosa Villabona, en donde los perjuicios morales fueron tasados en pesos que es la moneda legal colombiana, y es así como, pese a que en las consideraciones de dicha providencia se razonó que existen diferentes formas de medición que conllevan la indexación de las condenas impuestas por perjuicios extrapatrimoniales, como sería por ejemplo la indemnización tasada en salarios mínimos legales mensuales vigentes, gramos oro o unidades de valor actualizadas, entre otras, lo cierto es que en tal sentencia la Alta Corporación, al efectuar la fijación de la condena por daño moral, mantuvo el baremo que la jurisprudencia civil viene utilizando, consistente éste en el patrón

pesos, o sea en moneda legal colombiana, advirtiendo eso sí que al imponer las respectivas condenas indemnizatorias por daño moral se de tener en cuenta sumas actualizadas que la jurisprudencia viene estableciendo gradualmente, respecto de lo que la Alta Corporación indicó:

> "*La Corte de cuando en cuando ha establecido unos parámetros para fijar la cuantía del daño moral y señalado los topes máximos. Sirven de guía en la valuación acometida por los jueces de las instancias, dentro de las cuales es admisible que ejerzan su prudente arbitrio*[1].
>
> *…*
>
> *…*
>
> ***13.6.*** *Limitar el pago de lo señalado por concepto de perjuicios inmateriales a una suma nominal no responde al principio de reparación integral y en equidad ni a la mitigación del dolor. Si bien carecen de la característica de resarcitorios, la actualización no los convierte en tales. Se pretende que, sin dejar de ser paliativos, se satisfagan a valor presente. El pago en valor histórico, en lugar de atenuar el sufrimiento padecido, lo incrementa y pone en desventaja a las víctimas.*
>
> ***El agregado de la actualización, por supuesto, no tiene la condición de perjuicio. Se trata de la misma suma, en su valor real. Por esto, en esta ocasión se reitera la posibilidad de pagar los perjuicios morales con sumas actualizadas. Al fin de cuentas, una suma nominal, pagada a valor presente, es la misma cantidad, solo que actualizada.***
>
> *Se debe dejar, sí, claro, la indexación únicamente procede respecto de las cantidades señaladas en los casos concretos. No sucede respecto de los topes fijados por la Sala, en el sentido de llevarlos actualizados y solicitarlos así en determinado proceso. Como se indicó en uno de los fallos citados,* ***"no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño', las cuales, periódicamente modifica la Sala, cuando toma la alternativa de actualizar el monto de tales cuantías en forma genérica como criterio reparador,*** *cuando se alteran gravemente las circunstancias*

---

[1] *CSJ SC de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, p. 79; 20 de enero de 2009, exp. 993 00215 01; 13 de mayo de 2008, reiterada en pronunciamiento de 9 de diciembre de 2013, exp. 2002-00099; 1 7 de noviembre de 2011, exp. 1999-533; 9 de julio de 2012, exp. 2002-00101-01; SC13925-2016, exp.2005-00174-01; SC5686 de 27 Exp. 6492. Cfr. Sentencia de 19 de noviembre de 2011, exp. 00533. 2s Exp. 1995-10351-01.*

reales, o cuando se trata de casos especiales por el consenso de la Sala"[2].

---

[2] La sala así ha procedido por ejemplo, forjando una sólida doctrina probable en materia de perjuicios morales teniendo en cuenta diferentes circunstancias modales de tiempo, modo, lugar, época histórica, intensidad del daño, sentimientos afectados, naturaleza del derecho infringido en decisiones tales, como: CSJ 18 sep. 2009, rad. 2005-00406-01, CSJ SC 8 ago. 2013, rad. 2001-01402-01, CSJ SC5885-2016, 6 may. 2016, rad. 2004-00032-01 y CSJ SC12994-2016, 15 sep. 2016, rad. 2010- 00111-01. Muchos otros aluden a éstos topes admisibles siguiendo el prudente arbitrio judicial: CSJ SC064, 28 feb. 1990, G.J. No. 2439, p. 89; CSJ se035, 13 may. 2008, rad. 1997-09327-01; cs.r se 20 ene. 2009, rad. 1993-00215-01; CSJ SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01; CSJ SC 9 dic. 2013, rad. 2002-00099; CSJ SC13925-2016, 30 sep., rad. 2005-00174-01; SC5686-2018, 19 dic., rad. 2004-00042-01). ***En materia de alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación ha señalado algunas pautas en las siguientes providencias*** *CSJ Ae2923- 2017, 11 may., rad. 2017-00405-00; CSJ AC3265-2019, 12 ago., rad. 2019-02385- 00; CSJ AC1323-2020, 6 jul., rad. 2020-00686-00; CSJ AC188-2021, 1º feb., rad. 2020-02990-00), pero también la ha deferido al arbitrium iudicis: CSJ se 13 may. 2008, rad. 1997-09327-01, reiterada en CSJ SC21828-2017, 19 dic.2017, rad. 2007- 00052-01.*

En los perjuicios morales la Corte estableció: en SC 30 jun. 2005, rad. 1998- 00650-01 la suma de $20.000.000 por el fallecimiento de madre en accidente de tránsito; Sent. sustitutiva 20 ene. 2009 - rad.1993-00215-01 la suma de $40.000.000 a persona con lesiones cerebrales por disparo imprudente de arma de fuego; Sent. sustitutiva 17- nov. 2011, rad. 1999-00533-01 la suma de $53.000.000 a los familiares de persona fallecida en cirugía de septoplastia; SC 12 jul. 2012 rad. 2002-00101-01 la suma de $55.000.000 por fallecimiento de padre; SC 8 ago. 2013 rad. 2001-01402-01 la suma de $55.000.000 por fallecimiento de padre; SC l2994-2016 la suma de $56.670.000 confirma decisión del a qua. Lesiones en accidente de tránsito; SC15996-2016 y Se13925-2016 la suma de $60.000.000 A padres, hijos y cónyuge de fallecido; SC16690-2016 la suma de $50.000.000 daño neurológico de neonato; SC9193-2017 la suma de $60.000.000 deficiencia de atención médica en parto causante de parálisis cerebral y cuadriplejía; SC 21898-2017 la suma de $40.000.000 daño por extracción de ojo; ***SC5686-2018 la suma de $72.000.000 a familiares de personas fallecidas en tragedia de Machuca*** *(se otorgó un mayor valor ante la magnitud, alcance y gravedad del hecho); SC665-2019 la suma de $60.000.000 por muerte de peatón en accidente de tránsito; SC562-2020 la suma de $60.000.000 a víctima y padres por ceguera total, extracción globo ocular, parálisis medio lado corporal y retraso mental por mala atención médica a neonato; SC780- 2020 la suma de $30.000.000 para víctima y familiares por lesiones de mediana gravedad en accidente de tránsito; SC5125-2020 la suma de $55.000.000 Fallecimiento del padre; SC3943-2020 la suma de $40.000.000 a favor del menor y padres por parálisis cerebral por negligencia en la atención médica a neonato; SC3728-2021 la suma de $60.000.000 a menor con parálisis cerebral por negligencia en la atención médica al momento del nacimiento.*

En daño a la vida de relación a determinado: Sent. Sustitutiva 20 ene. 2009, rad. 1993-00215-01 la suma de $90.000.000 lesiones cerebrales por disparo imprudente de arma de fuego; SC 9 dic. 2013, rad. 2002-00099-01, la suma de $140.000.000 a persona que perdió el 75% de su capacidad laboral; SC16690-2016, la suma de $50.000.000 por daño neurológico a recién nacido en responsabilidad médica; SC9l93-2017 la suma de $70.000.000 cuadriplejía y parálisis cerebral por mala atención en el parto; SC5686-2018 la suma de $50.000.000 por voladura de oleoducto (Machuca); SC665-2019, la suma de $30.000.000 a cónyuge de peatón fallecido en accidente de tránsito; SC562-2020, la suma de $70.000.000 a víctima y padres por ceguera total, extracción globo ocular, parálisis medio lado corporal y

Así las cosas, esta Magistrada, aunque comparte la modificación efectuada para incrementar el quantum de los perjuicios, se aparta de la cuantificación de la indemnización en salarios mínimos legales mensuales utilizada en la providencia que se aclara, por no corresponder tal baremo al que la jurisprudencia civil ha establecido en su reiterada jurisprudencia, acotando que ello no encuentra justificación siquiera en el hecho que en sentencias sustitutivas insulares de la Sala de Casación Civil[3] se haya fijado la condena en salarios mínimos legales, sin argumentar de manera alguna la razón por la cual se varía el criterio adoptado por dicha Corporación para fijar en moneda legal colombiana las condenas indemnizatorias por perjuicios extrapatrimoniales, razón esta demás, por la que para esta signataria, dichas sentencias inmotivadas en dicho aspecto ni siquiera alcanza a constituir doctrina probable que pueda ser aplicada por los jueces en el mencionado tópico, pues claro es el artículo 4 de la ley 169 de 1896 cuando señala que "*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*", artículo este declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2001, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de dicha sentencia, la que hace un extenso desarrollo sobre el carácter vinculante del precedente judicial.

---

retraso mental por mala atención médica a neonato; SC780-2020, la suma de $40.000.000 a víctima de accidente de tránsito por deformidad física permanente.

[3] Por ejemplo, la sentencia SC4786-2020(2001-00942-01 MP Aroldo Quiroz, en la que se efectuó condena en SMLMV sin motivar la razón por la que se adoptó tal baremo indemnizatorio sin efectuar motivación alguna sobre tal tópico y sentencia SC3919-2021 exp. 66682-31-03-003-2012-00247-01 MP Aroldo Quiroz, en la que hizo una simple alusión a una sentencia en que la Corte fijó una condena indemnizatoria por daño moral en SMLMV sin efectuar motivación alguna en relación con la utilización de este último baremo

Por las razones anteriores, no comparto el baremo que en salarios mínimos legales mensuales vigentes fue utilizado en la providencia que aclaro para tasar las condenas indemnizatorias, puesto que tal cuantificación, en atención a la jurisprudencia civil vigente en la materia, debió efectuarse en moneda legal colombiana que es el patrón utilizado por nuestro órgano de cierre en lo civil en las sentencias que constituyen doctrina probable y que deben ser aplicadas por los jueces en el mencionado tópico, sin que se haga necesario salvar parcialmente el voto en este caso, por cuanto esta Magistrada comparte plenamente el monto indemnizatorio en que a la postre se traducen las condenas por daño moral y daño a la vida de relación que fueron objeto de modificación, en razón a que es indubitado que los valores mencionados se encuentran dentro de los topes fijados por nuestro órgano cúspide en la justicia ordinaria en relación con el daño moral para padres, hijos, compañeros permanentes y hermanos y con el daño a la vida de relación de la víctima directa, todo lo cual corresponde al arbitrio judicial asignar el monto correspondiente dentro de los límites establecidos por la jurisprudencia civil, sin perjuicio eso sí de apartarse del precedente, en cuyo caso el juez está obligado a ofrecer razones suficientes de su distanciamiento.

Con esta aclaración y de manera coherente con sentencias proferidas por este Tribunal, en donde ha sido Ponente la Magistrada que en esta ocasión aclara el voto, comparto la decisión adoptada en segunda instancia.

Atentamente,

CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL

MAGISTRADA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Procedimiento:	**Ordinario – responsabilidad civil contractual**
Demandantes:	Dolly de Jesús Cano Grisales
Demandados:	Constructora MIV S.A.S. y otra
Asunto:	Confirma la sentencia apelada: De los presupuestos axiológicos de lo pretendido. De la terminación unilateral del contrato.
Radicado:	05 615 31 03 002 2013 00250 03
Sentencia No.:	053

Medellín, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la alzada propuesta por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2019, por el **Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro - Antioquia**, dentro del trámite ordinario con pretensión de responsabilidad civil contractual, promovido por **Dolly de Jesús Cano Grisales**, en contra de la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**) y la **Fiduciaria Central.**

I. ANTECEDENTES

1. A través de apoderado judicial, elevó la parte actora, las siguientes pretensiones:

"*PRINCIPALES:*

PRIMERAS DECLARATIVAS:

1. Que se declare que entre DOLLY DE JESÚS CANO GRISALES Y FUDUCIARIA CENTRAL S.A. existió un contrato de encargo fiduciario, aportante al proyecto Linda Granja.

2. Que se declare que hubo incumplimiento de las cláusulas del contrato de encargo fiduciario y obligaciones legales derivadas del mismo por parte de FIDUCIARIA CENTRAL S.A.

3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores:

3.1. Se ordene a la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. devolver a la CONSTRUCTORA MIV S.A.S. el dinero que ha sido pagado a la señora DOLLY DE JESUS CANO GRISALES, en razón del contrato de encargo fiduciario celebrado entre la demandante y la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. para que se impute al pago de la compra de la parcela N-5 del Proyecto Linda Granja.

3.2. Que se tenga por no resuelto el contrato de encargo de fiducia celebrado entre la señora DOLLY DE JESUS CANO GRISALES con la FIDUCIARIA CENTRAL S.A.

3.3. Que se ordene el cumplimiento por parte de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. del contrato de encargo fiduciario, con el fin de que se firme la promesa de compraventa respectiva, se realice la escrituración del predio a favor de DOLLY DE JESUS CANO GRISALES, se registre el respectivo predio en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva, y se haga la entrega material respectiva.

SEGUNDAS DECLARATIVAS:

1. Que se declare que existió un contrato de preventa entre

DOLLY DE JESÚS CANO GRISALES y la CONSTRUCTORA MIV S.A., hoy CONSTRUCTORA MIV S.A.S. consistente en la venta de un lote de terreno identificado como la Parcela N-5 de la Urbanización Linda Granja.

2. Que se declare que hubo incumplimiento de las cláusulas del contrato de preventa y/o carta de intención y obligaciones legales derivadas del mismo, por parte de la CONSTRUCTORA MIV S.A.S.

3. Que se declare que existió una indebida notificación por parte de la CONSTRUCTORA MIV a la señora DOLLY DE JESÚS CANO GRISALES de la citación para cumplir con la obligación de firmar la escritura de compraventa.

4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores:

4.1. Que se tenga por no resueltos los contratos de preventa celebrados entre la señora DOLLY DE JESÚS CANO GRISALES y la CONSTRUCTORA MIV S.A.S.

4.2. Que se ordene el cumplimiento por parte de la CONSTRUCTORA MIV S.A.S. del contrato de preventa, con el fin de que se firme la promesa de compraventa respectiva, se realice la escrituración del predio a favor de DOLLY DE JESÚS CANO GRISALES, se registre el respectivo predio en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva y se haga entrega material del inmueble.

CONDENAS:

1. Que se condene de manera individual o solidariamente a los demandados a pagar el valor de los intereses remuneratorios y moratorios de acuerdo a las tasas establecidas por la Superintendencia Financiera, desde

el momento en que los demandados incumplieron el contrato de encargo fiduciario y de preventa y hasta la fecha en que cumplan con los mismos.

2. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

SUBSIDIARIAMENTE:

Señor Juez, en el hipotético caso de que los demandados demuestren que no podrán cumplir in natura las obligaciones derivadas de los contratos de encargo fiduciario y de preventa aquí reclamadas, solicito:

1. Que se entreguen, escrituren y registren a nombre de mi mandante otro predio de similares características y avalúo actual del que había sido ofrecido en el contrato de preventa, o en su defecto que le restituyan el valor actual del predio ofrecido en venta, sin ninguna reducción ni penalización salvo el valor que está pendiente por pagar por parte de mi mandante, pues quienes incumplieron de manera grave los contratos suscritos fueron los aquí demandados.

2. Que se condene de manera individual o solidariamente a los demandados a pagar el valor de los intereses remuneratorios y moratorios de acuerdo a las tasas establecidas por la Superintendencia Financiera, desde el momento en que los demandados incumplieron el contrato de encargo fiduciario y de preventa y hasta que cumplan con los mismos.

3. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados."

2. Como sustento fáctico de sus pretensiones, el extremo activo adujo que la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**), suscribió un contrato de encargo fiduciario con la **Fiduciaria Central**

S.A., con el fin de que ésta administrara los recursos del proyecto inmobiliario denominado **Linda Granja.**

De igual modo, la actora sostuvo que el **3 de abril de 2006** celebró un encargo fiduciario con la **Fiduciaria Central S.A.**, en virtud del cual pretendía adquirir un lote de terreno identificado como la **PARCELA N-5** de la **Urbanización Linda Granja,** y cuya construcción estaba siendo adelantada por la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**).

Así mismo, la demandante adujo que, pese a que en este último contrato pactaron un término de duración de seis meses, lo cierto es que el mismo se extendió por un periodo de más de 7 años, debido a que nunca hubo certeza sobre la fecha en que habría de obtenerse el respectivo punto de equilibrio y por ende, respecto al momento en el cual habrían de satisfacerse las condiciones requeridas para la entrega del inmueble objeto de dicho negocio. En ese sentido, la actora aseguró que tal situación constituyó, a su vez, un incumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte demandada, pues, a pesar de los pagos que la primera realizó hasta el 28 de diciembre de 2010, esta última nunca procedió a escriturar la respectiva propiedad, ni ha hecho la entrega material y jurídica del referido bien.

Finalmente, la demandante indicó que, en el **año 2012**, la parte demandada le informó que el contrato de encargo fiduciario que celebró con ella se había dado por desistido, argumentando que la actora no compareció a la diligencia en la que habría de suscribirse el respectivo contrato de promesa de compraventa. A juicio de la accionante, esta decisión fue arbitraria, teniendo en cuenta lo siguiente:

(i) En vista de que la accionante reside en el exterior, ésta le encomendó a los señores **Iván Álvarez** y **María Elena Álvarez** que la mantuvieran al tanto del desarrollo del encargo fiduciario. Por tal razón, existieron entre ellos y la constructora demandada, una serie de correos, (es decir, una comunicación permanente), quien, no obstante conocer la existencia de las respectivas direcciones electrónicas, nunca informó a las aludidas personas el momento fijado para la firma de la promesa de

compraventa. En ese sentido, y a criterio de la actora, la parte resistente no agotó todos los medios necesarios para perfeccionar la notificación de la demandante.

(ii) Pese a que la constructora sabía que la accionante vivía fuera del país, remitió a la hoy demandante, y a una dirección ubicada en Colombia, dos citatorios en los que le informó los datos necesarios para la materialización del contrato de promesa de compraventa. De igual modo, el extremo pasivo procedió a fijar, en el mismo lugar, un edicto en el que se comunicaban tales datos.

(iii) La demandante asegura que no existe certeza de la entrega de la primera de las comunicaciones antes referidas, por cuanto no se anexó al expediente la respectiva constancia de entrega (por lo cual no hay certeza de su envío). Respecto al segundo citatorio, aseveró que él fue recibido por una persona diferente a la actora, esto es, por la señora **Mabel Espinosa** (desconocida por la demandante). Del mismo modo, reseñó que la remitente de las dos comunicaciones fue una entidad ajena al negocio fiduciario, llamada Conacol.

(iv) Ninguna de las comunicaciones relativas a la citación para la firma de la escritura y al trámite de desistimiento estuvieron suscritas por los representantes legales de la constructora y la fiduciaria vinculadas en este procedimiento.

(v) Cuando el hijo de la accionante (quien también reside en el exterior) viajó a Medellín para obtener información relativa al negocio celebrado por su madre, la constructora convocada a juicio se negó a suministrársela. Igual situación se presentó con la señora **María Elena Álvarez**, a quien la actora autorizó para mantenerla informada de los pormenores del devenir de dicho contrato**.**

(vi) El acto de terminación unilateral desplegado para la parte pretendida no estuvo precedido de un requerimiento para constituir en mora.

Bajo esa línea argumentativa, la accionante concluyó que el proceder del extremo activo con relación a la terminación unilateral del contrato, cuyo cumplimiento reclama, contrarío el principio de la buena fe y derivó de un abuso del derecho, lo cual fue fundamentado en los supuestos fácticos que a continuación se transcriben:

(i) "(…) *cuando la constructora le* (sic) *requería la presencia de mi cliente en la ciudad para firmar la promesa de compraventa, nunca se le comunicó por otros medios como se le había hecho en otras ocasiones, sino por los establecidos en el contrato,* ***obrando de mala fe****, ya que en los contratos, no sólo se obliga a lo pactado en ellos, sino que debe ejecutarse* ***de buena fe y de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones y con fundamentos en la equidad****.*" (hecho 18 de la demanda (Fl. 5 del C.1)). (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

(ii) "(…) *el contrato que firmó la señora DOLLY CANO con la fiduciaria es un contrato de adhesión, en el cual se contempla de manera arbitraria sanciones ante el incumplimiento del constituyente, y no se establecen sanciones para la Fiduciaria ni la Constructora, cuando son éstas quienes han incumplido de manera sistemática y grave sus obligaciones,* ***abusando de la posición dominante dentro del contrato que celebró*** (hecho 23 de la demanda (Fl. 5 del C.1)). (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

(iii) "(…) ***La constructora, le aplicó a mi cliente de manera unilateral e ilegal, la sanción contenida en el contrato en la cláusula DECIMO TERCERA,*** *consistente en que se declaraba la resolución del contrato, argumentando que existía incumplimiento de acuerdo a lo establecido en el numeral cuarto de la cláusula décima del contrato y con dicha sanción, aplicaron la supuesta figura de la resolución del contrato de pleno derecho, (condición resolutoria expresa) figura que no puede ser aplicada en este caso, pues para que exista una condición resolutoria expresa, se requiere que se fundamente en un hecho o acontecimiento futuro e incierto, y no en un "supuesto" incumplimiento del contrato"* (hecho 24 de la demanda (Fl. 6 del C.1)). (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

(iv) "(…) *El contrato suscrito por las partes es un contrato de adhesión y las condiciones generales del contrato no son claras y completas, como lo exige el artículo 37 del Estatuto del Consumidor, que adicionalmente reza que serán ineficaces y se tendrán por no escritas, las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo; además de lo consagrado en el artículo 43 del mismo estatuto principalmente en el numeral noveno*" (hecho 30 de la demanda (Fl. 7 del C.1)).

3. La demanda fue admitida mediante auto del 1 de noviembre de 2013.

4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:

La **Fiduciaria Central S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes excepciones de mérito:

(i) "*Falta de legitimación por pasiva".* Sobre el particular, la parte adujo que la aludida entidad fue citada a este procedimiento como entidad financiera y no como la vocera del patrimonio autónomo conformado en virtud del encargo fiduciario objeto de la *litis.*

(ii) "*Falta de legitimación por activa".* Al respecto, la demandada sostuvo que el objeto del encargo fiduciario fue cumplido, en la medida en que, al haberse obtenido el respectivo punto de equilibrio, la entidad fiduciaria procedió a liberar los correspondientes recursos, en favor de la constructora beneficiaria de dicho contrato. En ese sentido, afirmó que tal situación, esto es, la entrega del patrimonio administrado en beneficio de la constructora, configuró una causal de terminación objetiva del encargo fiduciario. Ello, a la luz de las estipulaciones acordadas en el acto jurídico controvertido.

De igual modo, la parte alegó que la accionante no es una contratante cumplida, toda vez que no satisfizo su obligación de concurrir a

la suscripción del respectivo contrato de promesa de compraventa y tampoco acató el deber que tenía de actualizar sus datos para efectos de notificación.

Por su parte, la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**)**,** sustentó su resistencia con los medios exceptivos que a continuación se compendian:

(i) "*Buena fe y cumplimiento contractual".* Sobre este punto, la resistente adujo que el contrato que objeto del litigio fue ejecutado de buena fe, toda vez que, a diferencia de lo que esgrime la actora, no se pactó un plazo específico para la celebración de la respectiva promesa de compraventa, sino que ello estuvo supeditado al cumplimiento de una serie de condiciones técnicas, legales, económicas y comerciales del proyecto inmobiliario. En ese orden, aseveró que tales condicionamientos fueron superados y que, por tal razón, citó a la demandante con el fin de que procediera a firmar la respectiva promesa de compraventa.

(ii) "*Terminación del contrato".* Aseguró la llamada a responder, que, al no haber suscrito la correspondiente promesa de compraventa, la actora incurrió en una causal de terminación del negocio jurídico por ella celebrado.

De igual modo, la demandada indicó que la finalización del vínculo contractual no fue arbitraria, toda vez que la actora conoció y aceptó la mencionada causal, motivo por el cual no es viable que, ahora, la accionante pretenda obviar una situación que fue convenida por ella misma.

(iii) "*Indebida pretensión – falta de legitimación por pasiva".* Sobre el particular, la resistente sostuvo que el contrato objeto de la *litis* fue celebrado únicamente por la demandante y la fiduciaria.

A su vez, manifestó que la constructora no es la entidad encargada atender la pretensión relativa a la devolución de dineros, es decir,

no puede recibir emolumentos por parte de la fiduciaria, ya que, al ser la parte constituyente, la actora es la única persona habilitada para tal recepción.

De la misma forma indicó, que, a la luz de las estipulaciones contractuales, la constructora no es la llamada a suscribir la respectiva promesa de compraventa.

(iv) "*Excepción de contrato no cumplido*". Sobre este asunto, la demandada alegó que la actora no satisfizo las obligaciones que estaban a su cargo, como quiera que **(i)** no actualizó sus datos para efectos de notificación; **(ii)** no compareció a la firma de la correspondiente promesa de compraventa; **(iii)** y no pagó oportunamente y de forma íntegra el valor del lote vinculado al encargo fiduciario.

(v) "*Hecho exclusivo del constituyente*". En torno a este aspecto, la resistente indicó que la falta de celebración de la promesa de compraventa se produjo como consecuencia de la desatención del deber que la actora tenía de actualizar sus datos para efectos de notificación.

5. Continuando la secuencia procesal correspondiente, fueron decretadas y practicadas las pruebas que fueron recaudadas, en la medida en que las partes tuvieron interés ello.

6. Finalmente y luego de que se escuchasen los respectivos alegatos de conclusión, -en audiencia- fue proferida la decisión de fondo que por vía de apelación estudia la Sala.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**), argumentando que no se logró demostrar

ningún vínculo contractual o relación jurídico sustancial entre ésta y la demandante.

De igual modo, la *A quo* encontró acreditada la falta de legitimación en la causa de la **Fiduciaria Central S.A.** en cuanto concluyó la configuración de una causal que dio lugar a la terminación del vínculo negocial que existió entre ésta y la accionante, la cual, según la Juez de primer grado, se materializó con la obtención del respectivo equilibrio contractual y por ende, con la liberación de los recursos constitutivos del patrimonio autónomo, en favor de la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**).

Así mismo, la Sentenciadora de la primera instancia infirió la configuración del medio exceptivo relativo al contrato no cumplido. Ello, en vista de que la demandante no cumplió con la obligación de suscribir el respectivo contrato de compraventa, no atendió el deber que tenía de actualizar sus datos de localización y tampoco pagó oportunamente las cuotas pactadas en el correspondiente contrato.

Por último, la Juez del primer grado descartó las pretensiones planteadas de manera subsidiaria, aseverando que en el *sub lite* no fue demostrado, de ninguna forma, el contrato de preventa aducido en la demanda.

III. LA APELACIÓN

a) De los reparos y sustentación de la alzada en primera instancia. La parte actora impugnó el fallo de primera instancia, manifestando los siguientes reparos:

La apelante indicó que, a diferencia de lo que concluyó la *A quo*, la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**) sí estaba llamada a resistir las pretensiones de la demanda, toda vez que tanto ella,

como la actora y la fiduciaria suscribieron el contrato cuyo ejemplar original reposa a folios 236-243 del cuaderno principal. En otras palabras, la impugnante asegura que la Juez de primera instancia no valoró en debida forma los elementos probatorios que dan cuenta de los vínculos negociales que ligaron y generaron obligaciones para la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**), la **Fiduciaria Central** y la señora **Dolly de Jesús Cano Grisales**, y que, en consecuencia, acreditan la legitimación en la causa de las demandadas, es decir, no apreció de manera adecuada los "(…) *contratos de fiducia que se probaron en el proceso (i) entre la Constructora MIV y Fiduciaria Central (ii) entre la Constructora MIV, Fiduciaria Central y Dolly Cano (iii) Constructora MIV S.A. la Fiduciaria Central y otros terceros (Asesorías Inmobiliarias Promotores s.a. en liquidación, Inversiones Mendeval S.A., Carlos Eugenio Restrepo, Jorge Mario García García y Fernando Arturo Hurtado)*.

En igual sentido, la apelante mencionó que la aludida capacidad podía desprenderse del contrato celebrado entre la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**) y la **Fiduciaria Central S.A.,** en virtud del cual esta última tenía la carga de celebrar, a su vez, los contratos de encargo fiduciario con los compradores de las unidades inmobiliarias involucradas en el proyecto desarrollado por la referida constructora.

Así mismo, la actora hizo énfasis en que el hecho de que la **Constructora MIV S.A.S.** hubiese ordenado a la **Fiduciaria Central S.A.** la finalización unilateral del vínculo negocial alegado como fundamento de las pretensiones de la demanda, era un indicativo claro de la participación que la primera tuvo en el contrato adosado a la demanda.

De otra parte, la apelante cuestionó el hecho de que la *A quo* no hubiese evaluado el indicio grave que operó en contra de la constructora demandada al no haber asistido a la respectiva audiencia de conciliación.

Por otro lado, la censora reprochó que la Juez de primera instancia hubiese desestimado las pretensiones de la demanda,

argumentando para ello la terminación de la relación sustancial, cuando, precisamente, lo que se busca con esta demanda es que se deje sin efectos la finalización que, de manera unilateral, decretó el extremo pasivo respecto al encargo fiduciario.

Lo anterior, como quiera que, a juicio de la apelante, dicha terminación se produjo de manera abusiva y contrariando los postulados de la buena fe. Para sustentar esta afirmación, la impugnante rememoró, a *groso modo,* las irregularidades que permearon el trámite que subyació tal finalización (las cuales ya habían sido explicadas con mayor detalle desde la misma demanda).

De otra parte, la apelante aseguró que en el *sub lite* se dieron los presupuestos axiológicos de lo pretendido, como quiera que **(i)** probó la existencia del contrato; **(ii)** acreditó el incumplimiento de la parte demandada (el cual se manifestó con los retrasos en los que incurrió la fiduciaria respecto a la celebración del respectivo contrato de compraventa y con la falta de entrega del inmueble objeto del contrato de debatido); **(iii)** y, como consecuencia de estas dos últimas situaciones, se produjo un daño, el cual se ha visto reflejado en la pérdida económica que la actora ha padecido como consecuencia de la falta de entrega de lote de terreno que ella pretendía adquirir.

Finalmente, el extremo activo sostuvo que en este caso operó la prescripción del pacto comisorio estipulado en el encargo fiduciario y que, en razón de ello, era imposible decretar la finalización unilateral del vínculo negocial.

b) De lo actuado en segunda instancia. Conforme a las facultades otorgadas por el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, fue garantizado el término para que la parte demandante sustentara la alzada por escrito, en sede de segunda instancia.

Dentro de la oportunidad correspondiente, la impugnante presentó la respectiva sustentación. En el escrito que la contiene, aquella amplió los reparos formulados en primera instancia, de la siguiente manera:

La recurrente reiteró que sí cumplió con la carga de acreditar la legitimación en la causa de la demandada y que ello podía constatarse con el contrato de encargo fiduciario firmado por las tres personas involucradas en la *litis* (el cual obra a folios 236 a 243).

Por otro lado, la censora adujo que el presente asunto gira en torno a varios entramados contractuales y otros sí celebrados sobre los mismos. En igual sentido, aseveró que dichos negocios están vinculados al proyecto **Linda Granja** y presentaron incumplimientos, por parte de la fiduciaria y la constructora demandadas.

Lo anterior, en vista de que la parte demandada no cumplió con la entrega del bien que pretende adquirir la actora en los plazos contemplados en los referidos contratos y en los otros sí que se efectuaron sobre ellos (y por medio de los cuales se prorrogaron los mencionados términos). Adicionalmente, la censora manifestó que (…) *la suscripción de la promesa de compraventa, se frustró por los incumplimientos de la Fiduciaria y de la constructora.* (…)".

En torno a este aspecto, la accionante hizo énfasis en que el otro sí suscrito el pasado " (…) *12 de Junio de 2.007, contemplaba una exigencia especial y específica que tampoco fue cumplida, como era que la ampliación del término de la fiducia, objeto de este otrosí debería ser CONOCIDA y ACEPTADA por los constituyentes de los encargos fiduciarios, suscrito por las personas interesadas en adquirir las unidades de Vivienda en el proyecto en la precedencia a fín de que dichos contratos sean tenidos en cuenta para declarar las condiciones de recursos establecidas en la cláusula tercera del contrato.* (…)"

Desde ese contexto, la actora concluyó que "(…) *Partiendo de*

esta redacción, y considerando que hace referencia a los plazos estipulados en el contrato celebrado entre la constructora y la fiduciaria (el del numeral 1) Se tiene que la duración del contrato entre Constructora MIV, Fiduciaria Central y Dolly Cano, sería seis meses más desde la fecha de celebración del ultimo otro sí, el cual se firmó 12 de junio de 2007, por lo que este contrato venció el 11 de diciembre de 2007. Es desde esta fecha en que inician los incumplimientos por parte de la constructora y de la fiduciaria, pues para esa fecha debió haberse firmado el contrato de compraventa, pero solo hasta el 21 de octubre de 2010 le enviaron la primera citación para firmar el contrato de compraventa a mi cliente, es decir dos años y once meses después de haberse cumplido el plazo. Si en gracia de discusión no se tomara la fecha de celebración del ultimo otro sí más seis meses para determinar la duración del presente contrato, sino que se tomara la fecha de vencimiento de dicha prorroga (11 octubre de 2008) más seis meses, nos daría una vigencia hasta abril 10 de 2009, fecha en la que tampoco habían cumplido, ni la constructora la obligación de llamar a firmar la promesa de compraventa, ni la fiducia de informar que estaba pasando con el proyecto, y la razón de las demoras; por lo que ambas demandadas incumplieron las obligaciones a las que se comprometieron. En la cláusula decima sexta se hace referencia al punto de equilibrio el cual fue alcanzado el 27 de noviembre de 2007, según consta en certificación aportada por Fiduciaria Central al proceso mediante carta del 15 de mayo de 2015, es decir dentro de este proceso, nunca antes mi cliente había podido obtener esta información, nunca le informaron cuando fue el punto de equilibrio, solo después de múltiples requerimientos dentro del proceso, fueron contestados dentro del proceso al juzgado. Es entonces que si ya se había vencido el contrato (tómese bien la fecha de 11 de diciembre de 2007, o la que se informó en gracia de discusión abril 10 de 2009) y se había logrado el punto equilibrio el 27 de noviembre de 2007, y se había tenido comunicación con mi cliente mediante correo electrónico, estaban todos los presupuestos para haberse firmado la promesa de compraventa habiendo informado con el tiempo suficiente para que mi mandante hubiera podido desplazarse a la ciudad de Medellín y firmar la respectiva promesa, lo que no sucedió como se explicará en el punto de las irregularidades en la notificación, pues se observa el interés de la constructora y la aquiescencia de la Fiduciaria, quienes despojaron de los derechos que tenía mi cliente después de haberse usufructuado de los dineros que mi cliente había pagado,

logrando aprovecharse de la valorización del inmueble vendiéndolo a un mayor precio. (…)"

De otro lado, la censora aludió a la existencia de un tercer contrato "(…) *celebrado entre la Constructora MIV S.A. la Fiduciaria Central y otros terceros (Asesorías Inmobiliarias Promotores s.a. en liquidación, Inversiones Mendeval S.A., Carlos Eugenio Restrepo, Jorge Mario García García y Fernando Arturo Hurtado) Cuyo objeto era la administración de los bienes por parte de la fiduciaria, bienes que se vincularon al proyecto con el fin de incrementar el fideicomiso (…)";* el cual, a juicio de la recurrente "(…) *tuvo irregularidades jurídicas pues los otros sí # 1, 2, 3, 4 y 5 fueron firmados posterior al vencimiento del contrato original y de la supuesta prorroga antecesora;* ***sin embargo este contrato y sus irregularidades aparentemente no afecta en nada el asunto que se debate en este caso, que es el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la constructora MIV S.A.S.*****"** (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

Por otra parte, y respecto a las irregularidades que hubo frente al trámite de notificación, la apelante adujo que, al interior del proceso, logró demostrarse que la señora **Elizabeth Valencia**, empleada de la codemandada **Constructora MIV S.A.S.**, "(…) *tuvo comunicación* (sic) [con] *Dolly Cano a través de su correo electrónico, de donde se puede deducir que los demandados siempre tuvieron la opción de hacer la citación para la firma de la promesa de compraventa o la firma escritura a la demandante a través de su correo electrónico* (…)".

De igual modo, aseveró que el testimonio de la mencionada señora era sospechoso, teniendo en cuenta la relación laboral que ésta tuvo con la constructora demandada.

Así mismo, la impugnante reprochó el hecho de que la citación para la firma de la escritura se hubiese hecho "(…) *cuatro años y medio después de haber firmado el contrato de encargo fiduciario, lo que denota sin*

mayor esfuerzo un gran incumplimiento en el tiempo estipulado en el contrato por parte de la Fiduciaria y de la Constructora (…)"

A su vez, y de manera puntual, la recurrente atacó los actos de notificación que le fueron efectuados, del siguiente modo:

"(…) *Una comunicación fecha el 21 de octubre de 2010 enviada por servientrega (correo no certificado) y recibida por una persona que no es conocida por mi mandante (Mabel Espinosa) y no es legible la fecha real de entrega; allí requerían a mi mandante para que se presentara del 29 de octubre al 3 de noviembre de 2010, fechas que por demás incluyen un fin de semana. Luego enviaron el 28 de octubre de 2010 la misma comunicación ahora por DEPRISA, sin que se haya transcurrido un solo día de los que le dieron de plazo en el primer comunicado, y de esta no hay constancia de que haya sido entregada. Posteriormente hacen un emplazamiento por el colombiano el día 19 de noviembre de 2010, donde le avisan que debe presentarse desde el 18 de noviembre, es decir un día antes de salir la publicación, hasta el 23 de noviembre fechas que incluyen días festivos de un fin de semana.; desconociendo los plazos y los términos legales de notificación.* (…)"

Y, en torno al referido emplazamiento, la apelante aseveró que "(…) *Un hecho que no puede dejarse pasar por alto de ningún modo; es la carta fechada el 3 de noviembre de 2010, suscrita por Luis Humberto Daza Moreno en nombre del FIDEICOMISO LINDA GRANJA, donde le informan a la Fiduciaria Central del desistimiento del negocio por parte de mi cliente, cuando ni siquiera habían agotado el emplazamiento, el cual lo realizaron 15 días después; de donde se denota que el único interés de los demandados era legalizar el desistimiento y devolver parte del dinero a mi cliente para tener disponible la parcela y venderla al valor que estuviera a la fecha, es decir valorizada; esta es una prueba más de la mala fe con la que actuaron las demandadas en este caso.* (…)"

Concluyendo de esa forma que "(…) *Como se advirtió en la*

demanda en menos de un mes hacen las supuestas citaciones las cuales no hay prueba de entrega de las mismas, y publican el edicto con el error antes mencionado; para después de cuatro años y seis meses de demoras y dilaciones decretar un supuesto incumplimiento de mi mandante, sin haber agotado por lo menos una comunicación por correo electrónico, medio por el cual era la comunicación efectiva que había tenido la constructora con mi mandante. (…)".

Bajo el contexto descrito, la impugnante adujo que la parte resistente obró de **mala fe** y, aunado a ello, **abusó de su posición dominante y de su derecho**. Concretamente, la accionante indicó que "(…) *En el referido contrato suscrito entre la demandante y los demandados, existen dentro de sus cláusulas unas obligaciones correlativas dentro de las cuales se encontraba para la demandante el derecho de acceder a la compra de un inmueble como era la parcela N° 5 del proyecto Linda Granja y a las demandadas a recibir un precio, pese a este contrato que tiene una apariencia de igualdad entre las partes, resulta siendo en verdad un contrato* ***donde existen posiciones dominantes como la de los demandados****, lo cual les exige un mayor cuidad en el desarrollo del contrato y en especial al cumplimiento de las obligaciones especiales del mismos;* ***la postura de las demandadas que quieren aparentar una debida notificación, lleva a concluir que la postura asumidas por ellas fue de una posición dominante y con abuso del derecho, pues decidieron la terminación del contrato y por ende el despojo de los derechos de mi mandante sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato y en la ley.*** (…) (Negrillas y subrayas ajenas al texto original). Máxime, si se tiene presente que "(…) *Nunca informaron a la actora los extractos de su estado de cuenta, nunca información sobre el estado del proyecto, nunca informaron de las ampliaciones de plazo del contrato de fiducia y sus otrosí; pese que ello estaba expresamente consagrado en su texto (otrosí N.3) como exigencia para la formalización del mismo; nunca se cumplió el plazo contemplado en el contrato de fiducia para la adquisición del inmueble.* (…)"

Por otro lado, la apelante aseveró que el contrato suscrito por ella consagró un pacto comisorio, cuya prescripción operó y, por ende, imposibilitó que el referido negocio fuese terminado unilateralmente.

De igual modo, la actora adujo que, en el hipotético evento en que se lograse acreditar un incumplimiento de su parte, éste no impide la concesión de las pretensiones, como quiera que el extremo pasivo también desatendió sus obligaciones, es decir, indicó que, ante un incumplimiento reciproco, y a excepción de las sanciones derivadas de tal inobservancia, las peticiones de la demanda han de prosperar.

Por último, la censora manifestó que a la constructora demandada le debe ser aplicada la sanción consagrada en el Art. 22 de la Ley 640 de 2001, relativa al indicio grave en su contra, debido a que no compareció a la audiencia de conciliación.

Dentro de la oportunidad correspondiente, la Fiduciaria demandada se opuso al recurso presentado por la accionante aseverando que el *sub lite* no gira en torno a una acción del consumidor, razón por la cual no es pertinente que la actora fundamente sus pretensiones en el Estatuto del Consumidor, esto es, en la Ley 1480 de 2011.

En igual sentido, recalcó que, de conformidad con la estructura negocial, la fiduciaria no es la encargada de ofrecer, ni vender bienes y, mucho menos, la responsable de decretar desistimientos contractuales. Respecto a esta última situación, señaló que ella, atendiendo a la instrucción dada por la respectiva constructora y según lo estipulado en la cláusula décimo tercera del negocio, **sólo gestionó lo referente a la devolución de recursos.**

Respecto al término de duración del encargo fiduciario, la codemandada señaló que " (…) ***el mismo se convalidó y se recondujo por las mismas partes (fiduciaria, demandante y constructora) como quiera que de un lado, la demandante retoma el pago de cuotas tiempo después de que se había agotado la duración del encargo fiduciario, esto es hasta el 28 de diciembre de 2010, nótese como después del correo electrónico de fecha 28 de agosto de 2008 emitido por Elizabeth Valencia procedió a pagar sumas adicional, tal y como, además lo***

confesó en los hechos Octavo, Noveno y Décimo Noveno de la demanda, aparte de la prueba documental donde aparecen las consignaciones realizadas. (…)" (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

En cuanto al trámite de notificación cuestionado, la entidad pretendida manifestó que " (…) *esa actividad estaba nuevamente a cargo de la constructora y no de la fiduciaria, ya que es esta quien administra sus ventas, según lo reglado en la estructura fiduciaria y como lo corroboro la testigo Elizabeth Valencia. Pero es que además la demandante tenía una carga que incumplió, me refiero a la pactada en el numeral 5 de la Cláusula Decima, allí se indica que era un deber suyo notificar a mi representada sobre cualquier cambio de dirección o domicilio, lo cual nunca hizo, de allí que se haya tenido la necesidad de colocar avisos en periódico de amplia circulación; lo anterior, dado que al momento de la firma del encargo fiduciario la demandante indicó como domicilio la ciudad de Medellín (ver página 1 y clausula vigésima segunda) y no Estados Unidos. En el contrato se lee que la dirección de contacto para todos los efectos es la Carrera 84 No. 45B-12 – FLORESTA a donde siempre la fiduciaria envió los extractos de sus aportes como el que allegó con la demanda y en el lugar donde fue citada por la Constructora para la firma del contrato de promesa de venta.* (…)"

En igual sentido, y frente a las autorizaciones dadas a personas distintas de la demandante para que, ante su ausencia del país, atendiesen lo relacionado al encargo fiduciario, la parte resistente indicó que " (…) *De otro lado, y no menos relevante, es el hecho de que la demandante expresa en su demanda que dada su ausencia de país encargó o autorizó a los señores JUAN PABLO ALVAREZ CANO, MARIA ELENA ALVAREZ e IVAN ALVAREZ para coordinar o gestionar lo referente a los asuntos relativos al lote,* ***lo cierto es que como quedó demostrado en el proceso no existe tal autorización, mandato o poder que de cuenta de tal situación, por lo cual, la Fiduciaria ni la constructora estaban obligadas a tramitar gestiones con estas personas so pena de pecar en la violación de la reserva bancaria y la ley de datos. Pero, es que causa asombró el hecho de que solo hasta el 16 de noviembre de 2012 otorgó poder a la señora***

FLOR ANGELACANO para que la representara en estos asuntos, demasiado tarde para aquel entonces, ya que para esa fecha ya se había materializado el desistimiento. (…)" (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

Finalmente, el extremo pasivo adujo que "(…) *la demandante no cumplió con el pago total pactado en el encargo fiduciario, si se revisa el plan de pagos del Anexo 1 debió entregar $40.705.200 y en realidad solo abonó $33.450.000, muchas de esas cuotas recibidas de manera extemporánea.* (…)".

Bajo ese orden de ideas, la opositora recalcó que "(…) *la demandante no demostró estar presta a allanarse a cumplir demostrado que tenía el valor del saldo del predio en comento, hubiese sido deseable bajo esta acción de responsabilidad contractual haber presentado, así fue sumariamente la existencia del saldo, pero no lo hizo,* ***lo cual nos lleva a concluir que ella, hoy día, aspira a que se le escriture un predio pagando tan solo COP $33.450.000 lo cual es desproporcionado desde todo punto de vista."*** (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

IV. CONSIDERACIONES

1. En honor al principio de consonancia que guía las apelaciones, el estudio que avoca la Sala se limitará a la materia de inconformismo, bajo el entendido que lo no impugnado ha recibido la venia de las partes. Artículo 328 del C.G.P.

2. En el caso que se somete a su consideración, no encuentra la Sala reparo respecto de los presupuestos procesales, ni de los necesarios para comparecer a juicio, porque tanto la demandante como la demandada tienen vocación para ser titulares de derechos y obligaciones y obrar como reclamante y reclamados, no muestran incapacidad que de tal posibilidad los sustraiga y la demanda fue formulada en cumplimiento de los requisitos de ley, por una acción reglada que así lo permite, no existen vicios que impidan

resolver de fondo el litigio y además, la Juez que conoció el asunto está investida de jurisdicción para resolver conflictos en nombre del Estado colombiano y tiene asignada la competencia para conocer de asuntos como el que se trata, al igual que la tiene el Tribunal para definir en segunda instancia en su condición de superior funcional de la Juez que profirió el fallo. Ha de destacarse adicionalmente que las partes fueron representadas por sendos profesionales del derecho que avalan su comparecencia al proceso.

3. Problema jurídico: En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si la sentencia de primer nivel debe mantenerse, modificarse o revocarse y expulsarse del ordenamiento jurídico, lo cual hace necesario resolver los siguientes interrogantes:

¿En el *sub lite* se acreditó la legitimación en la causa por pasiva de la constructora y la fiduciaria demandadas?

¿En el presente asunto se demostró la vigencia del contrato de encargo fiduciario celebrado el **5 de abril de 2006**, con fundamento en el cual fueron elevadas las pretensiones de la demanda; o, por el contrario, ¿se probó que éste fue terminado de manera unilateral por el extremo pasivo?

¿En el evento en que hubiese operado la finalización unilateral del vínculo contractual, ésta se dio como consecuencia de un abuso del derecho, de una posición dominante y/o de una transgresión del principio de la buena fe y, por tanto, no puede producir efectos jurídicos?

Sin perjuicio de la respuesta que arroje el anterior interrogante, y como quiera que las pretensiones de la demanda también apuntan a una ejecución forzosa del negocio jurídico referido con antelación, habrá de preguntarse si la demandante detenta la calidad de contratante cumplida y, por ende, si está legitimada para incoar las pretensiones de la demanda.

En igual sentido, deberá establecerse si en el presente caso se configuró un incumplimiento recíproco.

4. De la acción contemplada en los Arts. 1546 del C.C. y 870 del C. de Co., y la legitimación en la causa para promoverla.

Este asunto fue tratado en la **sentencia SC5430-2021**, **del 7 de diciembre de 2021, con ponencia del Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque**, y en ella la Alta Corporación hizo alusión al fundamento normativo de la acción de cumplimiento y/o resolutoria, a los presupuestos axiológicos que deben satisfacerse para su prosperidad, así como a la parte contractual que está legitimada para impetrarla.

Respecto al sustento legal, la Corte expresó que "(…) *Frente a los contratos bilaterales, es decir, aquellos en los que las partes se obligan recíprocamente (art. 1496 ib.), el canon 1546 del Código Civil prevé que en ellos va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, lo que habilita al otro para pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios, y en sentido similar, la Ley mercantil en su artículo 870, dispone que "[e]n los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios*" (…)".

Ahora bien, a partir del referido fundamento, el Órgano de Casación hizo alusión a los requisitos que, necesariamente, han de observarse en el campo de la pretensión contemplada en los Arts. 1546 del C.C. y 870 del C. de Co. y al efecto, indicó que " (…) *el buen suceso de la acción resolutoria está sujeto a la concurrencia de ciertas condiciones, a saber: i) que verse sobre contrato bilateral válido; ii) que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo, o se haya allanado a cumplirlas, y iii)*

que el demandado se haya separado de sus compromisos contractuales total o parcialmente[1]. (…)" (Subrayas ajenas al texto original).

Respecto al segundo presupuesto, esto es, al atinente a la legitimación en la causa, la mencionada Colegiatura manifestó que "(…) *La segunda exigencia, referente a que la legitimación para promover la acción como condición necesaria para que pueda salir avante, solo radica en quien ostente la calidad de contratante cumplido o dispuesto a cumplir* (…)[2]".

5. El contrato de fiducia mercantil y de encargo fiduciario.

El contrato de fiducia mercantil es, por disposición del artículo 1226 del Código de Comercio, *"un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario".* Ello, en la práctica, se traduce en el nacimiento un patrimonio autónomo que será sometido a administración en provecho de sus beneficiarios.

Paralelamente al referido negocio jurídico, se encuentra el contrato del encargo fiduciario, que fue objeto de análisis por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la **sentencia del 30 de julio de 2008, con ponencia del magistrado William Namén, expediente 1100131030361999-01458-01**. En dicha providencia, y al realizar un comparativo entre la fiducia y el encargo fiduciario, la Alta Corporación concluyo que: " (…) *En las voces del artículo 29, numeral 1, literales a) y b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria en desarrollo de su objeto social están facultadas para "[t]ener la calidad de fiduciarios en los términos del artículo 1226 del Código de Comercio" y "[c]elebrar "encargos fiduciarios*

1 Cfr. CSJ, SC 11 mar. 2004, exp. 7582

2 Cfr. Entre otras: SC2307-2018; SC6906-2014; SC 8045-2014; SC 28 feb. 2012, exp. 2007-00131-01; SC 7 mar. 2000, exp. n.° 5319; SC 16 jun. 2006, exp. 7786.

que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece".

Los encargos fiduciarios, prima facie, ostentan caracteres de los negocios de cooperación o colaboración, desarrollan intereses dignos de tutela proyectados en una finalidad lícita plasmada en una gestión de confianza para beneficio del encargante o de un tercero.

El ordenamiento, previene su nomen iuris y sin establecer con estrictez su régimen jurídico singular, dispone la aplicación de "las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto" (artículo 146, numeral 1, E.O.S.F.).

No obstante esta remisión y el elemento común de la confianza, ha advertido la Sala, "no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia. De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un "patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo" (cas. civ. 21 de noviembre de 2005 [SC-286-2005], expediente C-1100131030201992-03132-01).

Justamente, la fiducia mercantil, en todos los casos y en sus diferentes expresiones, presupone por definición la transferencia por el constituyente o fideicomitente al fiduciario del derecho real de dominio sobre uno o más bienes para un propósito de confianza, la constitución de un patrimonio autónomo y su destinación a la finalidad fiduciaria; per differentiam, en el encargo fiduciario, el mandato y los negocios de garantía, por lo general, la titularidad de los bienes permanece en el encargante, mandante o dominus.

Análogamente, el fiduciario en desarrollo del ***encargo de gestión*** *adquiere la obligación de administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (artículos 1226 y 1234 Código de Comercio) sin convertirse en mandatario ni representante ordinario, tanto cuanto más que en la celebración de los actos, contratos y negocios jurídicos, actúa no en nombre ni por cuenta de otro, sino en su carácter de vocero del patrimonio autónomo con poder dispositivo del mismo para la finalidad fiduciaria y, por ello, en línea de principio, dicho patrimonio asume todos los efectos, riesgos, ventajas, utilidades y pérdidas, como la titularidad de los derechos y obligaciones.*

De este modo, la fiducia mercantil en todas las hipótesis implica la transferencia de la propiedad, la constitución de un patrimonio autónomo y su destinación o afectación a la finalidad fiduciaria.

Asimismo, el encargo fiduciario, en la perspectiva tradicional, comporta la transferencia de la mera tenencia. (…)*".*

6. Sobre la legitimación en la causa para demandar a la fiduciaria en nombre propio.

Según la Circular Básica Jurídica 029 del 2014 de la Superintendencia Financiera, el negocio fiduciario: "*en términos generales, tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un*

proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato". Además de actuar como administradora de dichos recursos, en el ámbito de este tipo de negocios, la fiduciaria también obra en nombre propio como una entidad profesional a quien le son exigibles ciertas obligaciones y deberes.

Sobre el particular, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **SC5438-2014 del 26 de agosto de dos mil catorce 2014, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco**, explicó que la fiduciaria cumple *"* (…) *una dualidad de funciones: **i) por un lado**, las que competen a **su rol de empresa profesional** en el ramo de la fiducia, vr. gr., [la] promoción de sus servicios; [la] incorporación y manejo de personal; [las] gestiones tendientes a la consecución de la sede; [el] desempeño contable; la asunción de sus obligaciones tributarias, etc.; y, **ii) por otro**, **la de administración que le impone la suscripción del o de los contratos de fiducia*** (…)*".*

Con fundamento en la calidad de profesional que detentan las fiduciarias, se ha sostenido que, si bien la responsabilidad patrimonial de ellas no queda comprometida directamente en la ejecución del negocio fiduciario, bajo el supuesto de que ésta radica en cabeza del patrimonio autónomo, lo cierto es que, a la luz del precedente jurisprudencial que se ha trazado al respecto, es perfectamente viable demandar en nombre propio a las aludidas entidades, en aquellos eventos en los que han extralimitado, omitido o incurrido en culpa en el ejercicio de las funciones tendientes a velar por la culminación del proyecto fiduciario.

La anterior conclusión fue precisada por la Corte Suprema de Justicia en **sentencia SC5430-2021**, **del 7 de diciembre de 2021, con ponencia del Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque** (referida)**,** en la que la mencionada Corporación recordó que " *En pasadas oportunidades la Sala se ha pronunciado acerca de la factibilidad de demandar la responsabilidad directa de la fiduciaria cuando cause daño a consecuencia de sus propias acciones u omisiones y no en calidad de vocera del patrimonio*

autónomo que administra [3]. Así, por ejemplo, en SC 1o jul. 2009, exp. 2000-00310-01, puntualizó que, si bien el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial directa y personal en la ejecución del contrato por los actos o negocios de desarrollo, ejecución o aplicación del encargo, los que recaen directa y exclusivamente en el patrimonio autónomo, de todas maneras,

(...) esa sola circunstancia no autoriza excluir in radice la responsabilidad personal del fiduciario por sus actos, conducta o comportamiento, acciones u omisiones en detrimento de la finalidad fiduciaria o de los intereses del constituyente y de terceros, por inobservancia de sus deberes profesionales de diligencia, lealtad, corrección, buena fe, imparcialidad, secreto, información, o por extralimitación de funciones, ausencia de adopción oportuna de las medidas idóneas exigibles, entre otras hipótesis, en las cuales es responsable con su patrimonio "directamente por situaciones en que se le sindique de haber incurrido en extralimitación, por culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo" (Cas.civ. agosto 3/2005 [SC-200-2005], exp.1909).

Sobre este aspecto, la Corte reiterando su doctrina, puntualizó por regla general "que las obligaciones que adquiera el fiduciario en la cabal ejecución del encargo recaen sobre ese patrimonio autónomo, no sobre el suyo propio, por manera que su responsabilidad no se ve comprometida. Ahora, cosa distinta es, como ya se puso de presente, que por razones de otra índole, verbi gratia, las derivadas de un obrar excesivo o contrario a las estipulaciones negociales o a los fines de la fiducia, entre otras posibles hipótesis que no es del caso escrutar en toda su extensión, el fiduciario comprometa su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida, en que el que con su dolo o culpa causa

---

3 Cfr. CSJ SC 3 AGO. 2005 exp. 1909; CSJ SC 31 may. 2006, exp. 0293 y CSJ SC5438-2014.

un daño está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario (art. 2341 del C. Civil)". (Cas.civ. mayo 31/2006 [SC-065-2006], exp.0293).

(...)

Naturalmente, la responsabilidad del fiduciario en el manejo del patrimonio autónomo está indisociablemente vinculada a su carácter de profesional especializado y a la confianza rectora de estos actos, conforme a la regulación normativa de su profesión y de este negocio jurídico.

Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados. (subraya intencional).

7. Capacidad para ser parte del patrimonio autónomo.

En la sentencia **SC5438-2014 del 26 de agosto de dos mil catorce 2014, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco** (previamente citada), la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia también estudió lo concerniente a la capacidad para ser parte del patrimonio autónomo. En tal sentido, aseveró que éste puede comparecer al proceso por conducto de la respectiva fiduciaria, quien, para tal fin, obrará únicamente como vocera de dicho patrimonio.

De igual modo, la Corte hizo una diferenciación entre los supuestos en los que la responsabilidad del ente fiduciario se deriva de

conductas ejercidas a nombre propio, y aquellos casos en los que éste sólo debe comparecer al proceso en su calidad de dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia (como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad), esto es, cuando sólo actúa en calidad de representante del respectivo patrimonio, advirtiendo así que dichos eventos, en modo alguno, pueden ser confundidos. Al respecto, la mencionada Corporación expresó:

" (…) *Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del C. de P. Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitidos, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad.*

(…)

Mediante la teoría del 'patrimonio autónomo', ello es posible, pero siempre por conducto del fiduciario, quien como titular de los bienes fideicomitidos asume el debate judicial para proteger intereses en razón de esa su condición, 'sin que en tal caso se pueda decir, ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente), ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras él un sujeto de quien sea representante). Surge más bien de ahí un tertium genus, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal'.

En consecuencia, no se identifica jurídicamente el fiduciario cuando actúa en su órbita propia como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que emana de la constitución de la fiducia mercantil, sin perjuicio, claro está, de que eventualmente pueda ser demandado directamente por situaciones en que se le sindique de haber incurrido en extralimitación, por

culpa o por dolo en detrimento de los bienes fideicomitidos que se le han confiado, hipótesis en la cual obviamente se le debe llamar a responder por ese indebido proceder por el que en realidad ya no puede resultar comprometido el patrimonio autónomo (Las líneas no son originales).

Pero si es precisamente con ocasión del ejercicio o los actos que celebra en busca de obtener la finalidad perseguida en la fiducia mercantil, para lo cual le fue transferido el dominio de los bienes que integran el correspondiente patrimonio autónomo, la cuestión no atañe estrictamente con el presupuesto de capacidad para ser parte, que bajo las consideraciones anteriores se supera suficientemente para asegurar su comparecencia al proceso por conducto del fiduciario como su especial titular, sino con la legitimación en la causa, habida consideración de que, como lo señala también un autor nacional, 'el fiduciario es titular de un derecho real especial, en cuanto está dirigido a unos fines negociales predeterminados por el fideicomitente en el negocio fiduciario. Y esa titularidad reposa sobre el bien transferido que constituye el denominado patrimonio autónomo. De allí (...) que el fiduciario detenta es una legitimación sustancial restringida por los límites del negocio celebrado' (Ernesto Rengifo García, La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia, U. E. C., p. 97). –resalta la Sala-.

(…) por consiguiente tal patrimonio es el que debe soportar las pretensiones y no la fiduciaria directamente como consideró que fue demandada.

(…) No erró, entonces, al verificar la falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el entendido de que la fiduciaria obró contractualmente en la condición de fiduciario y de esa misma manera debió demandarse atendidas las explicaciones precedentes que, si bien no coinciden exactamente con las dadas por el ad quem, permiten concluir también que no era dable demandar directamente a la nombrada sociedad fiduciaria, o a quien hoy hace sus veces, para hacer recaer los efectos de la renovación del contrato en sus propios bienes, sino a ella como vinculada a ese patrimonio autónomo en el carácter indicado (….), (CSJ SC. 3 de agosto de 2005, radic. Exp. No. 1909),

postura que validó en providencia posterior (CSJ SC 31 de mayo de 2006, radic. Exp. 0293).

9. Señalado ese derrotero, surge incuestionable que ante una acción judicial relacionada con un bien que hace parte del patrimonio autónomo, al margen de que la contraprestación reclamada tenga origen contractual o extracontractual, debe verificarse una nítida diferenciación entre la responsabilidad de la masa del fideicomiso, cuya vocería está a cargo de la fiduciaria y la de la sociedad administradora. Y, en esa línea, no puede confundirse cuando esta última empresa, no obstante aparecer como propietaria de un bien, sólo concurre en esa precisa condición, es decir, dueña de un predio pero atendiendo su calidad de fiduciaria, pues esa titularidad le restringe o circunscribe a dicha condición su poderío sobre el predio respectivo) (…)*.*

8. De la resolución o terminación unilateral del contrato.

Si bien del contenido de los Arts. 1602 y 1625 del C.C., puede colegirse que, entre otras razones, los contratos pueden finiquitarse de manera mancomunada, lo cierto es que ello no es óbice para que, en virtud de las estipulaciones que las partes hagan al respecto, el negocio jurídico sea terminado o resuelto, según el caso, de manera unilateral.

Esta posibilidad ha sido avalada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia del **30 de agosto de 2011, con ponencia del Magistrado William Namén-Vargas, proferida al interior del Rdo. 11001-3103-012-1999-01957-01**, expuso que "(…) *En cuanto respecta al pacto de terminación unilateral del contrato cuando la ley, costumbre o los usos y prácticas negociales no la establecen, de antaño suele cuestionarse, ya por oponerse a la noción o fuerza normativa del contrato (artículos 1494, 1535, 1602 y 1603, Código Civil; 864 y 871, Código de Comercio), ora por invalidez e ilicitud al someterlo a la condición potestativa consistente en el simple arbitrio o mera voluntad de un contratante (artículo 1535, Código Civil), bien al no enunciarse dentro de las causas legales extintivas, formarse y*

terminar por acuerdo mutuo de las partes, nunca por decisión de una (artículo 1602, in fine, Código Civil), preverse en forma excepcional, exclusiva y circunscrita a los contratos estatales sin admitir analogía legiso iuris ni aplicación extensiva (artículos 14, 15, 16 y 17, Ley 80 de 1993), resultar abusiva en los restantes (artículo 133.2, Ley 142 de 1994) o, convertirse en mecanismo de 'justicia privada', derogatorio de la jurisdicción del Estado autorizada para terminar el contrato.

En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa.

El contrato a partir de su existencia genera efectos vinculantes para las partes, atadas u obligadas al cumplimiento, sea espontáneo, sea forzado, y fenece por decisión exclusiva de una porque la ley concede el derecho o se pacta accidentalia negotii, como las cláusulas resolutorias expresas, con o sin preaviso e, incluso, casos hay, donde la común negativa se ha tomado como dissensus o distrato o concluye en este (Cas. Civ. sentencia de 12 de marzo de 2004). El contrato existe ex ante, engendra efectos, termina ex post sin eficacia retroactiva y solo hacia el futuro. Además, cumplimiento y terminación son distintos. Aquel no queda al simple arbitrio o mera voluntad de una parte, la última se produce por decisión unilateral de una u otra sin afectar las obligaciones cumplidas.

La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir solo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo 'terminación' (artículo 870, C. de Co), 'dar por terminado el contrato' (art. 973, C. de Co), justas causas 'para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial' (art. 1325, C. de Co).

Tampoco es admisible sostener prima facie, ante sí y por sí, su naturaleza abusiva, extender la presunción al respecto circunscrita a los contratos de servicios públicos bajo condiciones generales (artículo 133.2, Ley 142 de 1994), esta sí destierra la analogía legis, ajena a los paritarios y susceptible de desvanecerse, sin resultar lógica la supuesta configuración antelada de un abuso de derecho ulterior, el cual podrá presentarse al ejercerse en ciertas condiciones, o tenerla a priori como expresión abusiva de la libertad contractual, por contradecir las reglas de experiencia (Cas. Civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante.

Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (Cas. Civ. sentencia de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a '[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes' (Cas. Civ. sentencia de 31 de mayo de 1892, VII, 243).

(..)

Desde otra perspectiva, la terminación unilateral, es realidad tendencial inocultable en la contratación, particularmente, en la internacional, electrónica y las relaciones comerciales, así como las de consumo, tanto cuanto más por la sensible evolución, secular transformación, dimensión y entendimiento actual de la autonomía privada en la dinámica del tráfico jurídico y los negocios (…)*"*

No obstante lo anterior, el Órgano de Casación, en esa misma providencia, también fue claro al señalar que la aludida posibilidad posee unos límites que se originan o surgen de las figuras de la buena fe y el abuso del derecho, es decir, que en aquellos eventos en los que la cláusula de terminación o resolución resulte abusiva y por tanto, contraria a la buena fe, dicha estipulación no ha de producir efecto jurídico alguno.

Al respecto, la mencionada Corporación expresó que "(…) l*a estipulación* (sic*) [no] podrá contrariar una norma imperativa, resultar abusiva, comportar el ejercicio de posición dominante contractual, abuso del derecho, vulneración de la confianza legítima, el acto propio (venire contra factum proprium) o la buena fe, o incluso una conducta formalmente ajustada al ordenamiento jurídico o al contenido de la estipulación de terminación unilateral valorada en el marco fáctico concreto de circunstancias, puede devenir abusiva e ilegítima, o en las ad nutum, configurar ejercicio disfuncional, por ejemplo, para inferir intencionalmente un daño,* ***aspectos que en función de la justicia, imponen cuidadoso examen del marco de circunstancias fáctico por los jueces dentro de su autonomía hermenéutica y la discreta valoración de los elementos de convicción.***

El abuso del derecho, y en particular, la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos.

La jurisprudencia, reconoce en precisas circunstancias que el ejercicio de la facultad de terminación unilateral, no configura de suyo un abuso de derecho (artículo 830, C. de Co), sin sentar una directriz general inflexible ni descartarlo a priori, por cuanto, podrá ser abusiva, y por regla general, en los casos legales o contractuales, la parte puede terminar el contrato con sujeción a la corrección, lealtad, buena fe y recto ejercicio de los derechos, pero en lo '…contractual tiene cabida el abuso del derecho…', y puede '…presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el período post-contractual' (LXXX, 656; Cas. Civ. sentencias de 6 de diciembre de 1899, XV, 8; sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656; 11 de octubre de 1973, CXLVII, 82; 19 de octubre de 1994, exp.

3972), de donde, en armonía con el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual, todas las personas están obligadas a '[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, deben entenderse las cláusulas convencionales o las regulaciones legales o constitucionales permisivas de la terminación unilateral del pacto respectivo, debido a que ellas no pueden interpretarse a distancia del postulado de que se viene hablando, como quiera que exigen ser observadas a través de su propio prisma, ante la posibilidad de que en ejercicio de esa facultad se incurra en violación del derecho ajeno; ello supone entonces que deben apreciarse bajo el entendido de que su actividad no puede ser causa de daño a quienes han contratado con el agente, salvo, claro está, que exista razón que lo justifique, como sucedería, verbi gratia, cuando el comportamiento del contratista, dada su falta de honradez o inteligencia, lo imponga(Cas. Civ. sentencia de 16 de septiembre de 2010, exp. 11001-3103-027-2005-00590-01).

A esta directriz, se sujetan las prerrogativas ad nutum, ad libitum o a arbitrio, en cuyo ejercicio el titular no es ajeno 'al inexorable y plausible deber constitucional y legal de no abusar de sus derechos (arts. 95,1 C.P. y 830 C.Co.), habida cuenta que el reconocimiento de una facultad o poder, de por sí, no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad, so pena de la condigna indemnización de los perjuicios irrogados. Es por ello por lo que el abuso, en sí, trasciende al mero o a la simple volición (Cas. Civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230). (…)"

En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del ***derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades*** *(…)"* (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

9. Caso concreto.

En primer lugar, ha de precisarse que el contrato con fundamento en el cual se están invocando las pretensiones de la demanda, esto es, el suscrito el **5 de abril de 2006** (fls. 236-243 del C.1) reviste las características de un encargo fiduciario. Tal situación se desprende del hecho que no haya existido transferencia de dominio y del rótulo que se le dio a dicho negocio (se titula como "*CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO APORTANTE PROYECTO LINDA GRANJA*"), así como de lo estipulado en las cláusulas 1ª, 5ª y 3ª (numeral 3º) del referido instrumento negocial[4], pues de ellas es factible concluir que la fiduciaria demandada únicamente debía encargarse de administrar los recursos entregados por la constituyente, es decir, actuaría como mera tenedora de los dineros que le fuesen entregados en virtud del contrato, mas no como propietaria (no hubo transferencia de dominio a su favor y, por el contrario, sí tuvo una carga de restitución).

Dicho negocio, surgió, a su vez, del encargo fiduciario que la **Constructora MIV S.A.S.** (antes, **Constructora MIV S.A.**), suscribió con la **Fiduciaria Central S.A.**, en aras de que ésta última administrara los recursos del proyecto inmobiliario denominado **Linda Granja.**

Dilucidado lo anterior, debe señalarse que, en el *sub lite*, y a diferencia de como lo entendió la *A* quo, la legitimación en la causa por pasiva de la **Constructora MIV S.A.S** (antes Constructora MIV S.A.), si está acreditada, toda vez que al tenor de lo estipulado en la cláusula 5ª del encargo fiduciario[5], tal persona jurídica conformaría, junto con la **Fiduciaria Central**

---

4 En la cláusula 1ª del aludido contrato las partes acordaron que el objeto de él consiste en lo siguiente: "(…) *la **FIDUCIARIA** en virtud del contrato de Encargo Fiduciario celebrado con la sociedad proyecto **LINDA GRANJA,** reciba e invierta en el Fondo Común Ordinario que administra, los recursos entregados a título de encargo fiduciario por **EL CONSTITUYENTE** a la suscripción de este documento, así como aquellos que sean entregados en los montos y fechas establecidos en el anexo No. 1- el cual forma parte integral de este contrato- con el propósito de que dichos recursos sean destinados de acuerdo con las instrucciones que **EL CONSTITUYENTE** imparte a **LA FIDUCIARIA** a lo largo de este documento*.
(…) *la celebración del presente contrato de Encargo Fiduciario no constituye Promesa de Compraventa* (…)"
A su vez, en la estipulación 5ª los contratantes establecieron que el beneficiario del mencionado acto jurídico sería "(…) *el patrimonio autónomo que se constituirá entre CONSTRUCTORA MIV S.A. y FIDUCIARIA CENTRAL S.A.*"
Por su parte, y en el numeral 3º de la cláusula 6ª los negociantes convinieron que la fiduciaria debería "(…) *liberar los recursos a que se refiere este encargo junto con los eventuales rendimientos a favor del Beneficiario del mismo, una vez la sociedad MIV S.A. acredite ante **LA FIDUCIARIA** haber cumplido las siguientes condiciones* (…)".

5 En esta disposición se indicó que "(…) *Es beneficiario del presente encargo el patrimonio autónomo que se constituirá entre CONSTRUCTORA MIV S.A. y FIDUCIARIA CENTRAL S.A.* (…)"

S.A., el patrimonio autónomo que, a su vez, sería beneficiario de dicho negocio. Adicionalmente, se advierte que la mencionada constructora suscribió de manera directa el referido contrato (tal y como se desprende de lo consignado a folios 243 del cuaderno principal), razón por la cual es dable concluir que la misma quedó vinculada, en lo pertinente, a los efectos derivados del referido acto jurídico.

En igual sentido, se encuentra probada la legitimación en la causa de la **Fiduciaria Central S.A.**, pues, conforme al análisis jurisprudencial precedente, aquella puede ser demandada de manera directa (en razón a la actividad profesional que ejerce) y como administradora del patrimonio autónomo que se propuso administrar, en virtud del correspondiente encargo fiduciario.

Desde ese contexto, los reparos esgrimidos por la apelante sobre este aspecto han de ser acogidos en su integridad.

Esclarecida la viabilidad de dirigir las pretensiones de la demanda frente a los sujetos que integran el extremo pasivo, y en lo que respecta a los presupuestos axiológicos de lo pretendido, la Sala también advierte que en el presente evento se cumplió con el presupuesto referente a la existencia de un negocio jurídico válidamente celebrado. No obstante, y por situaciones originadas en el devenir contractual, el encargo fiduciario que la demandante celebró con la parte demandada fue terminado de manera unilateral por ésta (el contrato nació válidamente en el año 2006 y culminó en el año 2012).

La anterior situación fue reconocida expresamente por la parte actora en el hecho 24º de la demanda[6], así como en las pretensiones

---

6 En tal supuesto, se señaló que "*La constructora, le aplicó a mi cliente de manera unilateral e ilegal, la sanción contenida en el contrato en la cláusula DECIMO TERCERA, consistente en que de declaraba la resolución del contrato, argumentando que existía incumplimiento de acuerdo a lo establecido en el numeral cuarto de la cláusula décima del contrato y con dicha sanción, aplicaron la supuesta figura de la resolución del contrato de pleno derecho, (condición resolutoria expresa) figura que no puede ser aplicada en este caso, pues para que exista una condición resolutoria expresa, se requiere que se fundamente en un hecho o acontecimiento futuro e incierto, y no en un "supuesto" incumplimiento del contrato".*

formuladas en la misma, pues en ellas, y de manera reiterada, se deprecó que "(…) *se tenga por no resuelto el contrato de encargo fiduciario* (…)".

La finalización del referido negocio también puede advertirse del contendido de los documentos que militan a folios 28 y 67 del cuaderno principal, ya que, a través de ellos, la fiduciaria radicó ante el área de Dirección de Negocios la solicitud de desistimiento del acto jurídico[7] y se informó a la actora la emisión del cheque en virtud del cual se haría la correspondiente devolución de saldos (como consecuencia de dicho desistimiento), respectivamente.

Frente a las razones que fundamentaron la aludida terminación, sostiene la Fiduciaria que aquellas se originaron en el presunto incumplimiento de las cargas consagradas en el numeral 4º de la cláusula 10ª del acto jurídico controvertido, es decir, debido a que la actual demandante no concurrió a suscribir la respectiva promesa de compraventa[8]. Del mismo modo, la referida entidad alegó la desatención del numeral 5º de cláusula 10ª del mencionado negocio, bajo el argumento de que la promotora de la acción no actualizó sus datos para efectos de notificación, lo cual impidió que ésta fuese llamada a celebrar la aludida promesa[9].

Ahora bien, en vista de que en los hechos del libelo demandatorio la accionante fue incisiva al alegar una serie de irregularidades que supuestamente viciaron el trámite que condujo a la declaratoria de desistimiento contractual, efectuada por el extremo pasivo, esto es, fue

---

7 Bajo el argumento de que la demandante no asistió a la firma del contrato de promesa de compraventa.

8 Allí se estipuló como obligación de la constituyente "*suscribir la Promesa de Compraventa sobre los inmuebles mencionados en la cláusula octava (8ª) anterior, una vez, se configuren los presupuestos para la celebración de tal acto jurídico. (…) En el evento en que* ***EL CONSTITUYENTE*** *no suscriba la promesa de compraventa sobre la unidad de vivienda a que se refiere este encargo en el plazo indicado para ello por la sociedad constructora, se entenderá incumplido el presente encargo dando lugar a la sanción establecida para ello y resolviéndose de pleno derecho el mismo, caso en el cual se dará por terminado sin más requisitos cualquier vínculo contractual generado entre la Constructora MIV S.A. y* ***EL CONSTITUYENTE*** *y entre éste y la* ***FIDUCIARIA****"*

9 En él se indicó que es deber de la Constituyente " *Informar a* ***LA FIDUCIARIA*** *oportunamente cualquier cambio que sufran sus datos personales, de no ser así se entenderán válidas las operaciones y notificaciones que* ***LA FIDUCIARIA*** *realice con base en los datos entregados a la firma del presente encargo".*

categórica al aducir la ineficacia del acto unilateral que finiquitó el encargo fiduciario (alegando un abuso del derecho y un obrar contrario a la buena fe) y, en ese sentido, fue insistente al alegar la vigencia de aquel, esta Sala, infiere que el extremo activo, además de deprecar el cumplimiento de las cargas obligacionales consagradas en el referido negocio jurídico, está solicitando la revisión del mencionado procedimiento de terminación.

Desde la perspectiva anotada, y teniendo en cuenta que **(i)** la Juez de primera instancia no se ocupó de tal situación (pues concluyó la terminación del contrato por razones diferentes al desistimiento unilateral ejercido por el extremo pasivo); **(ii)** que el mencionado supuesto fue objeto de reparo en el respectivo recurso de apelación; **(iii)** y que el precedente jurisprudencial que existe al respecto es claro al indicar que la resolución o terminación unilateral de los contratos es permitida, siempre y cuando no resulte abusiva o violatoria del principio de la buena fe, esta Colegiatura encuentra necesario y oportuno estudiar si el procedimiento que precedió la terminación del vínculo contractual debatido respetó el ordenamiento jurídico y, puntualmente, si no fue producto de un abuso del derecho, una posición dominante o de una violación al principio de la buena fe. Esto, en aras de ejercer el control de legalidad que, desde el libelo demandatorio, reclamó la accionante, así como de establecer la procedencia de las pretensiones esgrimidas por ella.

Para tal fin, **(i)** se recordará cuáles fueron las obligaciones cuyo supuesto incumplimiento dio lugar al desistimiento antes mencionado; **(ii)** se detallarán los actos que precedieron el mismo; **(iii)** y, luego, se analizará si, en efecto, se presentaron o no, los vicios que aduce la demandante.

Con el fin propuesto, en primer lugar, debe puntualizarse que en el numeral 4º de la cláusula 10ª del acto jurídico controvertido las partes estipularon como obligación de la constituyente "*suscribir la Promesa de Compraventa sobre los inmuebles mencionados en la cláusula octava (8ª) anterior, una vez, se configuren los presupuestos para la celebración de tal acto jurídico. (…) En el evento en que* ***EL CONSTITUYENTE*** *no suscriba la promesa de compraventa sobre la unidad de vivienda a que se refiere este*

encargo en el plazo indicado para ello por la sociedad constructora, se entenderá incumplido el presente encargo dando lugar a la sanción establecida para ello y resolviéndose de pleno derecho el mismo, caso en el cual se dará por terminado sin más requisitos cualquier vínculo contractual generado entre la Constructora MIV S.A. y ***EL CONSTITUYENTE*** *y entre éste y la* ***FIDUCIARIA****"* (fl. 239 del C.1).

De igual modo, ha de destacarse que en el numeral 5º de cláusula 10ª del mencionado negocio los contratantes acordaron como deber de la Constituyente "*Informar a* ***LA FIDUCIARIA*** *oportunamente cualquier cambio que sufran sus datos personales, de no ser así se entenderán válidas las operaciones y notificaciones que* ***LA FIDUCIARIA*** *realice con base en los datos entregados a la firma del presente encargo".* (fl. 239 del C.1).

Precisado, entonces, el contenido de las obligaciones invocadas por el extremo pasivo como fundamento de la terminación unilateral del encargo fiduciario, y de conformidad con el material probatorio recaudado, resulta relevante destacar que, en el acápite contractual destinado a las direcciones para efectos de notificación, la demandante indicó que podría ser localizada en la **Carrera 84 # 45 B-12 (Floresta)** (fl. 243 del C.1).

Atendiendo a tal información, la parte demandada procedió a enviar a la accionante dos citatorios (en los días 21 y 28 de octubre de 2010), informándole la fecha, hora y el lugar en el que debía celebrarse el respectivo contrato de promesa de compraventa. Así mismo, le advirtió de manera diáfana que, en caso de no comparecer, se entendería "(…) *que no está interesado ni dispuesto a continuar con el negocio y estaríamos notificando a la Fiduciaria Central para el desistimiento de dicho negocio (:..)".*(fls. 30 (vuelto), 31 (frente y vuelto), 32, 265, 266, 267, 269 y 270 del C.1).

En vista de que la actora no atendió a los llamados que le hicieron a través de las misivas previamente referidas, mediante edicto, con fecha del 18 de noviembre de 2010 y publicado en el periódico El Colombiano,

el día 19 de noviembre de 2010, la parte resistente instó nuevamente a la accionante para que compareciera en la fecha, hora y lugar fijados para la celebración del respectivo contrato de promesa de compraventa y le reiteró la advertencia sobre la presunción de desistimiento que se aplicaría ante la inasistencia (fl. 247 del C.1).

Como quiera que la demandante no observó los tres requerimientos que le fueron efectuados, mediante escrito **radicado** ante la Dirección de Negocios de la Fiduciaria Central S.A., el pasado 5 de diciembre de 2010, la constructora le solicitó a esta última emprender el trámite requerido para aplicar el desistimiento del encargo fiduciario (fl. 271 del C.1). Esta petición, y por razones que desconoce la Sala (pues no hay elementos de confirmación que den cuenta de ello), fue nuevamente elevada ante la misma Dependencia el 26 de noviembre de 2012 (fl. 28 del C.1).

Una vez culminadas las etapas referidas con antelación, la parte demandada informó a la actora, a través de misiva emitida el 29 de noviembre de 2012, la disponibilidad del cheque en virtud del cual haría la devolución de los dineros entregados por la primera, esto es, le dio a entender la finalización de la relación sustancial aquí debatida (fl. 278 del C.1). En este punto, debe precisarse que, de lo confesado en el hecho 22 de la demanda[10], puede colegirse el conocimiento que la actora tuvo de tal situación, máxime, si se tiene presente que nunca alegó una situación diferente, esto es, no manifestó que el ente pretendido no le hubiese informado tal supuesto.

Esclarecidas como se encuentran las fases que integraron el trámite que concluyó con la terminación unilateral del encargo fiduciario, se procederá a determinar si en él se presentaron las irregularidades que alega la demandante.

Para emprender tal cometido, debe precisarse, de manera

---

10 En el mencionado supuesto, la demandante aseveró que "(…) *El 29 de noviembre de 2012, más de una (sic)* [un] *año después de haberle enviado un comunicado diciéndole que el proceso de desistimiento quedaba radicado, le informan a mi cliente que "… en las oficinas de Fiduciaria Central se encuentra listo un cheque de devolución de los recursos consignados por usted para la compra de la casa C02 de Linda Granja* (…)"

preliminar, que en los citatorios, en el edicto, y en las comunicaciones relativas a la radicación de la petición de desistimiento del contrato y a la devolución de los respectivos saldos, se plasmó claramente que tales documentos se originaron o atendieron al **Proyecto Linda Granja**, motivo por el cual – y para la accionante- era lógico entender que los mismos estuvieron relacionados con el contrato de encargo fiduciario celebrado por la actora y que provinieron de las personas jurídicas encargadas de gestionar tal desarrollo inmobiliario. De ahí que lo aducido por la accionante sobre la falta de idoneidad de las personas que expidieron los referidos documentos y promovieron la notificación y publicación de los mismos no sea de recibo.

En segundo lugar, y de cara a las anomalías que alega la apelante respecto al envío de los citatorios mencionados con antelación, debe señalarse que el calendado con el 28 de octubre de 2010 no puede ser tenido en cuenta por esta Colegiatura, ya que al expediente no se aportó la constancia de entrega del mismo (solo se adosó el certificado de envío) (fls. 30 (vuelto), 31 (frente) 265, 266, 267 del C.1), lo cual impide tener certeza sobre su efectiva recepción. En ese sentido, le asiste razón a la apelante cuando ataca a este acto de notificación.

Respecto al citatorio del 21 de octubre de 2010, se constata que éste sí tiene la respectiva constancia de recibido. De dicha certificación puede colegirse, a su vez, que el aviso fue remitido a la **Carrera 84 # 45 B 12, La Floresta** (dirección contractual reportada por la actora, según se refirió con antelación), por la señora **Mabel Espinosa.** (fls. 31 (vto), 32, 269, 270 del C.1). Aunado a ello, y a diferencia de lo que expone la apelante en la sustentación, la Sala constata que en él se fijaron días hábiles para la celebración del contrato de compraventa (el 29 de octubre y el 2 de noviembre del año 2010 fueron días hábiles) [11]. Del mismo modo, se advierte que, al haber sido recepcionado en el mes de octubre (fl. 32 del C.1) (si bien el documento es un poco borroso, lo cierto es que de allí se puede leer que citatorio fue recibido el 21 o el 24 de octubre de 2010 y, en todo caso, en el mes de octubre), la actora tuvo tiempo suficiente para comparecer a la

11 En el citatorio se dijo que la actora podría concurrir del 29 de octubre al 2 de noviembre de 2010.

diligencia (pues, se recuerda, estaba citada para el 29 de octubre o el 2 de noviembre de 2010, según su elección).

En este punto, es necesario precisar que, conforme lo tiene decantado la jurisprudencia nacional, el hecho de que la aludida notificación no hubiese sido recibida directamente por la demandante no invalidó, *per se*, dicho acto, como quiera tal comunicación sí fue entregada en el lugar de destino indicado por la interesada; lugar éste que, se itera, fue señalado por la misma actora como apto para recibir cualquier tipo de comunicación derivada del negocio jurídico trabado en la *litis*.

Por lo anterior, lo aducido por la demandante sobre la falta de idoneidad del mencionado acto de notificación carece de sustento y obliga en a tener por demostrado el envío del citatorio del 21 de octubre de 2010. Con dicho proceder, y ante la falta de una estipulación distinta, ha de entenderse que la parte demandada cumplió con la carga de gestionar adecuadamente la comunicación que sirvió como instrumento para **(i)** coordinar la suscripción de la correspondiente promesa de compraventa y **(ii)** preavisar la aplicación del desistimiento unilateral (en caso de que la celebración de tal contrato no pudiera efectuarse por causas imputables a la actora); carga ésta que, valga aclarar, ni siquiera fue convenida por los contratantes en el cuerpo del contrato debatido y que, por tanto, obedeció a un actuar que no denotó ningún tipo de mala fe, por parte del extremo pasivo (la mala fe debe ser demostrada, mientras la buena se presume), sino que, por el contrario, refleja la disposición que tuvo la parte demandada para respetar los derechos de la actora.

Esto último, aunado a que también se demostró que, en aras de ahondar en garantías, y pese a que, se itera, con el trámite de notificación del 21 de octubre de 2010 se convocó adecuadamente a la accionante para que cumpliera con la obligación que estaba en cabeza suya, la parte resistente, mediante edicto con fecha del 18 de noviembre de 2010 y publicado el 19 de noviembre de 2010, llamó nuevamente a la accionante para que compareciera en la fecha, hora y lugar señalados para la firma del respectivo contrato de promesa de compraventa y le reiteró la advertencia

sobre la presunción de desistimiento que se aplicaría ante la inasistencia. De ahí que, se insista, sea posible avizorar la probidad con la que obró la accionada durante el trámite que antecedió la terminación unilateral del encargo fiduciario.

En otras palabras, se estima que el hecho de que la parte resistente (y pese a que contractualmente no estaba obligada a hacerlo) hubiese llamado a la accionante para que concurriera a firmar la correspondiente promesa de compraventa, a través de un edicto publicado en un medio de comunicación de amplia popularidad y reconocida circulación, tanto a nivel regional, como nacional (en el periódico **El Colombiano**), permite entrever que el extremo pasivo realmente estuvo interesado en lograr la referida comparecencia, a tal punto que la mencionada comunicación fue puesta no sólo al alcance de la actora, sino que se puso en conocimiento de toda la comunidad del entorno (hecho notorio).

En cuanto al referido edicto, y como quiera que él también fue reprochado por la parte demandante, debe señalarse que no es verdad que éste hubiese sido publicado después de que la entidad demandada elevara la primera solicitud de desistimiento contractual, pues, al efecto, ha de recordarse que aquel se expidió con fecha del 18 de noviembre de 2010 y fue publicado el 19 de noviembre de 2010, mientras que la aludida petición, y si bien tenía fecha del 3 de noviembre de 2010, lo cierto es que fue **efectivamente** radicada el **5 de diciembre del mismo año**, es decir, con posterioridad al requerimiento público que la demandada hizo a la actora para que celebrara el respectivo contrato de compraventa. Adicionalmente, y contrario a lo que indicó la apelante en la sustentación , puede colegirse que en él se fijaron días hábiles para la celebración del contrato de compraventa (el 19, 22 y 23 del año 2010 fueron días hábiles) 12.

Por tal razón, la Sala ratifica la buena fe que imperó en la parte demandada con relación a este asunto.

---

12 En el edicto se dijo que la actora podría concurrir del 18 al 23 de noviembre de 2010.

Continuando con el estudio de las irregularidades que supuestamente permearon el trámite con fundamento en el cual fue dispuesta la terminación unilateral del encargo fiduciario controvertido, resulta imperioso destacar que, al interior del plenario, fue demostrado que la demandante no compareció a la diligencia en la que habría de celebrarse la mencionada promesa de compraventa, debido a que ella reside desde hace algunos años en el exterior, y a que no le informó tal situación al extremo pasivo, según se explicará con mayor detalle en los párrafos subsiguientes.

Sobre el particular, debe verse que, desde el mismo líbelo demandatorio (hecho décimo), la parte actora confesó que vive fuera del país y que, por tal razón, le encomendó a sus **amigos** **Iván Álvarez** y **María Elena Álvarez** que la mantuvieran informada de todo lo relacionado con el desarrollo del encargo fiduciario.

El aludido supuesto fue ratificado por la testigo **María Elena Álvarez** (solicitada a instancia de la parte actora), quien, al efecto, señaló que la actora no habita **Colombia** desde hace más de 8 años (lo cual, y en atención al año en que fue realizado el interrogatorio -2016-, ubica a tal supuesto en el año 2008). Del mismo modo, la deponente expuso que en el año 2008, y a petición de la actora, ella y su hermano (**Iván Álvarez)** enviaron algunos correos electrónicos a **Conacol** y, puntualmente, a **Elizabeth Valencia**, con el fin de obtener información relativa al contrato de encargo fiduciario. De la declaración rendida por la deponente, no se extrae ningún tipo de interacción dada entre ella y la parte demandada durante los años **2009, 2010, 2011 y 2012**.

Lo mismo se predica de la declaración rendida por la señora **Flor Ángela Cano Suarez** (también decretada como prueba de la accionante), quien señaló que, debido a que la demandante no reside en **Colombia**, ésta, en el año 2012, le confirió un poder, con el propósito de que estuviera al frente de todo lo relativo al negocio fiduciario. Dicho mandato, valga aclarar, fue debidamente acreditado al interior del plenario, ya que, a folios 274-276 del cuaderno principal, reposa el documento que lo contiene.

Cabe anotar, que la declarante tampoco indició haber hecho gestiones ante la parte demandada durante años anteriores al **2012**.

Es del caso precisar, que la declaración del señor **Iván Álvarez**, referido con antelación, no fue solicitada como prueba por ninguna de las partes.

Con fundamento en lo anterior, y a riesgo de fatigar, queda claro que para el momento en que la demandada avisó a la actora sobre la fecha, hora y lugar señalados para la firma de la respectiva promesa de compraventa y le advirtió las consecuencias que acarrearía su falta de comparecencia, ésta vivía en el exterior y no había reportado de manera clara y expresa tal situación, pues al plenario no adosó ningún elemento de confirmación que acreditase una actualización de datos realizada por la accionante.

Sobre este último aspecto, y en vista de que fue motivo de disenso, debe señalarse que el argumento del extremo activo, relativo a la existencia de unos correos electrónicos cruzados, en virtud de los cuales era factible avizorar su dirección electrónica, tampoco tiene la contundencia requerida para considerar modificada la dirección que la actora suministró para efectos de las notificaciones que habría de realizarle el extremo pasivo, teniendo en cuenta que **(i)** el numeral 5º de la cláusula 10ª del contrato fue muy claro al establecer que la demandante debía *"informar a la **FIDUCIARIA** oportunamente cualquier cambio que sufran sus datos personales, de no ser así se entenderán válidas las operaciones y notificaciones que la **FIDUCIARIA** realice con base en los datos entregados a la firma del presente encargo"*; **(ii)** y que, del contenido de los mensajes de datos allegados al expediente, no puede colegirse que la actora, de manera directa o por interpuesta persona, hubiese hecho algún tipo de actualización y, por ende, que hubiese cumplido con la carga impuesta en el mencionado clausulado, máxime, si se tiene en presente que:

(i) la mayoría de los correos electrónicos adosados al plenario

se originaron en el año 2008 (en los meses de junio y agosto), y en ellos sólo se solicitaron extractos, información referente a devolución de saldos y posibles acuerdos de pago (en ningún momento los remitentes de tales mensajes hicieron alusión a los datos de localización de la actora, ni tampoco reportaron la residencia de ésta en un país extranjero). Es de anotar, que todos esos mensajes de datos fueron respondidos por el extremo pasivo, tal y como se advierte del contenido de los mismos (fls. 51-58 del C.1).

(ii) Según los datos arrojados por el respectivo servidor web, los referidos correos (los del año 2008) fueron enviados a las direcciones electrónicas correspondientes al personal de la constructora (a **Elizabeth Valencia** - evalencia@**conacol**.com-) y de la fiduciaria (a **Luisa Fernanda Mejía Bedoya** - luisa.mejia@**fiducentral**.com), por personas ajenas a la relación contractual debatida, esto es, por los señores **Iván Darío Álvarez Velásquez** (amigo de la actora) (ivadalve@une.net.co) y **María Álvarez** (papeleta24@yahoo.com) (amiga de la accionante) **y, en consecuencia, por sujetos, contractual y legalmente (téngase presente la directriz contenida en el Art. 1602 del C.C.[13]) inhabilitados** para cumplir con la obligación impuesta en el numeral 5º de la referida cláusula 10ª (pues no se probó que se les hubiese conferido algún tipo de poder o autorización para variar las condiciones del contrato). Sujetos éstos que, en todo caso, tampoco informaron a la parte demanda sobre la residencia en el exterior de la demandante, según se explicó (fls. 51-58 del C.1).

(iii) El correo de diciembre de 2012 fue remitido por el señor **Juan Pablo Álvarez** (hijo de la demandante) (naquldo@hotmail.com) (es decir, por alguien diferente a la actora), a una entidad distinta a las aquí involucradas (asesoría jurídica integral - guiarasesoriajuridica@gmail.com); y en él sólo se reenviaron los correos emitidos en el año 2008 (los cuales fueron aludidos con antelación) (fls. 53 del C.1). En este punto, debe anotarse que dicho mensaje de datos fue enviado en una fecha posterior a la radicación de la solicitud de desistimiento del acto jurídico -por parte de la demandada- y al comunicado relativo a la devolución de saldos -que la fiduciaria le hizo a la

---

13 Esta disposición normativa establece que "*Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*"

demandante-, razón por la cual resulta irrelevante para el estudio que aquí se realiza.

De igual forma, debe precisarse que la actora no probó una comunicación directa o por interpuesta persona, durante los años **2009, 2010 y 2011, <u>en virtud de la cual pudiese predicarse, de manera puntual, el conocimiento que la demandada tenía sobre la nueva residencia de la accionante</u>.** Máxime, si se tiene presente que, como se advirtió con antelación, **(i)** de los correos enviados en el año **2008** no es factible colegir tal situación; **(ii)** y que el correo de **diciembre de 2012** fue remitido cuando ya había operado la terminación unilateral del encargo fiduciario (ésta aconteció en noviembre de 2012) y de él no puede inferirse que haya sido dirigido a las entidades trabadas en la *litis,* ni que haya tenido como finalidad la actualización de la información del extremo pasivo. Es decir, no quedó demostrada una interacción entre la accionante y la demandada en los años **2009, 2010 y 2011,** a partir de la cual fuese viable concluir de manera inequívoca la convicción que la resistente tenía respecto al cambio de dirección de la actora**.**

En este aspecto, resulta menester traer a colación la declaración rendida por la testigo **Elizabeth Valencia Saldarriaga** (solicitada por la parte demandada), quien reconoció haber laborado para la **Constructora Conaco**l, entidad ésta que, a su vez, fue la promotora del proyecto **Linda Granja** (adelantado por la **Constructora MIV S.A.S.** y administrado por **Fiduciaria Central**). Adicionalmente, hizo alusión a los inconvenientes que se presentaron a la hora de citar a la demandante, con el fin de que procediera a firmar el correspondiente contrato de promesa de compraventa.

Sobre el particular, la deponente indicó que en octubre de **2010** se citó en dos oportunidades a la actora para que firmara el contrato de compraventa, pero que, en vista de que ésta no atendió a esos llamados y que no fue posible localizarla en los números telefónicos suministrados por ella, en el mes de noviembre del mismo año, se vieron en la necesidad de publicar un edicto reiterando la respectiva convocatoria. En igual sentido, la

declarante señaló que, ante la falta de comparecencia de la demandante, la **Constructora MIV** le dio a la **Fiduciaria Central**, como administradora del fideicomiso **Linda Granja**, una instrucción para que ésta última procediera a decretar el desistimiento del contrato y devolviera los dineros entregados por la accionante (fl. 5 del C.2).

Cuando la declarante fue indagada sobre si la actora hizo algún tipo de actualización de datos, ésta respondió que no. Así mismo, la testigo aseveró que la demandante no explicó los motivos por los cuales no compareció a la firma del contrato de compraventa y tampoco solicitó la fijación de una nueva fecha (fl. 6 del C.2).

De igual modo, la interrogada expuso que el correo evalencia@conacol.com, usado en el **2008** para brindar información relativa al encargo fiduciario celebrado por la accionante, perdió vigencia desde el año 2009 (fl. 6 del C.2). En este aspecto, es menester acotar que la deponente no hizo alusión a la existencia de mensajes de datos cruzados o interacción física entre la parte demandada y la actora (o sus encargados) durante los años **2009, 2010 y 2011.**

El tema referente a la falta de vigencia del correo evalencia@conacol.com fue ratificado por el testigo **Fernando Hurtado Restrepo** (vinculado laboralmente con el proyecto **Linda Granja** y decretado a instancia de la parte demandada), quien, al efecto, señaló que la dirección electrónica evalencia@conacol.com fue bloqueada y/o *hackeada*, y que, en razón de ello, nunca más pudo acceder a dicha cuenta.

En este punto, y teniendo en cuenta los reparos que hizo la apelante – en la sustentación de la alzada- con relación a esta prueba testimonial, ha de indicarse que, si bien **Elizabeth Valencia Saldarriaga** refirió la mencionada pérdida para el año **2009** y que el testigo **Fernando Hurtado Restrepo** indicó que creía que tal suceso se dio en el año **2010**, lo cierto es que ambos testigos sí dieron claridad sobre **el hecho relativo a la**

pérdida de funcionalidad de dicho correo[14]. Adicionalmente, debe reiterase que, tal y como se ha indicado de manera exhaustiva a lo largo de este proveído, la parte actora **no demostró haber tenido una interacción física o digital (a través de la dirección electrónica** evalencia@conacol.com u otra)**– directa o por interpuesta persona- con la parte demandada durante los años 2009, 2010 y 2011, en virtud de la cual pudiese inferirse, de manera puntual, el conocimiento que ésta última tuvo sobre la nueva ubicación de la primera**, lo que resulta suficiente para darle credibilidad a los dichos efectuados por los mencionados deponentes.

Tampoco es procedente tener por sospechosa la declaración rendida por la señora **Elizabeth Valencia Saldarriaga**, como quiera que la causal sobre la cual el extremo pasivo funda la tacha, esto es, la relación laboral que la testigo tuvo con la constructora demandada fue precisamente el motivo por el cual la deponente pudo hacer su declaración, es decir, en vista de que las actividades laborales que la señora **Valencia Saldarriaga** desarrolló para el ente pretendido fueron las que, en últimas, permitieron que dicha señora tuviese un conocimiento directo sobre los hechos objeto de prueba, más aún, si se tiene en cuenta que la referida declarante fue una de las empleadas encargadas de atender los correos electrónicos recibidos y enviados en el año 2008, respectivamente (los cuales fueron referidos precedentemente) y que su exposición fue clara y consistente.

Por lo anterior, los reproches atinentes a la falta de valor probatorio de las mencionadas versiones han de ser descartados.

---

14 La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **STC21575-2017 del 15 de diciembre de 2017, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona,** aseveró que las pruebas "(…) *una vez practicadas, pertenecen al proceso y no a quien las solicitó; por ende, si le sirven a todas las partes que en él intervienen, aparece como lógico y natural señalar que su apreciación no se pueda cumplir de manera aislada, sino realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios,*

"(…) con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. ***Establecidos los aspectos en los cuales las pruebas concuerdan, o se contradicen, el juzgador se podrá dirigir a concretar aquellos hechos que, en su sentir, hubieren quedado demostrados, con fruto de la combinación o agrupación de los medios, si es que en esta nota la suficiente fuerza de convicción para ese propósito"****.* (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

Para concluir el tema relativo a la existencia de los correos cruzados a partir de los cuales la entidad demanda pudo haber obtenido datos de contacto de la parte actora, y sin perjuicio del análisis realizado anteriormente frente a éste tópico, ha de enfatizarse que, a la luz de lo estipulado en el numeral 5º de la cláusula 10ª del encargo fiduciario suscrito por la actora y de lo establecido en el Art. Art. 1602 del C.C.[15], la **Carrera 84 # 45 B-12 (Floresta)** (fl. 243 del C.1) **era el único canal habilitado para informar aspectos relevantes del aludido negocio**, razón por la cual y, *so pretexto* de una indebida notificación (que, por lo demás, no fue debidamente sustentada desde el punto de vista fáctico), esta disposición negocial no puede ser desconocida por la Sala y, mucho menos, por la partes contratantes, pues tal clausulado, además de cumplir con la función de establecer el medio de comunicación contractual que iban a utilizar los negociantes, **tuvo la finalidad de dotar de seguridad contractual – y, en consecuencia, jurídica- los respectivos actos de notificación y, concretamente, los realizados en la mencionada dirección.**

Desde ese contexto, se insiste que, al no haberse variado dicho canal (y al no reemplazarse por otro medio físico o digital), por parte de la accionante o personas **legal y contractualmente habilitadas para tal propósito**, los argumentos atinentes a la posibilidad de intentar gestiones relevantes de notificación a través de otros medios han de ser despachados desfavorablemente.

Prosiguiendo con el análisis relativo al conocimiento que presuntamente tuvo el extremo pasivo sobre la residencia de la actora en el exterior, debe señalarse que ésta no logró acreditar la afirmación realizada en el hecho 17 de la demanda[16], ya que, a pesar de que el testimonio del

---

15 Esta disposición normativa establece que "*Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*"

16 En este supuesto fáctico la demandante indicó que "(…) *La constructora negó, y omitió información al hijo de la señora DLLY CANO, el señor JUAN PABLO ALVAREZ CANO quien vive en el exterior y en múltiples viajes a Medellín (fechas en que estuvo en Medellín 30-11-2007 al 09-12-2007, del 9-03-2009 al 19-03-2009, del 21-05-2009 al 27-05-2009, del 30-07-2009 al 12-08-2009, del 18-03-210 al 28-03-2010, y del 7-02-2011 al 14-02-2011) se probará que fue hasta la dirección de la constructora, en compañía de la señora María Elena Álvarez, y no enviaron la cita, ni le informaron de la programación de la firma de promesa de compraventa; La señora Dolly tampoco fue citada al correo electrónico, teniendo en cuenta que era un medio eficaz de comunicación con la interesada y el cual se había utilizado con anterioridad*"

señor **Juan Pablo Álvarez Cano** (señalado por la actora como su hijo y como la persona que ella encargó para que, en los años 2007, 2009, 2010 y 2011, solicitara a la demandada información) fue decretado a instancia de la accionante, ella no gestionó los actos necesarios para obtener la versión del mismo. Al respecto, se remite al escrito obrante a folios 30 del cuaderno 3, expedido por el **Consulado de Colombia en Miami**, ya que en ese documento tal entidad indicó que el exhorto realizado por el Juzgado de primera instancia, con el fin de que se pudiese recepcionar en Estados Unidos la declaración del señor **Álvarez Cano** no pudo ser auxiliado, debido a que dicho señor no concurrió a las diligencias para las que fue citado.

De igual modo, resulta pertinente acotar que la testigo **Elizabeth Valencia Saldarriaga**, referida previamente, indicó que en el **año 2012** se presentó ante su oficina una señora, cuyo nombre no recordó, pero que se identificó como la hermana de la accionante y, también, como apoderada general de esta última. Así mismo, la deponente expresó que, en atención a la solicitud efectuada por la referida señora, aquella le informó a ésta que "(…) *el negocio estaba desistido, eso fue verbalmente luego ella me trajo un poder para que le entregara copia de los documentos en el proceso del desistimiento* (…)" (fls. 6 frente y vuelto del C. 2).

Igual situación se desprende de la testigo **Alexandra Grisales Vahos** (solicitada por el extremo pasivo y quien refirió haber laborado para la constructora demandada), pues en su exposición, la declarante indicó que, en el **año 2012**, una señora, y respecto de la cual no tuvo certeza si era o no familiar de la demandante, le solicitó a la entidad en la que la deponente laboraba una "*información documental*". En ese sentido, la testigo indicó que, con ocasión al requerimiento que efectuó la referida señora, le entregó a ella copia del encargo fiduciario y del acuerdo de pago (en este aspecto, la testigo dijo que solo recordaba esos documentos).

De las mencionadas versiones, puede ratificarse, entonces, que, en los años **2009, 2010 y 2011**, y, especialmente, para el momento en el cual se hizo la citación para la firma de la respectiva promesa de compraventa (**año 2010**), la accionante no había reportado su cambio de

dirección. **Esta situación, valga anotar, refleja de forma evidente y, consecuente, el desinterés y la falta de diligencia con la que la actora asumió la relación sustancial.**

Por otro lado, y en atención a lo alegado por la accionante, ha de señalarse que tampoco fue evidenciado que el extremo pasivo le hubiese negado a ésta o a las personas encargadas por ella, información concerniente al negocio jurídico; por el contrario, de los derechos de petición allegados al dosier, de las respuestas que fueron emitidas frente a los mismos (fls. 15-16, 19-20, 23-24, 27 y 25-26), así como de los correos electrónicos referidos previamente (los del año **2008**), puede colegirse que la parte demandada siempre estuvo presta a suministrar los datos y la documentación deprecada por la actora. Es del caso anotar que los aludidos derechos de petición fueron elevados en el año **2013**, es decir, cuando ya se había finalizado unilateralmente el vínculo contractual.

De igual modo, y de cara al reproche formulado en el recurso de alzada sobre este punto, debe destacarse que si bien le asiste razón a la recurrente cuando afirma que la inasistencia del representante legal de la constructora demandada a la respectiva audiencia de conciliación debe acarrear un indicio grave en contra de ésta, lo cierto es que tal indicio no es suficiente para derribar las consideraciones que hasta aquí se han hecho con relación al desconocimiento que tal entidad tenía sobre el lugar de residencia actual de la actora, toda vez que, **(i)** de la prueba documental que milita en el expediente, pudo advertirse de manera diáfana la existencia de la carga contractual que tenía la actora de informar cualquier cambio en los datos suministrados para efectos de notificación; **(ii)** y que, de los demás elementos de confirmación -**documentales y orales**- recaudados al interior del plenario, se estableció que la actora no cumplió con el referido deber. En otras palabras, la Sala estima que los hechos que eventualmente pudiesen tenerse por acreditados con el indicio grave que ha de aplicarse a la constructora pretendida, fueron contrarrestados o controvertidos con **las pruebas documentales y orales** recolectadas en el curso de este procedimiento (el peso de estas últimas es mayor al del indico). Especialmente, si se tiene presente que, de las actas de audiencia que militan en el expediente (fls. 291-

292 y 301 del C.1 y 1-2 del C.2), se observa de manera diáfana que la señora **Dolly de Jesús Cano Grisales**, y *so pretexto* de vivir en el exterior, **no concurrió a la audiencia de conciliación, ni a la diligencia en la que habría de practicársele el respectivo interrogatorio de parte** (y, a través de los instrumentos procedimentales que existente para el efecto, tampoco agotó las gestiones tendientes a lograr que su declaración fuese escuchada en país extranjero), lo que, de contera, también debe ser valorado como un indicio grave en su contra y, por tanto, reafirma las explicaciones que se han venido exponiendo con relación a la improcedencia de los alegatos y peticiones de la demanda.

En el contexto descrito, esta Corporación no encuentra acreditada la falta de idoneidad o de aptitud del trámite de notificación gestionado por la demandada (y que alega el extremo activo). Por el contrario, sí advierte que el actuar de la parte pretendida fue transparente, apegado al pacto contractual y dotado de buena fe, por lo que no merece reproche.

Lo que sí es claro, es que la actora propició que no pudiera ser notificada y, de contera, que no pudiera enterase oportunamente del llamamiento que le fue efectuado para concurrir a suscribir la promesa de compraventa, toda vez que suministró una dirección en la que ya no residía y, por tanto, en la que no serían efectivas las respectivas notificaciones. Aunado a ello, tampoco actualizó sus datos de localización, motivo por el cual se estima que a la Fiduciaria no le era exigible proceder de forma distinta a la que utilizó.

Bajo ese orden de ideas, y en atención al principio que enseña que **"*nadie puede ser oído, invocando su propia torpeza*"**[17], no es viable que la demandante ahora solicite la declaratoria de una indebida notificación, cuando – se insiste- ella misma imposibilitó el acto de comunicación. Tampoco puede aceptarse el argumento según el cual el extremo pasivo era

17 Cuya aplicación es aceptada en el ordenamiento jurídico colombiano, según se ha explicado en las sentencias **C-083 del 1 de marzo de 1995 y T-122 de 2017,** proferidas por la Corte Constitucional.

quien tenía la carga de agotar todos los medios necesarios para lograr la ubicación de la actora, porque, se itera, en el numeral 5º de cláusula 10ª del negocio debatido, ésta se comprometió a actualizar sus datos de localización, y el convenio obligaba a tener como válidas las notificaciones efectuadas en la dirección registrada.

De forma consecuencial, esto es, al no constatarse la existencia de las irregularidades alegadas por la accionante en el trámite de notificación, es dable inferir que el actuar del extremo pasivo con relación a la terminación unilateral del contrato trabado en la *litis* no fue el producto de un abuso del derecho o de una posición dominante, ni mucho menos contrarió el principio de la buena fe, especialmente si se tiene en cuenta que:

(i) La posibilidad de resolver unilateralmente el contrato de encargo fiduciario fue convenida por las partes que intervinieron en él, tal y como se advierte del contenido del numeral 4º de la cláusula 10ª del encargo fiduciario, es decir, no se produjo como consecuencia de una decisión meramente potestativa, arbitraria o tomada sin consultar previamente con la accionante.

(ii) Se fundó en una causal objetiva, es decir, en el incumplimiento de la obligación que tenía la actora de suscribir el respectivo contrato de promesa de compraventa.

(iii) No fue adoptada de manera intempestiva o abrupta, pues estuvo antecedida de dos preavisos consistentes en un citatorio y un edicto, los cuales, valga recordar, fueron infructuosos por causas imputables únicamente a la demandante, según fue explicado en líneas precedentes.

(iv) <u>En el *sub lite* no era necesario constituir en mora,</u> ya que el numeral 4º de la cláusula 10ª del encargo fiduciario fue diáfano al expresar que ante la falta de firma del contrato de compraventa " *se entenderá incumplido el presente encargo dando lugar a la sanción establecida para ello*

y resolviéndose de pleno derecho el mismo, caso en el cual se dará terminado sin más requisitos cualquier vínculo contractual generado entre la sociedad Constructora MIV S.A. y el ***CONSTITUYENTE*** *y entre éste y* ***LA FIDUCIARIA****"*

Bajo la misma línea argumentativa, debe indicarse que tampoco le asiste razón a la apelante cuando alega la prescripción de un pacto comisorio, en virtud de la cual era imposible decretar la finalización unilateral del vínculo negocial, toda vez que, del contrato de encargo fiduciario allegado al expediente, no puede avizorarse la existencia de algún tipo de cláusula que, de manera expresa o implícita, consagre dicha figura. Más aún, cuando, a las voces de la jurisprudencia nacional, el encargo fiduciario no supone, *per se*, la presencia de dicho convenio.

Adicionalmente, debe notarse que la norma invocada para esgrimir tal argumento atañe a la compraventa civil (Art. 1938 del C.C.) y, por tanto, resulta totalmente impertinente para el presente evento.

Sobre los pronunciamientos jurisprudenciales que existen en torno a este tema, resulta menester traer a colación lo dicho por la **Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de febrero de 2006, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, y proferida al interior del radicado No. 05001-3103-012-1999-1000-01,** ya que en dicha oportunidad, el Máximo Tribunal indicó que *"(…)* ***no cabe afirmar que en virtud de la fiducia celebrada para garantizar obligaciones del fideicomitente, el acreedor-beneficiario tiene la facultad de disponer de los bienes objeto de la garantía, o de apropiarse de ellos por medio diverso del previsto en la ley.*** *El acreedor tiene el derecho de exigirle al fiduciario que venda los bienes fideicomitidos y, dado el caso, que le haga dación en pago de los mismos;* ***pero no es él quien procede a venderlos, ni mucho menos se apropia de ellos por el sólo hecho del incumplimiento del deudor o, en general, por acto propio, ello es determinante.***

De allí la importancia del fiduciario, como institución financiera

especializada y profesional en la materia, a la par que sometido al control y vigilancia del Estado (policía administrativa), quien tiene el inexorable deber de hacer efectiva la garantía, con absoluta neutralidad e independencia de los intereses particulares que tengan el fideicomitente deudor, el beneficiario acreedor, o él mismo. Ello explica el peculiar celo del legislador en la regulación de la conducta que debe observar el fiduciario, quien puede ser obligado a efectuar inventario de los bienes recibidos en fiducia y a prestar caución (art. 1231 C. de Co.); que no puede renunciar a su gestión sino por los motivos expresamente previstos en el contrato y, en todo caso, con autorización previa del Superintendente Bancario (art. 1232 ib.); que debe rendir cuentas comprobadas de su gestión de forma periódica, tanto al fiduciante como al beneficiario (num. 8º, art. 1234 y num. 4º, art. 1235 ib.) y, finalmente, que puede ser removido "si tiene intereses incompatibles con los del beneficiario", lo que traduce, ello es capital para el caso bajo examen, que el fiduciario no puede en ningún caso, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, comprometer o alterar el cumplimiento de sus funciones contractuales y legales, por razón de los intereses individuales que tenga el acreedor beneficiario.

Luego es claro que la fiducia en garantía, rectamente entendida, no se erige o se roza con un pacto comisorio, pues la disposición de los bienes fideicomitidos y, en su caso, la entrega al acreedor en dación en pago, son actos que, in concreto, ejecuta un tercero autónomo e independiente. (…)" (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

Así las cosas, y al verificarse la legalidad de la terminación unilateral convenida por las partes, la Sala advierte la improcedencia de las pretensiones de la demanda, como quiera que el objeto de las mismas ya no existe, es decir, en vista de que el contrato cuyo cumplimiento se reclama fue debidamente terminado antes de la presentación de la demanda. En otras palabras, esta Colegiatura estima que las peticiones elevadas en el *sub lite* no pueden prosperar.

En este punto, debe precisarse que la Sala no comparte los

argumentos que la Juez de primera instancia expuso para justificar la prueba sobre la terminación del vínculo contractual, toda vez que, si bien el hecho de que la fiduciaria hubiese desplegado actos tendientes a lograr la suscripción de la respectiva promesa de compraventa constituye un indicio sobre la liberación de los recursos por parte de la fiduciaria, lo cierto es que al expediente no se allegaron elementos de confirmación que permitiesen inferir de manera clara e inequívoca la materialización (acaecida en el 2012 o antes de este año – pues en él se dio la terminación unilateral-) del supuesto contemplado en el numeral 1º de la cláusula 17ª del encargo fiduciario[18] .

Esto último se afirma, en vista de que al plenario fueron aportados, en virtud del decreto de pruebas, unos documentos en los que la **Fiduciaria Central** señaló que el punto de equilibrio fue logrado en el año **2007** (fls. 386-388 del C.1), pero de ellos no es posible avizorar ninguna información relativa a la entrega de dineros o liberación de recursos.

Finalmente, se constata que la demandante tampoco logró demostrar que es una contratante cumplida, pues, adicional al incumplimiento de las obligaciones que adquirió en los numerales 4º y 5º de la cláusula 10ª del encargo fiduciario, no demostró que hubiera efectuado la totalidad de los pagos a los que se obligó en el contrato o que se hubiera allanado a hacerlo. Por el contrario, está acreditado que, a la finalización del acuerdo de voluntades, y para el momento de la firma del documento que no concurrió a suscribir – entiéndase promesa de compraventa (y pese a que fue citada en debida forma a la dirección que suministró para recibir notificaciones, la cual nunca modificó), quedaban saldos pendientes.

Bajo ese orden de ideas, y descendiendo al clausulado contractual, se colige que la demandante tampoco cumplió la estipulación 3ª del encargo fiduciario, en virtud de la cual ésta "*se obliga a entregar para el presente encargo las sumas de dinero en los montos y fechas señalados en el en el anexo número uno de este contrato, mediante consignación en la*

---

18 En esta disposición se indicó que sería causal de terminación "*La liberación de los recursos administrados a favor del beneficiario de este contrato por haber cumplido las condiciones establecidas para ello, caso en cual se entiende liquidado el presente contrato sin más actos ni requisitos"*

cuenta antes mencionada, obligándose éste a remitir a la sociedad MIV S.A. en sus oficinas. El correspondiente comprobante de consignación (…)"

En torno a tal situación, ha de verse que la misma actora, en el hecho 28º del libelo genitor, adujo que "(…) *la constructora no ha cumplido con la entrega del bien, la principal obligación que se deriva de estos contratos, escudándose en una sanción, pese a que la señora DOLLY DE JESUS CANO GRISALES, siempre ha estado y está dispuesta a cancelar el saldo insoluto de la obligación, en el momento en que se firme la escritura de compraventa y se le haga entrega material del inmueble* (…)", es decir, confesó que, a la fecha de presentación del referido escrito – año 2013- no había cancelado la totalidad del valor convenido en el negocio jurídico.

La justificación que ofrece la pretendiente en el referido supuesto fáctico no posee respaldo probatorio, toda vez que del mencionado contrato no es factible colegir que la obligación de entregar los respectivos aportes (radicada en cabeza de la actora) estuviese supeditada a los avances del proyecto inmobiliario, ni a la suscripción de la respectiva promesa de compraventa.

En ese sentido, no es viable tener por justificada la ausencia de pago referida con antelación y, por tanto, concluir que el incumplimiento de la actora derivó, al mismo tiempo, del incumplimiento de la parte demandada (no se avizora un incumplimiento recíproco), máxime, si se tiene presente que:

(i) A diferencia de lo que adujo la apelante sobre la perentoriedad del plazo del negocio convenido en el negocio que celebró[19], en el curso del proceso el extremo pasivo probó la existencia de unos otro sí, a través de los cuales la **Constructora MIV S.A.** y la **Fiduciaria Central S.A.** hicieron varias prorrogas al encargo fiduciario celebrado por ellas[20], y con

---

19 En el hecho 3º de la demanda la actora adujo que el encargo fiduciario " (…) *en la cláusula décima sexta estableció como plazo máximo, seis (6) meses contados a partir de la fecha de celebración del contrato de encargo fiduciario; suscrito el 3 de abril de 2006*"

20 En el otro sí No. 2 los contratantes acordaron lo siguiente: "prorrogar *el contrato de encargo fiduciario por el término de necesario para el cumplimiento de su objeto, el cual, en todo*

fundamento en el cual la actora suscribió, a su vez, el encargo fiduciario con dichas entidades (y el cual constituye el objeto central de esta decisión). Al efecto, ha de acortase que, al tratarse de unos **contratos coligados**[21], los convenios realizados sobre el primer negocio tuvieron, necesariamente, efectos sobre el segundo. De igual forma, debe verse cómo la misma accionante, en la sustentación del recurso de apelación, reconoció la existencia de tal situación.

En este punto, y de cara al reproche que, sobre el particular expuso la accionante en la sustentación de la alzada, ha de precisarse que si bien en el otro sí No. 3 se estipuló que la prórroga que se hizo en el mismo " (…) *deberá ser conocida y aceptada por los constituyentes de los encargos fiduciaruios suscritos por las personas interesadas en adquirir unidades de vivienda en el proyecto citado en la precedencia* (…)" (fl. 131 del C.1), lo cierto es que dicha ampliación del plazo fue convalidada por la demandante, pues no de otra forma podría explicarse que hubiese realizado pagos hasta el año 2010, es decir, que hubiese hecho pagos con posterioridad a la finalización de la vigencia inicial del contrato.

(ii) A pesar de que la accionante no había pagado la totalidad de los aportes pactados en el encargo fiduciario, el extremo pasivo la citó para que suscribiera la respectiva promesa de compraventa, tal y como se explicó con antelación. De ahí que sea viable inferir que la demandada siempre cumplió o se allanó a cumplir, y que el desarrollo del contrato debatido se vio frustrado como consecuencia del actuar de la demandante.

Con el fin de reforzar la tesis que se ha venido sosteniendo, ha

---

caso, no podrá exceder de seis (6) meses contados a partir del 12 de enero de 2007" (fl. 130 del C.1).

En el otro sí No. 3, las partes convinieron "(…) *prorrogar el contrato de encargo fiduciario por el término necesario para el cumplimiento de su objeto, el cual, en todo caso, no podrá exceder de diez (10) meses contados a partir del 12 de junio de 2007, prorrogable automáticamente por seis (6) meses más"* (fl. 131 del C.1).

21 Al efecto, se rememora lo dicho por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien en **sentencia SC- 3978-2022 del 14 de diciembre de 2022, con ponencia de la Magistrada Martha Patricia Guzmán Álvarez,** indicó que esta clase de negocios "(…) *Se edifican en un grupo de contratos con una causa autónoma pero que cumplen una función económica única, o en otros términos, confluyen en el logro de un mismo objeto, pero que su conexidad es «fundamento para imputar obligaciones de las partes, entre sí, y respecto de terceros».* (…)"

de enfatizarse que, del extracto que milita a folios 28 del cuaderno principal, también puede advertirse que la demandante no atendió en debida forma la obligación relativa a la entrega de los correspondientes aportes, ya que, según él, para el 5 de abril de 2007, ésta debía haber cancelado la suma total de **$40´705.200,00** (este valor se amortizó en cuotas)**.** No obstante, la actora realizó pago parciales (en tanto no canceló la totalidad del valor pactado para cada uno de los instalamentos convenidos, ni realizó ello en el tiempo preciso) hasta el 28 de diciembre de 2010, tan sólo por un valor que ascendió a un total (pues fue pagado por abonos) de **$ 33´450.000,00.**

El aludido supuesto, también fue confirmado por la testigo **Flor Ángela Cano Suarez**, quien manifestó que la demandante, en el **año 2012**, le confirió un poder, con el fin de que atendiese todo lo relativo al encargo fiduciario y **para que cancelara lo que estaba restando.**

Por su parte, la testigo **Elizabeth Valencia Saldarriaga** (referida en renglones arriba), indicó que hubo incumplimiento en los pagos, toda vez que los mismos debían realizarse entre el año 2006 y 2007 (pues, según ella, en este interregno habría cancelarse la totalidad del inmueble), pero que, no obstante, la actora realizó el último pago en el año 2010. En igual sentido, la deponente aseveró que para la fecha en que fue citada la demandante a efectos de firmar el respectivo contrato de promesa de compraventa, estaba adeudando un saldo por valor de $ 7´300.000,00.

En las circunstancias descritas, y tal y como fue indicado, la Sala concluye que en el *sub lite* está demostrado que la accionante no cumplió las obligaciones que adquirió en los numerales 4º y 5º de la cláusula 10ª del encargo fiduciario, así como la cláusula 3ª del mismo. En consecuencia, y al tenor de los presupuestos axiológicos que rigen la presente pretensión, aquella no tiene la condición de contratante cumplida, que la faculta para forzar el cumplimiento de las cargas asumidas por su demandada, por lo que sus pretensiones no pueden salir triunfantes y han de despacharse desfavorablemente, mediante la confirmación parcial de la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Por último, ha de precisarse que no hay lugar a analizar la pretensión subsidiaría, relativa al contrato de preventa, como quiera que lo dicho por la *A quo* sobre la falta de acreditación del mismo no fue objeto de reparo.

De igual modo, tampoco resulta pertinente ordenar la entrega de ningún tipo de emolumentos, en favor de la parte actora, toda vez que si bien la accionante acreditó la existencia del contrato cuyo cumplimiento reclama, lo cierto es que al interior de este procedimiento también pudo probarse la terminación unilateral del mismo, lo cual impidió hacer un análisis de fondo sobre las consecuencias derivadas de tal terminación , es decir, teniendo en cuenta que, de conformidad con los extremos que demarcaron la presente controversia y según los resultados que arrojó el respectivo análisis probatorio, a la Sala sólo le competió establecer la legalidad o no de la referida terminación (se tuvo por probada la legalidad). En consecuencia, los asuntos que se deriven de la finalización del vínculo negocial deberán ser resueltos directamente por las partes contratantes. Más aún, si se tiene en cuenta que, de la información contenida en el documento que milita a folios 67 del cuaderno principal, puede colegirse que, en efecto, la parte pretendida emitió el respectivo cheque de devolución de saldos. En ese orden, la actora es quien deberá emprender los actos tenientes a recibir los respectivos dineros.

11. Como conclusión del análisis precedente y en respuesta al problema jurídico planteado, se impone la confirmación parcial del fallo de primer grado que aquí se revisa por vía de apelación, teniendo en que, a diferencia de lo que adujo la *A quo*, en el presente caso sí se acreditó la existencia del encargo fiduciario celebrado por la actora y las entidades demandadas y, consecuentemente, se comprobó la legitimación en la causa por pasiva de estas últimas. Adicionalmente, se pudo avizorar que la causal de terminación del referido negocio obedeció a un supuesto diferente al analizado por la juez de primera instancia.

12. Costas. Se condenará en costas a cargo de la recurrente y a favor de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha, contenido y procedencia conocida, por los argumentos expuestos en la parte motiva.

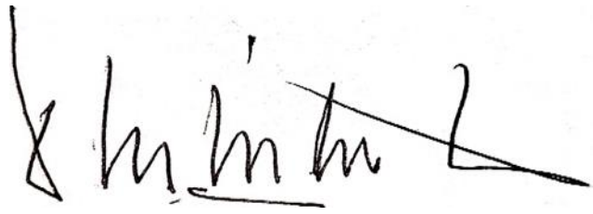
SEGUNDO: CONDENAR en costas a cargo de la recurrente y a favor de la parte demandada.

TERCERO: Disponer la devolución del expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto fue discutido y aprobado, según consta en acta N° 369 de la fecha.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados



OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN

WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL FAMILIA
MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Procedimiento:	**Ordinario-Responsabilidad civil contractual**
Demandante:	**Dolly de Jesús Cano Grisales**
Demandado:	**Constructora MIV S.A.S. y otras**
	Asunto: Fija agencias en derecho.
Radicado:	**05 615 31 03 002 2013 00250 03**

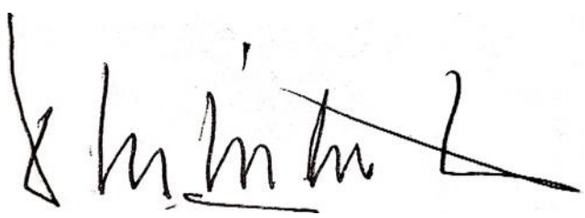
Medellín, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Conforme lo consagra el artículo 5°, numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho en sede de segunda instancia, a cargo del demandante, y a favor de la parte demandada, en la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (1 S.M.M.L.V).

Liquídense las costas y agencias en derecho en forma integrada por el juzgado cognoscente, conforme al artículos 361 y 366 del Código General del Proceso.

En firme este auto, **devuélvase el expediente físico y la actuación digital a su lugar de origen**.

NOTIFIQUESE



OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés

Proceso	: Responsabilidad civil contractual
Asunto	: Apelación de sentencia
Ponente	: **WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**
Sentencia	: 044
Demandante	: Gilberto Osorio Villa
Demandado	: Herederos de Arnulfo Cañas Alzate
Radicado	: 05615310300220100043601
Consecutivo Sría.	: 608-2020
Radicado Interno	: 151-2020

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes frente a la sentencia proferida el 22 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro dentro del proceso de responsabilidad civil contractual promovido Gilberto Osorio Villa contra los herederos determinados e indeterminados de Arnulfo Cañas Alzate, siendo aquellos Jairo de Jesús, Ana Judith, María Lucía, Ana Ofelia y Rosa Angélica Cañas Santa.

LAS PRETENSIONES

Luego de subsanado el libelo rector se impetraron las siguientes:

"PRETENSIÓN PRIMERA: Que se declare Civil y contractualmente que el Vendedor ARNULFO CAÑAS ALZATE incumplió el Contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA celebrado el día 14 de enero de 2009, en el municipio de Rionegro, entre los señores GILBERTO OSORIO VILLA en Calidad de Promitente Comprador y ARNULFO CAÑAS ALZATE, en calidad de Promitente Vendedor, Contrato que fue modificado mediante otro SÍ, con el documento suscrito por las parte el DOS (2) de febrero de 2009, pues no sometió al régimen de propiedad Horizontal el inmueble objeto del Contrato, ni otorgó la Escritura Pública de Compraventa a favor de […] GILBERTO OSORIO VILLA.

"PRETENSIÓN SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, y con motivo de la muerte del Contratante ARNULFO CAÑAS ALZATE, se le ordene a su heredero determinado JAIRO DE JESÚS CAÑAS SANTA, y a los demás

herederos indeterminados […] cumplir forzadamente el Contrato de promesa de Compraventa y en virtud de tal Declaración se les condene a:

"a) Someter al régimen de propiedad Horizontal, el bien inmueble objeto del presente proceso, y los gastos serán pagados por los demandados.

"b) A otorgar la Escritura Pública correspondiente a favor de mi representado sobre el Bien Inmueble objeto del presente Proceso.

"c) Que se condene a los demandados a pagar al demandante el valor de los perjuicios sufridos […] en virtud del incumplimiento, los cuales [se valoran] en las siguientes cuantías:

"Perjuicios Morales, en la cantidad de VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

"Perjuicios MATERIALES en la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS.

"d) Que se condene a pagar la Cláusula Penal por incumplimiento del Contrato, por la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000), la cual fue fijada de manera anticipada por los contratantes:

"PRETENSIÓN SUBSIDIARIA SEGUNDA: […] que en caso de que no se Conceda la Pretensión SEGUNDA de la presente Demanda por algún motivo, pedimos como PRETENSIÓN SUBSIDIARIA SEGUNDA, la siguiente:

"PRETENSIÓN SUBSIDIARIA SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, y con motivo de la muerte del Contratante ARNULFO CAÑAS ALZATE, y como quiera que no se puede DESENGLOBAR el bien inmueble del Proceso se declare Resuelto y por consiguiente terminado el Contrato y se le condene a su heredero determinado JAIRO DE JESÚS CAÑAS SANTA, y a los demás herederos indeterminados a pagar a mi mandante lo siguiente:

a) A devolver el valor del precio pagado, es decir, la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES DE PESOS, suma de dinero debidamente INDEXADA, desde las fechas en las cuales se efectuó el pago por parte de mi mandante hasta que se cumpla integralmente con la devolución del dinero.

"b) A Pagar el valor de las mejoras plantadas sobre el inmueble por parte de mi Mandante, las cuales las valoramos en la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS ($6.800.000).

"c) Que se condene a los demandados a pagar al demandante el valor de los perjuicios sufridos en virtud del incumplimiento, los cuales los valoramos en las siguientes cuantías:

"Perjuicios Morales, en la cantidad de VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTE (sic).

"Perjuicios MATERIALES en la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS.

"d) Que se condene a pagar la Cláusula Penal por incumplimiento del Contrato, por la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000), la cual fue fijada de manera anticipada por los contratantes.

"TERCERA: Todas las condenas e indemnizaciones se actualizarán teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, entRe la fecha del incumplimiento y el día de pago, conforme al índice de devaluación certificado por el Banco de la República.

"CUARTA: Que se condene a los Demandados a pagar los gastos procesales, las agencias en derecho y las costas del proceso." (fl. 62-63 cdno. 1).

LOS HECHOS

El actor, luego de reformar el libelo, expuso los siguientes:

1. El 14 de enero de 2009 celebró un contrato de promesa de compraventa en calidad de promitente comprador con Arnulfo Cañas Alzate, promitente vendedor de:

"CASA DE HABITACIÓN TERCER PISO CALLE 59 D # 53B-40, ubicado en el barrio Horizontes, área urbana del municipio de Rionegro (Antioquia), con una superficie aproximada de 72,80 m^2, y comprendido por los siguientes linderos: 'Por el Norte en 12 metros con un muro medianero que lo separa de las casas levantadas sobre los lotes 5 y 6, por el sur en 12 metros con vacío sobre zona verde; por el Oriente, en 8 metros, con vacío sobre zona verde; por el Occidente, en 8 metros con el muro medianero que lo separa de la casa levantada sobre el lote número 11; por el nadir, con losa de concreto de dominio común que sirve de techo a la casa del segundo piso, y por el cenit, con techumbre del edificio propiedad de dominio común'. Inmueble identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria #020-43364 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del municipio de Rionegro"

Dicho bien fue adquirido por Arnulfo Cañas Alzate mediante la escritura pública No. 67 del 15 de enero de 1997, y allí construyó el tercer piso que fue el objeto de la promesa.

2. El precio pactado fue de $68.000.000, que se pagaría así: *(i)* $23 millones a la firma del negocio preparatorio; *(ii)* $32.000.000 pagaderos el 14 de marzo de 2009 y *(iii)* los $13.000.000 restantes se entregarían el 14 de julio del mismo año.

La entrega se convino para el 14 de marzo de 2009, para lo cual, en el parágrafo de la cláusula quinta se previó que el inmueble sería sometido al régimen de propiedad horizontal.

El otorgamiento de la escritura pública de compraventa se estableció para el 14 de marzo de 2009 en la Notaría Segunda de Rionegro a las 2 de la tarde. Además, se acordó el pago de una cláusula penal por valor de $1.000.000 en caso

de incumplimiento de cualquiera de los contratantes, sin perjuicio de la respectiva indemnización de perjuicios.

3. Por medio de otrosí signado el 2 de febrero de 2009, ambos contratantes decidieron modificar la fecha de celebración del acto escriturario, fijándose para ello el 14 de mayo de 2009 a las 3 de la tarde en la Notaría Segunda de Rionegro. Además, se hizo constar que el promitente comprador ya había abonado la suma de $53.000.000 y los $15.000.000 se pagarían dentro de los cuatro meses siguientes a la suscripción del acto escriturario. Así mismo, en la adenda se dejó consignado que el promitente vendedor ya había entregado materialmente el inmueble, que el otro contratante le había efectuado mejoras y que Jairo de Jesús Cañas Santa era la persona encargada de la negociación y de recibir el dinero en nombre de su padre.

4. Arnulfo Cañas Alzate asumió el compromiso de someter el inmueble a propiedad horizontal, es decir, desenglobar el segundo y tercer piso, asignándoles una nueva matrícula inmobiliaria, pero conservando el vendedor la propiedad sobre el segundo nivel. Además, los linderos descritos para el tercer piso corresponden con las colindancias reales del inmueble. Entonces, es claro que lo prometido en venta fue el tercer piso que está edificado sobre el segundo, que a su vez se distingue con la matrícula 020-43364.

5. El 14 de mayo de 2009, siendo las 3 de la tarde se presentó en la Notaría Segunda de Rionegro a fin de otorgar la escritura, pero Arnulfo Cañas Alzate no concurrió, ni presentó excusa alguna, según consta en el acta de comparecencia emitida por el notario.

6. Posteriormente, pudo corroborar que el promitente vendedor no sometió la edificación al régimen de propiedad horizontal, con el fin de desenglobar el segundo y tercer piso a efectos de cumplir lo prometido en la convención preliminar.

7. Arnulfo Cañas Alzate falleció el 3 de abril de 2009, dejando como hijo y heredero a Jairo de Jesús Cañas Santa, quien presenció toda la negociación y la entrega del dinero por el promitente comprador. Por ello, ha sido requerido infructuosamente para que cumpla lo pactado.

8. Se allanó a cumplir lo prometido, puesto que pagó $53.000.000. Además, se encuentra en posesión real, material, con justo título y de buena fe en el inmueble desde el 31 de enero de 2009, época desde la cual ha ejecutado mejoras.

9. El incumplimiento del promitente vendedor le confiere el derecho a reclamar la pena pactada, además, para demandar la ejecución forzada del

convenio y la correspondiente indemnización de perjuicios, a cargo de sus herederos conforme al artículo 1549 del Código Civil.

10. El valor actual del bien es de $90.000.000 en atención a las mejoras que ha ejecutado.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. Subsanadas las irregularidades advertidas en el auto de inadmisión, por medio de proveído del 31 de enero de 2011 se admitió el libelo rector; se ordenó la notificación y traslado de la demandada al heredero determinado; el emplazamiento a los indeterminados; y se requirió al demandante para prestar caución a efectos del decreto de la medida cautelar (Pág. 29, Arch. 1).

2. Los herederos indeterminados de Arnulfo Cañas Alzate, así como sus sucesoras determinadas, María Lucía, Ana Ofelia y Rosa Angélica Cañas Santas, fueron emplazados conforme al artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y representados por curadora *ad litem.* La auxiliar de la justifica manifestó atenerse a lo que se mostrara en el proceso (págs. 78, 155; Arch. 1).

3. Jairo de Jesús Cañas Santa se notificó personalmente del auto admisorio el 23 de marzo de 2011 (Pág. 45 Arch. 1).

4. Ana Judith Cañas Santa, heredera de Arnulfo Cañas Alzate, también fue enterada de la misma manera el 10 de febrero de 2012.

5. En la oportunidad legal, Jairo de Jesús Cañas Santa y Ana Judith Cañas Santa asumieron las siguientes conductas:

5.1 Frente a los hechos se pronunciaron así:

- Son ciertos los hechos relativos a la celebración de la promesa de contrato, el precio, la fecha y lugar del otorgamiento de la escritura y el contenido del otrosí.

- No les consta lo atinente al compromiso asumido por el promitente vendedor de someter el edificio al régimen de propiedad horizontal; la diputación que se realizó en Jairo de Jesús Cañas para continuar la negociación; la entrega del dinero por parte del demandante a fallecido Cañas Alzate; la posesión del inmueble; la ejecución de mejoras y su valorización.

- Es cierto que el demandante se presentó en la notaría en la fecha y hora acordadas, pero resulta extraño que lo haya hecho a sabiendas de la imposibilidad de Arnulfo Cañas de concurrir al lugar, habida cuenta de su fallecimiento el 3 de abril de 2009.

- El inmueble no se sometió a propiedad horizontal, pero ello obedeció a la grave enfermedad que aquejó a Arnulfo Cañas hasta el momento de su deceso. Luego de su muerte no se ha cumplido lo anterior *"por cuanto el obligado era el causante* […] *propietario del bien y quien figura como tal en la oficina de registro."*. Por tal motivo, *"es imposible cumplir con la promesa de compraventa"*.

- No se enunciaron de manera concreta los perjuicios supuestamente irrogados al actor. Además, quien los ha sufrido ha sido la sucesión del causante al estar privada de la percepción de los frutos civiles que el inmueble hubiese podido producir.

- De haber existido un incumplimiento, éste se debió a una fuerza mayor, causada por la grave enfermedad que padecía Arnulfo Cañas Alzate.

5.2 Frente a las pretensiones dijo oponerse a todas las elevadas por su contraparte y formuló como excepciones que denominó:

i) "CARENCIA DE IDENTIDAD ENTRE LA COSA PROMETIDA EN VENTA Y LA ADQUIRIDA POR EL CAUSANTE", por cuanto en el contrato preparatorio se prometió transferir una casa de habitación (tercer piso), supuestamente adquirida por el promitente vendedor mediante la Escritura Pública 67 del 15 de enero de 1997 de la Notaría Primera de Rionegro. Empero, lo que consta en el título es la compra de un segundo piso, no de un tercero.

Además, no es factible que ambos niveles de la edificación tengan exactamente los mismos linderos y nomenclatura. Detállese que la descripción en la escritura en mención es exactamente idéntica a la de la promesa y del otrosí, documento este último en el que se recaba que se trata del *"apartamento en tercer piso ubicado sobre el segundo…"*. En consecuencia, existe error frente a la identidad de la cosa prometida y aquella adquirida por el promitente vendedor.

ii) "INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA POR PARTE DEL DEMANDANTE", debido a que, si se probara la entrega de $53.000.000 por el demandante, lo cierto es que no ha cumplido el otrosí frente a los $15.000.000 restantes. Por lo tanto, al tratarse de un contrato bilateral y no existir prueba del pago del saldo restante o que el demandante hubiese estado presto a cumplirlo, no era exigible la prestación a cargo del extremo demandado.

iii) "IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA POR PARTE DEL PROMITENTE VENDEDOR O DE SUS HEREDEROS", en consideración a que Arnulfo Cañas Alzate, promitente vendedor, falleció antes de la fecha en la que debía celebrarse la compraventa. Además, porque al no estar radicado el dominio en los herederos, tampoco podían ellos celebrar el contrato prometido.

iv) "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA", debido a que el demandante no ha cumplido el pago total del precio, tal como se narra en los hechos. Tampoco ha requerido a los herederos de Arnulfo Cañas para cumplir el negocio y no hay prueba de que el actor se hubiese allanado a cumplir o lo haya hecho efectivamente, antes del 14 de septiembre de 2009.

v) "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", porque los demandados no son los obligados por la convención; tampoco fueron constituidos en mora previamente, dado que se trata de una obligación de hacer y, en todo caso, el inmueble no es de su propiedad, pues aún figura a nombre del causante al no haberse iniciado aún el juicio sucesorio. Lo anterior, sin tener en consideración que el sometimiento del bien al régimen de propiedad horizontal implicaría poner de acuerdo a todos los herederos.

vi) "FALTA DE LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA", fundada en la falta de autenticación de las firmas del otrosí del contrato y siendo que ambos documentos (promesa y adenda) conforman un mismo acto, la deficiencia del primero conlleva la nulidad absoluta de toda la convención.

Adicionalmente, en la promesa se consignó que la venta versaría sobre un tercer piso que supuestamente adquirió el promitente vendedor por medio de la Escritura 67 del 15 de enero de 1997. Empero, lo que consta en el título son la nomenclatura, matrícula y linderos del segundo piso, que extrañamente se citan en el negocio preparatorio para detallar el tercer piso, deficiencia que se ratifica en el otrosí al indicar que *"Trata la venta del apartamento en tercer piso ubicado sobre el segundo"*. Por lo tanto, el convenio preliminar no contiene los requisitos exigidos por el numeral 4° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 frente a la determinación del contrato prometido, ni la descripción de la cédula y registro catastral y linderos que para la venta de inmuebles exige el Decreto 960 de 1970.

5.3. Dentro del término de traslado presentaron sendas demandas de reconvención.

LAS RECONVENCIONES

1. **Jairo de Jesús Cañas Santa y Ana Judith Cañas** formularon las siguientes pretensiones:

> *"**PRIMERA.** Que se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa celebrado el 14 de enero de 2009 entre ARNULFO CAÑAS ALZATE Y GILBERTO OSORIO por incumplimiento de las obligaciones del señor Osorio respecto del pago del saldo del precio y por incumplimiento por causa del fallecimiento del señor ARNULFO CAÑAS ALZATE y por la imposibilidad de cumplimiento por parte de sus herederos tal como se dijo en los hechos de la demanda.*

*"**SEGUNDA.** Que se condene al demandado a la restitución del inmueble objeto de esta demanda, a favor de la sucesión del señor Arnulfo Cañas Alzate, junto con los frutos civiles dejados de percibir a partir de la fecha de recibo del inmueble, esto es, el 31 DE ENERO de 2009, a razón de $500.000 mensuales hasta la fecha de entrega del mismo.*

*"**TERCERA.** Que se concede al demandado al pago de las costas."*

1.2. Además, propusieron como subsidiarias de las anteriores las siguientes:

*"**PRIMERA**. Que se declare la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado por los señores ARNULFO CAÑAS ALZATE como promitente vendedor y el señor GILBERTO OSORIO VILLA como promitente comprador, frente al bien inmueble descrito en los hechos de la demanda y por las causales señaladas en los hechos de esta demanda. En su defecto, solicito que la declaración […] se haga en forma oficiosa.*

***SEGUNDA.** Que se profieran las declaraciones contenidas en las pretensiones SEGUNDA Y TERCERA PRINCIPALES."*

1.3. Como *causa petendi* relataron la siguiente:

- Mediante Escritura Pública 67 del 15 de enero de 1997 de la Notaría Primera de Rionegro, Arnulfo Cañas Alzate Adquirió el inmueble denominado casa de habitación segundo piso, ubicado en la calle 59D número 53B-40 y matrícula inmobiliaria 020-43364.

- En la convención del 14 de enero de 2009, Arnulfo Cañas Alzate prometió en venta a Gilberto Osorio Villa el inmueble ubicado en la *"calle 59D N° 53B-40 consistente en CASA DE HABITACIÓN TERCER PISO y el cual se delimita como aparece descrito en dicho documento."*. Como precio se pactó suma de $68.000.000 pagadera de la siguiente forma: *(i)* $23.000.000 a la firma del documento; *(ii)* $32.000.000 el 14 de marzo de 2009 y *(iii)* $13.000.000 pagaderos el 14 de julio del mismo año.

La entrega del bien se convino para el 14 de marzo de 2009, el cual sería sometido al régimen de propiedad horizontal. Para esa misma calenda se estableció el otorgamiento de la escritura, a las 2 de la tarde ante la Notaría Segunda de Rionegro.

- El convenio preliminar fue modificado por otrosí del 2 de febrero de 2009, acordándose la celebración de la venta el 14 de mayo de ese mismo año, a las tres de la tarde en la misma notaría. Además, se dispuso que la suma restante del precio ($15.000.000) se pagarían en el término de cuatro meses después de la suscripción de la escritura.

- El promitente vendedor no pudo cumplir lo pactado, pues falleció el 3 de abril de 2009.

- El bien objeto de la promesa de venta carece de identidad con respecto a aquel que fue adquirido por Arnulfo Cañas Alzate por escritura pública. Así, aunque en el primero de los documentos se anuncia que se trata de un tercer piso, en el acto escriturario se dice que es un segundo piso, yerro que se ratifica en el otrosí en el que se especifica que el objeto es el *"apartamento en tercer piso ubicado sobre el segundo"*.

- Gilberto Osorio Villa no ha cumplido el pago de los $15.000.000 restantes, en la forma dispuesta en el otrosí y no existe prueba de que hubiese estado dispuesto a entregar esa suma de dinero. Además, al momento de celebrarse el negocio prometido Arnulfo Cañas Alzate no pudo cumplir por una circunstancia de fuerza mayor, esto es, su deceso, sin que pudieran sus herederos someter el inmueble al régimen de propiedad horizontal y transferirlo, puesto que el bien no está en cabeza suya.

- El demandado es poseedor del inmueble desde el 31 de enero de 2009, época desde la cual los herederos han dejado de percibir la renta del inmueble por valor de $500.000 mensuales.

- El otrosí carece de la autenticación de la firma y ese defecto se extiende a la promesa, por lo que la falta de dicho requisito origina la nulidad del negocio. Tampoco se determinó con suficiencia el objeto de la venta como lo disponen el artículo 1857 del Código Civil, el Decreto 960 de 1970 y el canon 89 de la Ley 153 de 1887, en la medida que la descripción y linderos de la cosa prometida y aquella que fue adquirida por Arnulfo Cañas Alzate son idénticas, pero en el negocio preparatorio se refiere que se trata de un tercer piso y en el acto escriturario del segundo nivel.

2. El demandado en reconvención presentó contestación en la que **se opuso a las pretensiones**, sin formular excepciones. Frente a los hechos, aceptó los relativos a la celebración del contrato de promesa de compraventa, su forma de pago y el contenido del otrosí, así como el título y modo de adquisición del segundo piso por Arnulfo Cañas Alzate. No obstante, agregó que Cañas Alzate construyó un tercer nivel sobre el que versó la negociación, por lo tanto, no existe ninguna discrepancia entre el bien objeto de la promesa y aquel del que era titular el promitente vendedor.

Adicionalmente, Arnulfo Cañas se comprometió a someter el inmueble al régimen de propiedad horizontal y a cumplir con el correspondiente desenglobe para que se abriera una nueva matrícula inmobiliaria para el tercer piso. Por otra parte, los $15.000.000 restantes se pagarían 4 meses después de la suscripción de la escritura pública –lo cual no ha ocurrido pasados dos años-, motivo por el que *"AÚN NO EXISTE"* la obligación en comento. Que sólo se enteró de la muerte de Arnulfo Cañas después de acudir a la notaría; que sus herederos sucedieron a

su padre en esas obligaciones y, por lo tanto, deben cumplir lo acordado, sometiendo el bien a propiedad horizontal y otorgado la escritura de venta.

Agregó que ha poseído de buena fe el inmueble desde el 31 de enero de 2009 y para tal efecto pagó una parte del precio $53.000.000 y lo recibió materialmente del inquilino Gabriel Vergara. Además, no reconoce dominio ajeno; ha ejecutado mejoras buena fe y no pueden pretender los herederos el pago de un canon de arrendamiento, puesto que nunca han estado ligados por una convención de esa naturaleza.

Dijo que el contrato de promesa de compraventa cumple los requisitos legales; la falta de autenticación de las firmas en el otrosí no comporta la nulidad de la convención; también está debidamente determinado el objeto y es claro que el negoció recayó sobre el tercer nivel del edificio.

FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMER GRADO

Cumplido el trámite procesal y agotadas las etapas correspondientes, en vista pública del 22 de julio de 2020, el Juez Segundo Civil del Circuito de Rionegro profirió sentencia de primera instancia en la que resolvió:

"Primero. Se decreta la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado el 14 de enero de 2009 entre el señor Arnulfo Cañas Alzate y el señor Gilberto Osorio Villa, incluyendo el otrosí fechado el 2 de febrero de 2020.

"Segundo. Se niegan las pretensiones de perjuicios y cláusula penal pedidas por la parte demandante.

*"Tercero. Se **ordena** al demandante restituir a la parte demandada, el inmueble consistente en casa de habitación tercer piso de la Calle 59 D # 53 B 40 del barrio Horizonte de Rionegro y que aproximadamente cuenta con 72 m^2.*

*"Se **ordena** a la parte demandada restituir a la parte demandante las siguientes sumas de dinero: $79.239.567 por concepto del saldo del precio pagado por efecto del contrato y $9.718.121,17 por concepto del costo que el demandante pagó como mejoras en el predio.*

"No se ordena el pago de frutos civiles.

"Se concede el derecho de retención al demandante en los términos del artículo 310 del Código General del Proceso, en los términos ya explicados, es decir, las sumas de dinero que se deben cancelar por parte de los demandados a la parte demandante se harán por medio de consignación en la cuenta de depósitos judiciales del despacho y esas sumas de dinero se retendrán hasta tanto el demandante no restituya el bien inmueble, sin perjuicio de que una vez consignadas esas sumas de dinero en el despacho, la parte demandada pueda solicitar la entrega de ese predio por la fuerza.

*"Cuarto: Se **ordena** la cancelación de la inscripción de la demanda ordenada sobre el predio con el folio de matrícula inmobiliaria 020-43364 de la O.R.I.P. de Rionegro. Se le ordena comunicar para que proceda de conformidad con lo ordenado.*

Quinto. No se condena en costas a ninguna de las partes". (Récord 44:51, audiencia instrucción y juzgamiento- Archivo 011).

Los fundamentos de la decisión admiten el siguiente compendio:

1. El problema jurídico consiste en determinar si resulta procedente el cumplimiento o la resolución del contrato de promesa compraventa; si deben pagarse perjuicios como lo solicita el extremo demandante o sí, por el contrario, debe invalidarse el vínculo negocial por ser absolutamente nulo y las consecuentes restituciones mutuas.

2. El contrato de promesa de compraventa es absolutamente nulo porque no cumple las formalidades exigidas por la Ley para otorgarle valor, en los términos del artículo 1741 del Código Civil. En tal sentido, dispone el artículo 1611 de la misma codificación que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que se determine el negocio prometido, de suerte que únicamente falte para su perfeccionamiento la tradición de la cosa o el cumplimiento de la solemnidad que prescribe la Ley.

En el caso analizado es claro que el bien no estaba identificado e individualizado debidamente, sino que hacía parte de otro que sí lo está. Para tal efecto, entonces, resultaba necesario que previamente se sometiera el bien a propiedad horizontal y no bastaba simplemente con el otorgamiento de la escritura pública de venta. Adicionalmente, al revisar los linderos plasmados en el negocio preparatorio luce patente una incongruencia al describir los linderos por el nadir (con losa que lo separa del primer piso) y por el cenit (con el techo del edificio), mientras que en el encabezado del documento se alude un tercer piso.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la validez de la promesa de compraventa de un inmueble supone la citación de los linderos y ubicación de éste.

3. Además de lo anterior, si en gracia de discusión se soslayara tal deficiencia, la obligación de suscribir la escritura de compraventa tampoco sería susceptible de ejecución bajo la preceptiva del artículo 434 del Código General del Proceso, puesto que ello supone que el bien esté identificado jurídicamente y, además, que se cumpla el embargo previo del inmueble. Empero, en este caso ni siquiera se trata de una cuota parte, sino de una porción física que no está individualizada.

Lo anterior pone de manifiesto que para la concreción de la convención prometida no bastaría simplemente con el otorgamiento del acto escriturario de venta, sino también el reglamento de propiedad y la debida individualización de la cosa en el negocio preparatorio. Entonces, debe declararse la nulidad absoluta de dicho contrato.

4. No hay lugar al pago de perjuicios por incumplimiento, porque ante la invalidación del vínculo negocial ningún efecto producen las obligaciones en él consignadas. Del mismo modo, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal en los términos del artículo 1593 del Código Civil.

5. Como consecuencia de lo anterior, deben disponerse las prestaciones mutuas para dejar a las partes en el estado precontractual. Corresponde, por tanto, al demandante la restitución del inmueble, el cual será entregado con sus aumentos y mejoras. Entonces, el dinero que debe pagarse a Gilberto Osorio Villa comprende el precio pagado de $53.000.000 y el valor de las mejoras estimadas en la demanda de $6.400.000, que tienen un monto inferior al dictaminado por el perito.

Empero, el capital debe devolverse indexado para lo cual se debe multiplicar la renta a actualizar por la división del índice de precios al consumidor final (a la fecha de la sentencia) entre el IPC inicial (momento de los pagos). La aplicación de esos factores permite establecer que el precio pagado que debe devolverse es de $79.239.567. Para las mejoras se tiene en cuenta como IPC final el de la época de presentación de la demanda (diciembre de 2010), resultando en una suma actualizada de $9.718.121,17.

Con relación al pago de los frutos a favor de los herederos de Arnulfo Cañas Alzate, no se demostró que el actor fuese un poseedor de mala fe y, además, no percibió frutos del inmueble, dado que solamente residió allí en compañía de su familia. Frente al primer tópico debe precisarse que Gilberto Osorio Villa detentó el inmueble en razón de un contrato que, aunque nulo, legitimaba el ejercicio de sus derechos. Además, el prenombrado cumplió las prestaciones a su cargo, esto es, pagó $53.000.000 y si bien no entregó los restantes $15.000.000 ello se debió a que la escritura nunca se otorgó.

A lo anterior se deben limitar las restituciones en el presente asunto.

6. Finalmente, en los términos del artículo 310 del Código General del Proceso se reconocerá el derecho de retención. Para tal efecto se consignarán las sumas que deben devolverse al demandante en la cuenta de depósitos judiciales y éstas se retendrán hasta tanto se acredite la entrega del bien por el actor, sin perjuicio de la práctica de la diligencia con tal finalidad.

7. Sin costas porque no prosperó la demanda inicial, ni las de reconvención en la forma en la que fue solicitado originalmente, pues no se dispuso el pago de frutos (Art. 365 núm. 5 CGP).

REPAROS DE LA APELACIÓN

1. **La parte demandante fundó su disenso en los siguientes reparos**:

- No era procedente la declaratoria de nulidad absoluta por causa ilícita y por "*desconocimiento*" de los linderos, porque éstos sí constan en la convención preparatoria del 14 de enero de 2009 y fueron reiterados por los contratantes en el otrosí, dejándose claro que el objeto de la negociación era una casa de habitación de tercer piso. Además, en el vínculo negocial concurre la capacidad y el consentimiento de las partes, la solemnidad, el objeto física y jurídicamente posible y causa lícita, aunado a la fijación de un plazo para la celebración del contrato futuro.

Entonces, al concurrir en el pacto todas las exigencias de validez, éste constituye una ley para las partes y no era viable su invalidación.

- El dictamen pericial presentado por el auxiliar de la justicia identificó los linderos del bien objeto del negocio, de suerte que sí se encuentra debidamente determinado. Luego, si el vendedor describió e incluyó el segundo nivel de la edificación en la promesa, ese error es suyo y no puede imputarse al comprador quien lo adquirió de buena fe.

- El demandante se allanó a cumplir el convenio y de ello da cuenta el acta de presentación personal levantada por el Notario Segundo de Rionegro y, a pesar de haber fallecido para la época Arnulfo Cañas Alzate, lo cierto es que la obligación de hacer a su cargo fue transmitida a sus herederos y corresponde a ellos observar la prestación. Además, debe pagarse la cláusula penal por el contratante incumplido y los perjuicios causados.

2. **La alzada propuesta por los demandados** y sustentada en segunda instancia fue la siguiente**:**

- Se equivocó el juez de primer nivel al eximir al actor del pago de los frutos civiles, pues está demostrado que él es un poseedor de mala fe, dado que tenía la convicción de no ser el propietario del bien y que no lo había adquirido por medios legítimos. De ello da cuenta la promoción de la acción de cumplimiento fundada en el contrato de promesa de compraventa que ni siquiera cumplía las condiciones de validez al no especificar los linderos y matrícula de aquello que se pretendía traditar, documento que por demás tampoco cumple las condiciones para considerarse justo título.

Además, Gilberto Osorio Villa conocía o debía saber de la muerte de Arnulfo Cañas Alzate, pues habitaba el mismo inmueble en que residía la familia del fallecido, pero optó por ocultar a sus herederos la existencia del contrato y

buscó sacar provecho de esa circunstancia para que ellos no se enteraran de la demanda.

Tampoco es cierto que el bien inmueble sea improductivo y que por lo tanto esté exento el actor del pago de los frutos; de hecho, "*GILBERTO OSORIO VILLA, ha ocupado el inmueble de mala fe, y nunca ha cancelado suma alguna de dinero por concepto de canon de arrendamiento, como se ha demostrado, esto es se ha dejado de percibir una suma de dinero por dicho uso*".

- El *a quo* denegó el reconocimiento de los frutos causados con posterioridad a la presentación de la demanda, bajo el argumento de no existir tales, puesto que el bien es ocupado por el actor y su familia. Empero, se trata de una interpretación errada de la norma, porque interpuesta y notificada la demanda "*reivindicatoria en reconvención (sic)*", indefectiblemente el convocado por esa vía pasa a ser considerado poseedor de mala fe, en los términos del artículo 964 del Código Civil.

Entonces, por ser Gilberto Osorio Villa un poseedor de mala fe está en la obligación de restituir los frutos que generó el inmueble desde el inicio de su posesión y, en caso de asistirlo buena fe, tal retribución se debe por lo menos desde la notificación de la demanda de reconvención.

CONSIDERACIONES

1. <u>Nulidades y presupuestos procesales</u>

Los presupuestos procesales están reunidos en este caso, y no se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta el presente procesal, de manera que se puede efectuar el examen del asunto litigioso para decidirlo de fondo.

2. **<u>Competencia del superior en sede de apelación</u>**

En atención a que ambos extremos litigiosos confutaron la decisión de primer grado en los aspectos que le son recíprocamente desfavorables, puede la Sala definir la lid sin limitaciones, en los términos del inciso 2 del artículo 328 del Código General del Proceso. Frente a este particular la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> *"En la hipótesis de apelaciones de ambas partes, los mismos preceptos, indistintamente de si son principales o adhesivas, habilitan al juez de segunda instancia para resolver 'sin limitaciones'. Sin embargo, la libertad se encuentra referida únicamente a los puntos de 'toda la sentencia' sobre los cuales los alzados coinciden en formular reparos. No involucra, por tanto, lo que es pacífico para los contendientes."*[1]

[1] CSJ SC3781-2021.

Empero, como la apelación de ambas partes comprende la totalidad del marco decisorio de la sentencia de primer nivel, será completo el escrutinio que en esta sede emprenderá el Tribunal, guiado eso sí, por el desarrollo lógico de los embates propuestos.

3. El asunto debatido

3.1 Marco decisorio de la apelación

El primer aspecto que debe establecer la Sala es si en verdad la promesa de contrato exhibida como fuente obligacional en el presente proceso está viciada de nulidad absoluta al no contener los linderos de aquello que se prometió vender y, en caso contrario, si es procedente disponer su cumplimiento.

En el evento de refrendarse en este punto la sentencia de primera instancia, deberá la Sala determinar si es viable el reconocimiento y pago de los frutos civiles a favor del extremo demandado.

3.2. Las restituciones derivadas de la declaratoria de la nulidad absoluta

En virtud de lo dispuesto en el canon 1746 del Código Civil, la nulidad declarada judicialmente *"da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo".* Ello, comoquiera que en virtud del principio de retroactividad que se desprende del decreto de la señalada sanción, anular un acto o contrato implica su aniquilación hacia el pasado; por lo que, *"las partes tienen la prerrogativa de ser restituidas a la misma situación en que se hallarían de no haber contratado"*[2].

De modo que, cuando el contrato o acto anulado se ha ejecutado en todo en parte por alguno o por ambos contratantes, es que cobra sentido el mandato contenido el artículo 1746 del Código Civil referido a las restituciones mutuas, el cual establece que:

(…) En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el [en el artículo 1747 del Código Civil]".

Las previsiones generales para las restituciones mutuas originadas como consecuencia de declaratoria de la nulidad absoluta, se gobiernan por las reglas establecidas para las prestaciones recíprocas en la reivindicación, artículos 961 a 971 del Código Civil, las cuales según ha dicho la doctrina nacional, tienen

[2] CSJ, sentencia de 13 de agosto de 2003, expediente C-7010, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

sustento en el principio de equidad, a fin de que no se genere un enriquecimiento sin justa causa para alguna de las partes como consecuencia de la anulabilidad del acto o contrato viciado y el correlativo empobrecimiento o perjuicio para la otra[3].

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que:

> *"El efecto general y propio de toda declaración de nulidad es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo por medio de las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes, en las cuales, por virtud del pronunciamiento judicial, cada uno será responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes, todo aquello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto especialmente sobre objeto o causa lícita en que no hay derecho de repetición (…). En esta norma legal (C.C. 1746 y 1747) están previstos y determinados todos los efectos que pueden desprenderse del rompimiento de un vínculo contractual por efecto del pronunciamiento de una nulidad en sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, en la cual, en presencia de las pruebas que se aduzcan en cada caso concreto y de la calificación que al tenor de ella se haga en la de los contratantes, ha de determinarse el alcance y la cuantía de las restituciones mutuas. Los términos de un fallo de nulidad tienen que reflejar la realidad probatoria de cada debate judicial"[4].* (Subrayas fuera de texto).

3.3 Caso concreto

El orden lógico de los ataques propuestos por ambas partes impone estudiar primeramente la apelación del actor, en la medida que de prosperar ésta implicaría la revocatoria de la sentencia y llevado el asunto hasta ese punto, lo procedente sería estudiar la pretensión primigenia de cumplimiento contractual planteada en la demanda, así como el *petitum* resolutorio de la reconvención.

3.3.1. Nulidad absoluta de la promesa de compraventa

La concurrencia de las condiciones de validez es un requisito indispensable para exigir el cumplimiento o la resolución de cualquier convención, así como la indemnización de los perjuicios que en uno y otro caso se hayan irrogado al acreedor por la mora del deudor, de ahí que advierta la Corte Suprema de Justicia que ***"[e]l contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se le impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla****, que se le resuelva el contrato o al pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento"*[5] (Énfasis intencional).

---

[3] CANOSA TORRADO, Fernando. *Las nulidades en el derecho civil, Teoría general de la nulidad del acto y del negocio jurídico.* Tercera edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C., 2019.
[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de octubre de 1958. G.J., t LXXXIX, pág. 445.
[5] CSJ SC1962-2022.

En ese orden, cumple anotar que la omisión *"de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos"* produce su nulidad absoluta, a voces del canon 1741 del Código Civil.

En particular, tratándose de la promesa de contrato, reza el precepto 1611 de la misma obra, subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que aquella sólo produce efectos cuando, además de concurrir las condiciones del canon 1502, cumple los siguientes requisitos: *(i)* que conste por escrito; *(ii)* que el negocio no sea de aquellos que el ordenamiento jurídico declara ineficaces por no concurrir en ellos las condiciones señaladas en la Ley; *(iii)* contenga un plazo o condición que fije la época para celebración contrato prometido y, además, *(iv)* esté suficientemente determinado el convenido futuro de modo tal que únicamente baste para su perfeccionamiento la tradición o las formalidades legales.

Pues bien, en el presente asunto el juez de Rionegro estimó que el bien sobre el que versó el contrato prometido no estaba debidamente individualizado, en la medida que los linderos citados en el documento que condensa el negocio preparatorio en realidad corresponden al segundo nivel de la edificación y no al tercero, siendo éste último el objeto sobre el que versó el compromiso.

A su turno, el actor alega que la declaratoria de nulidad absoluta era improcedente en la medida que las colindancias sí constan en la convención y fueron reiteradas por lo contratantes en el otrosí, al dejar por sentado que la negociación versaba sobre el tercer piso. Además, porque el auxiliar de la justicia Saulo de Jesús Montoya describió en la experticia los linderos que echa de menos el juez. Con todo, agregó, en el contrato preparatorio concurren las condiciones de licitud en el objeto y la causa, capacidad y consentimiento de los extremos contratantes, la solemnidad legal y el señalamiento de un plazo para celebrar el contrato futuro.

Entonces, resulta indispensable que la Sala examine en detalle el contrato de promesa de compraventa, su respectiva adenda y confronte esa información con los demás medios de prueba con el fin de establecer si, en verdad, el objeto contractual está debidamente individualizado.

Para esclarecer ese cuestionamiento es conveniente aludir a las siguientes circunstancias que encuentran respaldo en la prueba practicada:

a) El 14 de enero de 2009 Arnulfo Cañas Alzate y Gilberto Osorio Villa suscribieron un contrato de promesa de compraventa, por virtud del cual el primero se obligó a transferir al segundo, previa celebración de la correspondiente escritura pública, el dominio y la posesión sobre una *"**CASA DE HABITACIÓN TERCER PISO CALLE 59D N° 53B-40:** Ubicado en el Barrio Horizontes, área urbana del Municipio de Rionegro, con una superficie aproximada de*

72,80 m²", distinguido con la matrícula 020-43364. Los linderos del bien citados en el documento son los siguientes:

> *"Por el Norte en 12.00 metros con muro medianero que lo separa de las casas levantadas sobre los lotes 5 y 6, por el Sur, en 12.00 metros con vacío sobre zona verde, por el Oriente, en 8.00 metros, con vacío sobre zona verde, por el Occidente, en 8.00 metros con el muro medianero que lo separa de la casa levantada sobre el lote número 11, por el nadir, con losa de concreto de dominio común que sirve de techo a la casa del primer piso y por el cenit, techumbre del edificio con propiedad de dominio común."*

b) Posteriormente, los contratantes celebraron un otrosí en el que modificaron la fecha se suscripción de la escritura; hicieron constar que el inmueble *"ya fue entregado materialmente al señor Osorio Villa quien de inmediato inició obras de remodelación";* que el promitente comprador *"abonó en dinero efectivo la suma de cincuenta y tres millones de pesos (53.000.000.oo)"* y que los $15.000.000 restantes del precio se pagarían dentro de los cuatro meses siguientes la suscripción de la escritura.

   Reafirmaron también que la venta versaba sobre el *"apartamento en tercer piso ubicado sobre el segundo que se distingue con la matrícula inmobiliaria No. 020-43364, que tiene una cabida aproximada de 72,80 mts, cocina, lavadero pequeño, dos alcobas y una en el mesanine* (sic)*, un mirador, dos baños, construido en material, techo de barro -teja-, situado en la calle 59D Nro. 53B-40 del barrio Horizontes de Rionegro Antioquia"*

c) Consta en el certificado de tradición 020-43364 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Rionegro que dicho inmueble corresponde al *"LOTE 10 CASA SEGUNDO PISO"*, ubicado en la manzana J de la urbanización Horizontes de Conaprov. Los linderos del citado inmueble son exactamente los mismos que se relacionaron en la promesa de venta, según se verifica a partir de la Escritura 67 del 15 de enero de 1997 de la Notaría Primera de Rionegro.

La revisión desprevenida del negocio preliminar permitiría concluir que la citación de los linderos, área y matrícula inmobiliaria logran una caracterización suficiente del bien cuya venta planificaron los contratantes. Sin embargo, el contraste de esa información con los demás medios de convicción y, particularmente, con el registro inmobiliario y el título escriturario, descarta que el contrato preparatorio cumpla la comentada exigencia.

En efecto, si los linderos, área y matrícula inmobiliaria trasuntados en la promesa corresponden en realidad al segundo nivel de la edificación, lo que de tal aserto se sigue es que el tercer piso, objeto de la negociación, no fue suficientemente individualizado. Ciertamente, al tratarse de cuerpos ciertos es físicamente imposible que ambos niveles tengan exactamente la misma descripción y linderos, porque no comprenden el mismo espacio.

Para confirmar lo anterior baste revisar las colindancias por el nadir "*con losa de concreto de dominio común que sirve de techo a la casa del primer piso*" y por el cenit *"techumbre del edificio con propiedad de dominio común"*; si esa delimitación en verdad correspondiera al tercer nivel del edificio sería imposible que el límite inferior se estableciera con el primer nivel, en vez del segundo como lo pretendió mostrar Gilberto Osorio en el escrito inaugural. Tampoco quedó superada esa deficiencia en el otrosí, porque nuevamente los contratantes insistieron que la matrícula del tercer piso era la 020-43364, con una cabida aproximada de 72,80 m^2, redundando en el yerro en el que incurrieron en la convención inicial.

Por otra parte, no tiene acogida en esta sede el reparo propuesto por el demandante, según el cual *"si el vendedor describió e incluyó el segundo nivel de la propiedad en la promesa de venta, es un error de éste y no del comprador que adquirió la vivienda de buena fe"*.

Considera la Sala que en realidad no existió un error en cuanto a la identidad del objeto por ninguno de los contratantes, porque tanto en la promesa como en su adenda ambos extremos negociales tuvieron plena convicción de que aquello que respectivamente convinieron vender y comprar, recíprocamente, fue el tercer nivel de la edificación.

Secuela lógica de lo anterior es que, al no haberse descrito los linderos de lo efectivamente prometido, sino de una cosa diferente, aflora nítida la indeterminación del objeto de la convención planeada.

Para el Tribunal el defecto estudiado tiene la entidad suficiente para viciar de nulidad el contrato. Repárese que la naturaleza preparatoria, transitoria y preliminar de este tipo contractual impone el establecimiento de unas *"bases ciertas, claras y vinculantes, esto es, el marco jurídico suficiente, que conduzca a la efectiva perfección del acuerdo final"*[6], porque en puridad, de aquel sólo surge una obligación futura de hacer, consistente en llevar a efecto el negocio planeado, pero para ello es preciso que se establezcan claramente los elementos esenciales de la convención futura.

Ciertamente, no autoriza la Ley prometer la enajenación de un inmueble ante una indeterminación como la que en esta oportunidad se observa, pues de vieja data la jurisprudencia reconoce que para dar por satisfecho el requisito en estudio en los eventos en que el negocio futuro comporta la enajenación de un inmueble es necesario (y suficiente) la descripción de sus colindancias, incluso cuando se trate de una porción desgajada de un bien de mayor extensión:

> *"En frente a lo preceptuado por la regla 4ª del precitado artículo 89 de esa Ley 153, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado siempre esa disposición legal en el sentido de que, cuando la promesa verse sobre contrato de enajenación de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar en ella por los linderos que los*

[6] CSJ SC5690-2018.

distinguen de cualquiera otro, y cuando se refiera a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse éste en la misma forma, es decir, por sus alindaciones especiales. La razón de esta doctrina jurisprudencial, que otrora se hacía estribar en el contenido del artículo 2594 del Código Civil, se encuentra hoy en las ordenaciones del Decreto 960 de 1970, según las cuales los inmuebles que sean objeto de enajenación 'se identificarán…por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos"[7]

En época más reciente dijo el Alto Tribunal:

"[El] *requerimiento acerca de la determinación del inmueble que ha de enajenarse en virtud del contrato prometido, se pone en el alindamiento y ubicación del inmueble como forma cabal de identificarlo, sin que ello signifique, agrega ahora la Corte, que no existan hoy por hoy otros medios que, quedando expresados en el texto mismo de la promesa, logren la misma finalidad <identificante>, con lo cual se cumple el propósito de que el bien raíz sobre que versará la compraventa no pueda ser confundido con otro, sin que exista razón para exigir la mención concurrente a todos ellos en la promesa, junto con los que ha venido destacando como obligatorios la jurisprudencia de esta Sala."*[8]

Ahora, aunque el actor argumenta que el dictamen pericial describió los linderos del tercer piso, lo cierto es que ese es un elemento exógeno al negocio, que no proviene del concurso de voluntades de los contratantes y sólo se trata de información obtenida en el curso del proceso que no tiene por efecto complementar las estipulaciones del contrato.

Súmase a todo lo anterior que el bien no tiene un folio de matrícula independiente, por lo que no puede considerarse como una unidad inmobiliaria a voces del literal b) del artículo 2° de la Ley 1579 de 2012 (Estatuto de Registro), circunstancia que impide su individualización por ese medio. Ciertamente, en el certificado de tradición 020-43364 no figura nota de haberse efectuado modificación al reglamento de propiedad horizontal o de haberse abierto un nuevo folio, como lo dispone el canon 52 de la citada Ley:

"*Artículo 52. Apertura de matrícula en Registro de Propiedad Horizontal. Al constituirse una propiedad por pisos, departamentos, propiedad horizontal o condominio, se mantendrán el registro catastral y el folio de matrícula correspondiente al edificio en general, con las debidas anotaciones, para lo relativo a los bienes de uso común.* ***Para las unidades privadas de dominio pleno resultantes de la constitución de propiedad por pisos u horizontal, se abrirán los correspondientes registros catastrales y folios de matrículas independientes, segregados del registro y del folio general, tanto para señalar su procedencia, como para indicar la cuota que a cada propietario individual corresponde en los bienes comunes****. En el registro catastral y en el folio de matrícula general, como en los registros y folios individuales, se sentarán recíprocas notas de referencia."*

[7] CSJ SC 2 ag 1985, G.J. CLXXX, pág. 226.
[8] CSJ SC004-2015.

Adicionalmente, detállese que en el informe decretado como prueba de oficio la Secretaría de Ordenamiento Territorial de Rionegro indicó que en esa dependencia únicamente figura la licencia de construcción para una vivienda unifamiliar de **segundo nivel** y mansarda otorgada a Arnulfo Cañas, respecto del inmueble con matrícula 020-43364 y que *"*[s]*obre el mismo predio no se encontró solicitud diferente a la ya referenciada."*.

Por todo lo anterior, no prosperará este reparo. Tampoco hay lugar a examinar una eventual condena al pago de la cláusula penal, porque a voces del precepto 1593 del Código Civil, en atención al carácter accesorio de esa estipulación, *"**La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal**, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal."*

Las demás censuras relacionadas con la ejecución del contrato por los herederos del promitente vendedor quedan también sustraídas del estudio del Tribunal, en la medida que el fracaso de primer reparo conlleva inexorablemente a confirmar la declaratoria de nulidad absoluta y siendo la concurrencia de todas las condiciones de validez el presupuesto para demandar el cumplimiento de cualquier negocio jurídico[9], resulta superflua cualquier disquisición adicional.

3.3.2. Condena al pago de frutos

La apelación del extremo demandado se concentra exclusivamente en la negativa de la primera instancia a imponer la condena al pago de los frutos civiles. Expuso *grosso modo* que el demandante ocupó de mala fe el inmueble, puesto que no cumplió las obligaciones a su cargo (pago del precio restante); fundó su posesión en un título que no reunía las condiciones de validez; ocultó a los herederos la existencia de la convención preparatoria y pretendió valerse de esa circunstancia para que ellos no se enteraran de la demanda.

Agregó que, admitiéndose la buena fe de Gilberto Osorio Villa, a partir de la notificación de la demanda de reconvención él estaría obligado a pagar los frutos que pudieron haber percibido los herederos de Arnulfo Cañas Alzate con mediana inteligencia desde la notificación de la contrademanda.

Como se anunció preliminarmente, la invalidación del vínculo negocial *"da las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo"*. Preceptúa la Ley que al restablecerse las condiciones precontractuales cada parte responderá por la pérdida de las especies o su deterioro, los intereses, frutos, mejoras necesarias, útiles o voluptuarias "*tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales*" (Art. 1746 CC).

---

[9] Sobre el particular ha señalado la Corte Suprema de Justicia: *"La nulidad del contrato de promesa de compraventa, ciertamente impide cumplir la prestación de celebrar el contrato prometido, porque esa declaración apareja su aniquilación y la disolución de sus efectos finales."* CSJ SC 13 Ag. 2003.

Empero, la jurisprudencia ha señalado con claridad que las prestaciones mutuas y más concretamente, la de los frutos que se imponen como secuela de la invalidación de un negocio jurídico –aunque sea preparatorio- no está limitada temporalmente al momento de la notificación de la demanda (Art. 964 inc. 3 CC) y la buena o mala fe del contratante se mira exclusivamente para determinar la clase de frutos a cuyo pago será obligado (percibidos u obtenibles):

> *"***[L]*a restitución de frutos, como consecuencia de la invalidez de la promesa de permuta, si bien se regula por las reglas generales de las prestaciones mutuas consignadas en el Capítulo 4o. del Título 12 del Libro 2o. del Código Civil, porque así lo dispone el artículo 1746 de la misma obra , no por ello es dable aplicar el límite temporal (la notificación de la demanda al demandado) que el artículo 964 - inmerso en dicho capítulo- establece a efectos de determinar desde cuándo está la parte obligada a restituir los frutos**, «porque entonces se haría nugatorio el efecto general y propio de toda declaración de nulidad, y desde luego, de la de fenómenos afines, cual es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo» (CSJ SC 059 1995, del 15 de junio de 1995, rad. 4398).*
>
> *"En otras palabras, siempre que sea declarada la nulidad de un acto o contrato, las cosas han de retrotraerse al estado en que las partes se hallaban antes de su celebración, lo que subsecuentemente abarca toda entrega o cumplimiento –en la medida de lo posible- que los contratantes en virtud del convenio, hayan llegado a efectuar, por supuesto, con cargo de restituir asimismo las especies de que da cuenta el precepto anotado, y dentro de ellas, **los frutos, tomándose en cuenta la buena o mala fe de las partes, entre otras circunstancias, pero sólo para saber qué tipo de frutos son los debidos: si los percibidos o si éstos y los que además hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.**"*[10]

Y concluyó en esa oportunidad la Corte:

> *"De acuerdo con lo anterior, el análisis efectuado por el Tribunal ad quem a fin de verificar desde cuándo debía tasar los frutos que las partes debían por las cosas que habían recibido de la otra partió de un supuesto legal equivocado, como fue considerar la buena o mala fe de los contratantes, pues este aspecto únicamente cobra importancia para la determinación del tipo de frutos (percibidos u obtenibles) que deben restituirse y no para la fecha a partir de la cual se deben, que, se itera, **en el caso de la nulidad declarada, es desde la fecha del contrato nulo y, en su defecto, desde la entrega o cumplimiento de la obligación dimanante de ese contrato, a la sazón cumplida total o parcialmente**."*[11]

Precisado lo anterior, se estudiará en primer lugar la comprobación de la mala fe del demandante a efectos determinar qué especie de frutos estaría en la obligación de devolver y, seguidamente, se examinará si las pruebas dan cuenta de su causación de aquellos. Son relevantes para establecer lo anterior los siguientes medios de convicción:

---

[10] CSJ SC5060-2016.
[11] CSJ SC5060-2016.

a) Los **testimonios Elvia Ruth Tamayo de Osorio, Gloria Estela y Alba Lucía Osorio Tamayo**, cónyuge e hijas del demandante, respectivamente, dan cuenta de que el tercer piso del edificio está destinado a la vivienda de Gilberto Osorio y su familia.

b) En sentido similar, en su **declaración Sandra Rubiela Ospina Herrera**, cónyuge del heredero demandado Jairo de Jesús Cañas, refirió que desde el primer momento en que fue entregado el apartamento a Gilberto Osorio, él lo ha habitado en compañía de su familia. Agregó que en alguna ocasión su esposo le ofreció al demandante la devolución de la parte del precio pagada ($53.000.000) u otorgarle una escritura sobre el 50% del inmueble, pero él no aceptó ninguna de tales propuestas. Añadió que el actor entregó Jairo Cañas $53.000.000 de la negociación adelantada con el fallecido Arnulfo Cañas y que desconoce en cuánto tiempo se pagarían los restantes $15.000.000

c) A **Luis Carlos Santa Henao** y **Ángel María Cardona** (cónyuge de la heredera Ana Ofelia Cañas) no les consta de manera directa los términos de la negociación. Únicamente se refirió por Santa Henao que el demandante impidió la ejecución de unas obras en la fachada de la edificación que habían sido contratadas por Jairo de Jesús Cañas, alegando que el tercer piso le pertenecía.

d) El heredero **Jairo de Jesús Cañas** dijo que el precio total de la venta prometida era de $68.000.000, que el demandante pagó $53.000.000, pero la escritura de venta no se otorgó, debido a los quebrantos de salud y posterior muerte de su padre Arnulfo Cañas. Añadió que el 14 de mayo compareció a la notaría en compañía de su padre para suscribir el instrumento público, pero que Gilberto Osorio se negó a signarlo aduciendo que era "*proindiviso*" y que así no aceptaría la escritura.

e) El demandante **Gilberto Osorio Villa** manifestó en el interrogatorio que el negocio en realidad se adelantó por intermedio de Jairo Cañas. Dijo que con posterioridad a la fecha en que debió suscribirse la escritura lo requirió infructuosamente para cumplir lo pactado. Que posteriormente Jairo le propuso celebrar una venta de acciones y derechos hereditarios de "50 y 50" y que el tercer piso quedaría como suyo, a lo que se negó porque el notario le dijo que *"eso no se podía hacer así"*. Agregó que Jairo *"mandó la carta al inquilino GABRIEL VERGARA y me entregaron la casa el 31 de enero de 2009 y el 21 de febrero la ocupé, fecha desde la cual vivo allá en forma quieta, pacífica y tranquila"*. Además, dijo haber ejecutado varias mejoras a la edificación.

Este brevísimo compendio de las declaraciones de las partes y de los terceros no permite acreditar las conductas que califican los recurrentes como constitutivas de mala fe en el demandante. Ciertamente, repárese que la apreciación en conjunto de tales dichos permite establecer que luego del fallecimiento del promitente vendedor, Gildardo Osorio Villa y Jairo de Jesús Cañas mantuvieron conversaciones tendientes a finiquitar el negocio prometido, de suerte que la hipótesis según la cual el actor ocultó a los herederos la existencia del contrato y no hizo nada para obtener el cumplimiento frente a ellos, no tiene ningún respaldo probatorio.

Todo lo contrario, el heredero Jairo de Jesús Cañas y su cónyuge Sandra Rubiela Ospina declararon que luego del fallecimiento del padre de éste, se intentó llegar a diferentes acuerdos con el promitente comprador ofreciéndole la transferencia de una cuota parte del bien o la devolución del precio. De modo que no se deduce de las pruebas un actuar soterrado o engañoso de Gilberto Osorio Villa, luego de ocurrido el deceso de Arnulfo Cañas.

Se alega también que el demandante tenía plena convicción de no ser el verdadero propietario del inmueble, porque demandó el cumplimiento del contrato de promesa compraventa, convención ésta que ni siquiera reunía todas las condiciones de validez, ni las características para ser un justo título.

Pareciera que el reparo va dirigido a derivar la mala fe del demandante a partir de la comisión de un error de derecho, puesto que al faltarle un requisito de validez a la promesa de venta y siendo éste el título del que se derivó la relación material con la cosa, sería aplicable la presunción de derecho que establece el inciso final del artículo 768 del Código Civil[12], pues explícitamente se cita ese canon normativo en el recurso.

Sin embargo, un razonamiento de ese tipo no se compadece con la vigente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y entremezcla indebidamente efectos jurídicos que son propios del fenómeno estrictamente posesorio con aquellos supuestos que sobrevienen a la declaratoria de nulidad de un contrato.

En efecto, aunque es innegable que un título nulo no puede considerarse justo, porque la máxima falladora en materia civil estima desde hace tiempo que tal atributo es predicable únicamente de *"todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y* ***válido****, sería apto para atribuir en abstracto el dominio"*[13] y, además, que en el caso que juzga el Tribunal la nulidad proviene precisamente de un punto de derecho (falta determinación de la cosa prometida

---

[12] *"Artículo 768. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio.*
(…)
Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario*."*

[13] CSJ SC 4 feb. 2013, exp. 11001-31-03-007-2008-00471-01.

en venta), tales circunstancias no conducen inevitablemente a presumir la mala fe, porque la consecuencia jurídica que contiene el inciso último del artículo 778 ya citado, al tener un carácter sancionatorio deber ser aplicado de forma restrictiva y no puede hacerse extensivo al supuesto aquí analizado, como lo ha explicado el Alto Tribunal:

> *"Es notorio que esta última presunción* [por error de derecho] *sea considerada como una excepción del legislador al postulado de la buena fe que, a más de principio general del derecho, hoy ostenta rango constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 83 de la Constitución Política.* ***De modo que ese carácter excepcional, además de su índole sancionatoria, torna al precepto que contiene la presunción de derecho de mala fe (inciso cuarto del artículo 768 del Código Civil) en disposición de aplicación restringida únicamente a ese ámbito posesorio dentro del cual está delineada, no siendo por consiguiente aplicable para deducir inexorablemente el estado subjetivo (buena o mala fe) de los contratantes al momento de la celebración del contrato a la sazón nulo****."*[14] (Énfasis intencional).

Entonces, ninguno de los reparos de orden fáctico o jurídico enrostrados frente a la decisión de primer grado tiene la entidad suficiente para demostrar la mala fe de Gilberto Osorio Villa. Al contrario, el examen conjunto de las pruebas permite establecer que en el devenir negocial el demandante procedió de buena fe.

Detállese que el negocio preparatorio se celebró con el verdadero propietario del inmueble, lo que denota la convicción de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla. En segundo término, se logró acreditar a partir de los interrogatorios y el otrosí, que el actor pagó $53.000.000 de los $68.000.000 que constituían el precio pactado. Además, el apartamento le fue entregado voluntariamente por el promitente vendedor y no medió para tal efecto ningún artilugio o engaño, sino que ese desprendimiento de la tenencia obedeció a la entrega anticipada en virtud del vínculo negocial.

Aunque se cuestiona por los demandados que Gilberto Osorio Villa no cumplió con el pago de los $15.000.000 restantes, debe decirse que dicha prestación no era concomitante a la entrega del bien o a la llegada del día de otorgamiento de la venta prometida, pues en la adenda a la convención inicial se concedió al promitente comprador un plazo de *"4 meses después de firmada la escritura pública"*. Si bien esta es una cuestión que ahora no tiene ninguna relevancia en términos contractuales –amén de la invalidación del vínculo obligacional-, lo cierto es que el cumplimiento oportuno de las prestaciones que eran en principio exigibles denota un actuar conforme a derecho del promitente comprador.

En conclusión, no está demostrada la mala fe de Gilberto Osorio Villa y, por lo tanto, únicamente estaría obligado a devolver los frutos efectivamente percibidos, concretamente, los de carácter civil en atención a la naturaleza del

---

[14] CSJ SC5060-2016.

inmueble, esto es, los que consisten en *"precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido"* (Art. 717 C.C.).

Ahora bien, contrario a lo argumentado por el juez de primer nivel, la circunstancia de haberse habitado el bien por el actor y su familia no lo exime por sí sola de la obligación de restituir los frutos, al menos por cuatro razones.

La primera, de orden normativo, es que partir de la *litis contestatio* el detentador del bien debe ser tratado como poseedor de mala fe en los términos del artículo 964 del Código Civil y, en consecuencia, *"es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder"*.

Es decir, a partir de la notificación de la primera demanda de reconvención en la que se reclamaba por los herederos de Arnulfo Cañas Alzate la nulidad del contrato (enterada por estado el 24/08/2011, pág. 13, Arch. 004), el actor quedó obligado a la devolución de los provechos generados por el bien o los que con mediana diligencia hubiere podido generar, entendimiento que en su jurisprudencia actual ha otorgado la Corte Suprema de Justicia al precepto en comento:

> *"Sobre este particular, la Sala, en relación con el artículo 964 del Código Civil, ha observado que dicha norma "establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibídem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-,* ***pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba****" (Cas. Civ., sentencia de 16 de septiembre de 2011, expediente No. 19001-3103-003-2005- 00058-01; se subraya). No sobra destacar que esta posición de la jurisprudencia que ha sido constante desde hace varios lustros, al precisarse en su momento que "[c]uando los arts. 964 y 966 del C.C. hablan de contestación de la demanda, no se refieren al hecho material de la respuesta del demandado al libelo con que se inicia el juicio, sino al fenómeno de la litis contestatio, o sea a la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda"*[15]

La segunda razón, también normativa, consiste en que por el solo hecho de la inexistencia actual de frutos tampoco excluye su restitución, pues bien sabido es que el inciso 2 del citado artículo 964 preceptúa que *"Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción"*, de suerte que habiéndolos percibido o no quien tenía en su poder la cosa o extinguiéndose o deteriorado en su poder, en cualquier caso, queda sujeto a devolver unos y otros a partir de la notificación de la demanda.

---

[15] CSJ SC5513-2021.

El tercer motivo, porque atendiendo al principio de equidad ninguna justicia tendría que el demandante haya usufructuado el inmueble durante el curso del proceso (12 años) y a cambio de ello no tuviera ninguna prestación a su cargo. Detállese que pese a no haber explotado el bien entregándolo en arrendamiento o destinándolo a alguna actividad productiva, Gilberto Osorio Villa residió allí supliendo de esta manera las necesidades de vivienda de él y de su familia, es decir, por virtud del contrato a la postre declarado nulo no debió asumir la erogación del pago de un canon de arrendamiento. Luego, en vista de la invalidación de la convención preparatoria que le confirió la tenencia, ninguna fuente obligacional sustentaría, por una parte, su enriquecimiento (considerado como los egresos patrimoniales en los que normalmente hubiese incurrido de no haber tenido el inmueble en su poder) y por la otra, la privación del uso y goce del bien por el propietario o sus herederos.

Justamente, las prestaciones mutuas consecuenciales a la declaración de nulidad de una convención buscan el restablecimiento de la situación jurídica precontractual y de las condiciones económicas de los concertantes, pero observando un parámetro de equidad. Así, por ejemplo, en palabras de la Corte Suprema de Justicia *"si el bien que generó los frutos es un inmueble, debe procurarse que el beneficiario final de aquellos pueda adquirir con el dinero que se le liquida el uso y goce del mismo predio u otro semejante por el mismo tiempo que el obligado a abonárselos los disfrutó."*[16]

Como último argumento, éste de orden fáctico, considera el Tribunal que está suficientemente probado que el bien generaba y podía generar frutos civiles, concretamente, la renta producto de entregarlo en arrendamiento. En efecto, del interrogatorio absuelto por el actor se deduce diáfanamente que antes de entregarlo a su favor Jairo Cañas *"mandó la carta al inquilino GABRIEL VERGARA y me entregaron la casa el 31 de enero de 2019 y el 21 de febrero la ocupé, fecha de la cual vivo allá en forma quieta, pacífica y tranquila."*.

En el mismo sentido, en el parágrafo de la cláusula quinta del contrato de preliminar se consignó que el promitente vendedor "*entregar*[á] [el bien] *sometido al Régimen de Propiedad Horizontal y* ***desocupado por los inquilinos que actualmente habitan en él en calidad de arrendamiento***".

Ahora, para establecer el *quantum* de los frutos civiles el único medio de prueba que obra en el expediente es el juramento estimatorio que realizaron los herederos de Arnulfo Cañas Alzate, quienes estimaron que dicho rubro, consistente en un canon de arrendamiento ascendía a la suma de $500.000 mensuales desde el 31 de enero de 2009. En efecto, el juramento estimatorio elevado por la parte demandante en reconvención bajo la égida del artículo 10 de

[16] CSJ SC2217-2021.

la Ley 1395 de 2010[17], modificatorio del canon 211 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época, constituye prueba del monto del rubro reclamado.

Aunque en el plenario militan dos dictámenes periciales, del primero de ellos, oportunamente pedido y practicado con sujeción a las reglas procesales vigentes para la época, no se extrae ninguna información acerca de la renta generada por el inmueble y sobre esta materia no versaron las solicitudes de aclaración, adición, ni la objeción por error grave propuesta por la parte demandada.

Frente a la segunda experticia, estima la Sala que ésta no fue legalmente ordenada e incorporada al proceso, de acuerdo con las normas probatorias que regían su decreto y práctica, pues para esa época la designación de los peritos debía cumplirse de acuerdo con el artículo 8° del Código de Procedimiento Civil de la lista de auxiliares de la justicia y para cumplir el encargo debía previamente tomársele posesión en los términos del canon 236 ibidem, formalidades estas que se pretermitieron en el segundo dictamen. Repárese que éste fue allegado por la parte demandada y **nunca fue ordenado por el juez de primer nivel**; además, en el régimen de la codificación adjetiva anterior, la prueba técnica se producía enteramente en el curso del proceso.

Adicionalmente, el dictamen trató de nuevo los temas de la experticia inicial, procediendo en contravía del inciso 2 del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *"sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro"*, sin que pueda estimarse que el segundo haya sido producido durante la objeción por error planteada por el extremo pasivo, pues a aquella no se le dio curso en vista del impago de los honorarios por la parte objetante.

Finalmente, aunque el perito estimó que los frutos en $600.000 mensuales, dicho monto tampoco podría ser acogido por la Sala, porque excede lo que por este rubro pidió y estimó bajo juramento la demandante en reconvención, amén de la regla de congruencia según la cual *"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta"*.

En consecuencia, revocará el Tribunal parcialmente la sentencia en cuanto denegó el reconocimiento de los frutos a favor de los demandados y, en su lugar, se condenará a Gilberto Osorio Villa al pago de los provechos que el bien hubiere podido producir desde el 24 de agosto de 2011 hasta la emisión de esta sentencia,

---

[17] "*Artículo 211. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión*."

sin perjuicio de la liquidación de los que se causen hasta la entrega efectiva del bien.

Para tal efecto, como se dijo, se tendrán como frutos civiles el monto de $500.000 mensuales a partir de la notificación de la primera demanda de reconvención. Adicionalmente, ese monto será indexado siguiendo el actual y reciente criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, expuesto ampliamente en la sentencia SC 2217 de 2021 y reiterado en las decisiones SC 5513 de 2021 y SC 3103 de 2022:

> *"Se concluye, entonces, que no existe obstáculo para que en materia de restitución de frutos lo Corte no aplique el mismo criterio de actualización que ha reconocido frente al precio, pues no hacerlo conlleva una evidente injusticia que se puede remedir acudiendo esencialmente a los criterios constitucionales de equidad y reparación integral, lo cual realiza el mandato legal de dejar las partes, en lo posible, en el mismo estado que se hallarían si no hubiesen contratado, en la medida que el artículo 964 del Código Civil no está limitando el reconocimiento al precio en dinero que tenían los frutos al tiempo que se percibieron (percepti) o debieron serlo, sino a su 'valor' que como tal es una variable que mantiene su aptitud intrínseca de servir en cualquier tiempo para la adquisición de su equivalente en determinados bienes y servicios."*[18]

Adicionalmente, estima el Tribunal que el valor de los frutos obtenibles, que en este caso se reducen al canon que se hubiere podido percibir el propietario o sus herederos, debe ser ajustado siguiendo el parámetro establecido por el artículo 20 de la Ley 820 de 2003, por tratarse de bien urbano. Pero no ha de confundirse esa operación con el de corrección monetaria, pues el de reajuste atiende únicamente a establecer el valor que los cánones hubieren tenido para el momento en que debieron percibirse, pero no tiene la virtualidad traerlos a valor presente, función que cumple la indexación. Así lo explicó la máxima falladora en materia civil en la decisión a la que se acaba de hacer referencia:

> *"Norma esta que a la luz de la anterior* [refiriéndose, en su orden a los artículos 1746 y 964 del Código Civil] *y de los principios de equidad y reparación integral, amén de su propio tenor, conduce a la necesidad de que dichos frutos se actualicen a la fecha de su pago desde el momento en que el beneficiario efectivamente debió percibirlos, para lo cual se aplicará la variación del índice de precios al consumidor durante el respectivo periodo, máxime si se pondera que fueron tasados en cánones de arrendamiento, y que precisamente la Ley 820 de 2003 que regula este aspecto en el tema de la vivienda urbana tiene en cuenta tal indicador económico para los incrementos que autoriza.*
>
> *"Por supuesto que el aumento anual que dichos cánones tuvieron no modifica lo que se acaba de expresar, en la medida que tuvo la función interna de reajustar su precio para el año en que debieron percibirse, pero en modo alguno cumple la misión de actualizarlos desde entonces y hasta su pago."*[19]

[18] CSJ SC2217-2021.
[19] CSJ SC2217-2021.

Las operaciones aritméticas para el reajuste son las siguientes, aclarando que éste se produce de forma anual cada 24 de agosto:

AÑO	VALOR CANON	IPC AÑO ANTERIOR	VALOR REAJUSTE	TOTAL AÑO CON REAJUSTE
2011-2012	$ 500.000,00	N/A	N/A	$ 6.000.000,00
2012-2013	$ 500.000,00	3,73%	$ 518.650,00	$ 6.223.800,00
2013-2014	$ 518.650,00	2,44%	$ 531.305,06	$ 6.375.660,72
2014-2015	$ 531.305,06	1,94%	$ 541.612,38	$ 6.499.348,54
2015-2016	$ 541.612,38	3,66%	$ 561.435,39	$ 6.737.224,69
2016-2017	$ 561.435,39	6,77%	$ 599.444,57	$ 7.193.334,81
2017-2018	$ 599.444,57	5,75%	$ 633.912,63	$ 7.606.951,56
2018-2019	$ 633.912,63	4,09%	$ 659.839,66	$ 7.918.075,88
2019-2020	$ 659.839,66	3,18%	$ 680.822,56	$ 8.169.870,69
2020-2021	$ 680.822,56	3,80%	$ 706.693,81	$ 8.480.325,78
2021-2022	$ 706.693,81	1,61%	$ 718.071,59	$ 8.616.859,02
2022-2023	$ 718.071,59	5,62%	$ 758.427,21	$ 9.101.126,50
2023	$ 758.427,21	13,12%	$ 857.932,86	$ 857.932,86
			TOTAL	$ 89.780.511,03

Aplicados los correspondientes reajustes se procede con la indexación de los valores usando la siguiente fórmula:

$$VA = VH \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

Donde,

VA= Valor actualizado
VH= Valor histórico

Se tendrá como IPC inicial el del agosto de cada año e IPC final el último certificado por el Dane para agosto de la anualidad en curso (135,39). **No se actualizarán los cánones generados durante el 2023, pues por su proximidad en la causación no se ve considerablemente afectada por los factores macroeconómicos a los persigue hacer frente la corrección monetaria.**

AÑO INDEXADO	CANON ANUALIZADO	IPC FINAL	IPC INICIAL	VALOR INDEXADO
2011	$ 6.000.000,00	135,39%	75,39%	$ 10.775.169,12
2012	$ 6.223.800,00	135,39%	77,73%	$ 10.840.605,71
2013	$ 6.375.660,72	135,39%	79,50%	$ 10.857.870,50

2014	$ 6.499.348,54	135,39%	81,90%	$ 10.744.161,16
2015	$ 6.737.224,69	135,39%	85,78%	$ 10.633.630,81
2016	$ 7.193.334,81	135,39%	92,73%	$ 10.502.594,63
2017	$ 7.606.951,56	135,39%	96,32%	$ 10.692.537,08
2018	$ 7.918.075,88	135,39%	99,30%	$ 10.795.853,91
2019	$ 8.169.870,69	135,39%	103,03%	$ 10.735.890,45
2020	$ 8.480.325,78	135,39%	104,96%	$ 10.938.941,57
2021	$ 8.616.859,02	135,39%	109,62%	$ 10.642.551,93
2022	$ 3.033.708,84	135,39%	121,50%	$ 3.380.525,43
			TOTAL	**$ 121.540.332,30**

A la anterior suma deben agregarse los frutos causados durante 2023 que no fueron indexados que ascienden a $6.925.350,52 para un total de **$128.465.682,82** por concepto de frutos causados entre el 24 de agosto de 2011 y la fecha de emisión de esta sentencia.

No obstante, por disposición del inciso final del precepto 964 del Código Civil, al obligado a la restitución de los frutos deben abonársele los gastos ordinarios invertidos en su producción, que según criterio jurisprudencial corresponde al 15% de los provechos una vez indexados, salvo prueba en contrario:

> "*En observancia plena del postulado constitucional de equidad, debe atenderse que la producción de frutos civiles requiere la incursión en gastos, y ante la falta de prueba en contrario, del quantum concreto de tales expensas o de su comprobación en un rango inferior o superior, la Corte ha estimado que una reducción del valor indexado de los frutos en proporción del 15% es «justa y equitativa, atendiendo los gastos normales que hay que realizar para la obtención de frutos durante una administración de los bienes productores de rentas"*[20].

Por lo anterior, del importe de los frutos se deducirá un 15% que se reconocerá al demandante como el monto de los gastos invertidos en su producción, es decir, el valor de $19.269.852,423. En consecuencia, los frutos que debe restituir Gilberto Osorio Villa a favor de los herederos de Arnulfo Cañas Alzate corresponden a **$109.195.830,397.**

3.3.3. Actualización de la prestación dineraria a cargo de los demandados

Resueltos los puntos de apelación que por cada una de las partes se opusieron a la sentencia de primer grado debe la Sala proceder de oficio a actualizar el valor de los dineros que deben devolver de los herederos de Arnulfo

[20] CSJ SC

Cañas Alzate, como lo establece el inciso 2 del artículo 283 del Código General del Proceso[21].

Como ninguno de los extremos litigiosos cuestionó el método, los factores y valores usados por el juez de primer nivel para indexar dichas sumas, únicamente se variará el IPC final certificado a la fecha de emisión de esta sentencia como parámetro para realizar la correspondiente actualización, manteniendo el mismo factor inicial y valores del precio pagado y las mejoras. La fórmula por aplicar y los factores son los siguientes:

$$VA = VH \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

Donde,

VA= Valor actualizado
VH= Valor histórico

Para el caso de la suma de dinero pagada como precio se tomará el IPC inicial de enero de 2009 (70,21). Y para las mejoras como IPC inicial el de diciembre de 2010 (73,45), según lo dejó sentado el *a quo*. Como IPC final de ambos factores se tomará el de agosto de 2023 (135,39).

a) La suma de $53.000.000 se actualizará así:

$$\frac{135{,}39}{70{,}21} = 1{,}9283$$

Luego,

$$53.000.000x1{,}9283 = 102.199.900$$

VA= $102.199.900

b) El valor de las mejoras $6.400.000 se indexará así:

$$\frac{135{,}39}{73{,}45} = 1{,}8433$$

Luego,

$$6.400.000x1{,}8433 = 11.797.120$$

[21] "*Artículo 283. Condena en concreto. La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados.*

El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado."

VA= $11.797.120

En los anteriores términos será adicionado el numeral tercero de la parte resolutiva de la decisión apelada.

Conclusión. De las anteriores consideraciones se colige que el contrato de promesa que sustenta las obligaciones cuyo cumplimiento exige el actor no reúne las exigencias legales relativas a la debida determinación del bien y, por lo tanto, es absolutamente nulo. Consecuentemente, se confirmará parcialmente la decisión de primer nivel, revocándose en cuanto negó el reconocimiento y pago de frutos civiles y, en su lugar, se accederá a dicho pedimento en obsequio a los principios de equidad que rigen las prestaciones mutuas consecuenciales a la invalidación de una convención.

Las costas. A voces del numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará al pago de las costas en esta instancia al demandante a favor del extremo demandado, al habérsele decidido desfavorablemente la alzada.

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: REVOCAR el numeral **tercero** de la parte resolutiva la providencia de fecha, naturaleza y procedencia indicadas previamente, en cuanto se abstuvo de ordenar la restitución de frutos. En su lugar, se **ordena** a Gilberto Osorio Villa a devolver la suma de **$109.195.830,397** por dicho concepto a favor de los herederos de Arnulfo Cañas Alzate.

ADICIONAR el mismo numeral **tercero**, bajo el entendido que el valor actualizado de las sumas que por concepto del precio pagado y las mejoras que deben restituirse a favor de Gilberto Osorio Villa corresponde a **$102.199.900** y **$11.797.120**, respectivamente

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante a favor de los herederos de Arnulfo Cañas Alzate. Las agencias en derecho se fijarán por auto del Magistrado ponente una vez en firme esta decisión

CUARTO: En firme esta decisión devuélvase el proceso a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutido y aprobado según consta en Acta No. 332

Los Magistrados,

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

(Firma electrónica)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL

(Firma electrónica)
OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Firmado Por:

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Oscar Hernando Castro Rivera
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **eeccefad8a888a7b7b252a0eeb37baed1440908196269416823 29a3035b83916**

Documento generado en 25/09/2023 02:17:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés

Proceso	: Reivindicatorio Agrario
Asunto	: Apelación Sentencia
Ponente	: **WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**
Sentencia	: 041
Demandante	: Pedro Pablo Peñaloza Pueyo
Demandado	: Luis Hernán Arenas García
Radicado	: 05045310300120150205601
Consecutivo Sría.	: 983-2020
Radicado Interno	: 247-2020

ASUNTO A TRATAR

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Apartadó dentro del proceso reivindicatorio agrario promovido por el apelante contra Luis Hernán Arenas García.

LAS PRETENSIONES

En el escrito introductor se solicitó la reivindicación material del inmueble rural *"La Perla"*, ubicado en el paraje Churido de Apartadó, identificado bajo el F.M.I. Nro. 008-61782 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esa localidad, que afirma encontrarse en posesión de Luis Hernán Arenas García. A su vez, se pretendió condena pecuniaria por concepto de frutos y perjuicios, y declarar que no está obligado a reconocer expensas necesarias en pro de su contrincante[1].

LOS HECHOS

1. Pedro Pablo Peñaloza Pueyo adquirió el derecho de dominio sobre la finca *"La Perla"*, a través de compraventa celebrada con María Elvira Valenzuela Viuda de Calle, negocio jurídico plasmado en la escritura pública Nro. 570 del 6 de noviembre de 1973, de la Notaría Única de Turbo.

[1] Archivo 001 y 004, folios 3 y ss. CdnoPrimeraInstancia - ExpDigital

2. Por la alteración del orden público en la región de Urabá abandonó el inmueble, debido a que recibió amenazas de un grupo al margen de la ley denominado *"Los Porrones"*.

3. Una vez restablecidas las condiciones sociales en la localidad, regresó al predio, encontrando allí a Luis Hernán Arenas García, quien se negó a entregarlo, aduciendo ser su propietario, constituyéndose como poseedor irregular y aprovechando las circunstancias para apoderarse del bien.

4. El convocado explota en la propiedad actividades de siembra de banano, a través de un establecimiento de comercio denominado *"Agrícola Nido de Jabalí"*, lo cual refleja la causación de frutos naturales y civiles que con mediana inteligencia pudo haber obtenido el *dómine*.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. El *a quo* admitió la demanda el 4 de marzo de 2016[2], disponiendo aplicar las disposiciones pertinentes del procedimiento agrario[3]. El convocado se enteró por conducta concluyente, contestando el escrito inaugural[4].

2. La réplica ejercida consistió en infirmar la condición de poseedor atribuida; resaltar la falta de identidad del fundo pretendido; y destacar que el actor no ostentaba la titularidad del dominio sobre el bien raíz, al tener un título que corresponde a una *"falsa tradición"* sobre mejoras. La parte pasiva planteó las defensas meritorias de *"Temeridad y mala fe"* y *"Falta de legitimación en la causa"*.

En la resistencia negó la calidad de poseedor irregular, resaltando no conocer al actor, dado que no ejerce posesión sobre el inmueble descrito en el libelo genitor[5]. Anotó que fue representante legal de la empresa Agropecuria La Cuña y para el año 2004 fue propietario de un bien raíz denominado *"Coscorrones"*, el cual se distingue con el folio de matrícula 008-30100, con matrícula matriz Nro. 034-441, tal y como se refleja en la escritura pública 1803 del 26 de octubre de 2004, de la Notaría Décima de Medellín, posteriormente enajenado.

3. Tras agotarse el traslado a las excepciones[6] y la audiencia inicial (Art. 101 Código de Procedimiento Civil)[7], a la cual el demandante no acudió y no fue aceptada su justificación[8], el estrado judicial del circuito decretó las pruebas solicitadas por las partes por auto del 16 de octubre de 2019[9], en el que se negó la inspección judicial solicitada, por la

---

[2] Cuaderno primera instancia. Archivo 0004, folios 13 y ss.
[3] Por auto del 3 de agosto de 2017 se ordenó comunicar la admisión de la demanda a la Procuradora Agraria y Ambiental – Fl.102, Archivo 0004.
[4] *Ídem,* folios 56 y ss. y 110 y ss. Auto del 26 de febrero de 2018.
[5] Folio 58, Archivo 0004
[6] *Ídem,* folios 112 y ss.
[7] *Ídem,* folios 138 y ss. Cumple resaltar que no se practicó interrogatorio a las partes, toda vez que el demandado falleció días antes de la audiencia (Fls. 146 *ídem*), y el actor no compareció, aunado a que, al no haberse aceptado su justificación, en la audiencia del canon 373 del Código General del Proceso, no se realizó el mismo tampoco.
[8] Autos del 10 de septiembre y el 4 de octubre de 2019, folios 165-166, *ídem*
[9] *Ídem,* folios 170 y ss.

pertinencia del dictamen pericial para tal fin; y se designó un experto en topografía, con miras a identificar plenamente el fundo objeto de la pretensión, y confrontar que sus medidas coincidieran con el que se describe en la demanda y los anexos aportados. Esta providencia no fue objeto de recurso por las partes.

4. El 28 de febrero de 2020, el mandatario de la parte activa informó que *"una vez notificado el auxiliar de la justicia para la comisión, manifestó que él no podía asumir conocimiento alguno hasta tanto su despacho le notificara la comisión"*; sin embargo, por proveído del 28 de julio de esa anualidad, la agencia judicial resolvió no acceder a lo solicitado, debido a que *"no allegó constancia de haberle notificado la designación ni de la negativa a la aceptación del cargo"*, no obstante, dispuso comunicar por Secretaría la designación del cargo al perito, precisando que la carga de informar al auxiliar de la justicia corría por cuenta del interesado[10].

5. El 26 de agosto de 2020, se convocó a audiencia virtual de instrucción y juzgamiento para el 29 de octubre del referido año, advirtiendo que *"el perito topógrafo que realice la prueba pericial decretada dentro del presente pleito, deberá asistir a la presente audiencia, con el fin de sustentar dicho dictamen, en consecuencia, la parte interesada, deberá informarle de la presente"*[11].

6. En el desarrollo de la vista pública citada[12], la juez de conocimiento determinó que no habían pruebas *"pendientes por evacuar"*, y que no había lugar a practicar el dictamen pericial decretado, porque no se allegó la experticia correspondiente, ya que la parte actora no cumplió con notificar al auxiliar de la justicia designado, denotándose una falta de interés (minutos 31:00 y ss.), pues no demostró la notificación del perito, y ni siquiera retiró los oficios. La decisión fue recurrida en reposición y en subsidio apelación. La *a quo* no replanteó su decisión y concedió el medio vertical. Este Tribunal declaró inadmisible la alzada.

7. Una vez cumplido el trámite procesal correspondiente, en diligencia celebrada el 29 de octubre de 2020, se dictó sentencia que puso fin a la primera instancia. En ella, la Juez Primero Civil de Circuito de Apartadó resolvió desestimar lo pretendido, absteniéndose de condenar en costas al actor, por ser beneficiario del amparo de pobreza[13].

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

Se sintetizan de la siguiente forma[14]:

1. La tradición es un modo de adquirir el dominio, y tratándose de inmuebles se realiza a través de la inscripción del título ante la autoridad de registro. Quien pretende la reivindicación de un bien debe acreditar su condición de dueño. Los requisitos de la acción son: a) la acreditación de la titularidad de dominio; b) probar que el contendor es poseedor del bien pretendido; c) individualización plena del objeto de reivindicación; y d) identificación de la cosa pretendida con la que se individualiza en la demanda.

---

[10] *Ídem,* Archivo 007OrdenaOficiar
[11] *Ídem,* Archivo 009FijaNuevaFecha
[12] Archivo 0010AudioInstrucciónJuzgamiento
[13] Archivo 0011, c.1
[14] Archivo 0010, Minutos 1:24:55 y ss.

2. El primer elemento debe demostrarse con el título de dominio y el modo de adquisición del objeto pretendido en reivindicación, máxime cuando se trata de inmuebles. En el caso concreto pese a que el demandante indicó que hay documentos falsos, eso no está acreditado en el sumario. El derecho de dominio debe ser demostrado por la parte actora o, en caso de no hacerlo, debe al menos acreditar que era poseedor de la cosa y que estaba próximo a adquirir por prescripción adquisitiva de dominio, como poseedor regular (Art. 951 Código Civil).

Para acreditar la titularidad del derecho real se anexó la escritura pública Nro. 570 del 6 de noviembre de 1973, de la Notaría Única de Turbo, a través de la cual se le transfirieron las mejoras que tenía en virtud de la posesión ejercida sobre el predio denominado *"La Perla"*. También se aportó el certificado de tradición y libertad en donde se avista que el folio que se abrió en el año 2013, se identifica con linderos, y se especifica que se trata de una *falsa tradición*, esto es: una compraventa de mejoras.

3. El demandante no es titular de dominio, pues a partir de la lectura cuidadosa de los documentos referenciados, emerge que la venta realizada fue sobre una posesión, y así se plasmó incluso en la escritura pública aportada. Se avista que los vendedores adquirieron el terreno de Jaime de Jesús Calle mediante documento privado, con el ánimo de hacerse a este terreno, ya que, según se refirió en el instrumento público, es un inmueble baldío nacional, y, por tanto, con esto es claro que nunca se transfirió el derecho de dominio.

El mismo título indica que las mejoras se venden libres de todo gravamen, y que comprende anexos usos y costumbres, y que el demandante las recibe a satisfacción. Esto es una falsa de tradición y no al derecho de propiedad como derecho real. Una falsa tradición no es más que una inscripción que hace una persona a otra por carecer del dominio, de allí que el demandante no sea propietario.

4. No obstante, el artículo 951 del Código Civil establece la acción publiciana, la cual consiste en que puede reivindicar quien perdió el dominio, pero estaba próximo a adquirir por prescripción adquisitiva de dominio pro ser poseedor regular, sin embargo, esto no fue probado por el actor. Para ser poseedor regular es necesario contar con un justo título, ya que éste es el que tiene la virtualidad de transferir la propiedad.

Los documentos adjuntados tampoco permiter inferir la existencia de un justo título y por eso tampoco puede hablarse de una posesión regular. El acto jurídico es una falsa tradición: porque se transfirieron las mejoras de la posesión que los vendedores ejercían. Resáltese que esta venta no está precedida de cadena de títulos y se ignora quién es su verdadero propietario, siendo llamativo que se manifieste en la escritura pública que es un bien baldío. Téngase presente que, para que el poseedor regular sea de buena fe debe probar que adquirió el bien con justo título por quien tenía la facultad para hacerlo, pero el demandante tenía plena consciencia que quienes le vendieron no eran propietarios, porque los vendedores creían que se podía adjudicar al ser un bien baldío.

5. Adicionalmente, el demandante no demostró los actos de posesión ejercidos, y esto incluso es más importante que anexar documentos que prueben la posesión regular. Por lo tanto, en el presente asunto no se acreditó el primer presupuesto axiológico necesario para salir avante lo pretendido, y por ende debe desestimarse lo reclamado, sin necesidad de analizar los demás requisitos.

REPAROS Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. En la oportunidad procesal, la parte actora presentó recurso de apelación, exponiendo sus reparos concretos dentro de los tres días siguientes[15]. Los motivos de disentimiento de la activa fueron los siguientes:

Reproches frente al trámite impartido

La juez desconoció la excusa presentada con antelación a la audiencia del canon 101 del Código de Procedimiento Civil, adelantando las diligencias judiciales en detrimento del actor.

La *a quo* negó la práctica de la prueba necesaria para la determinación de la identidad e individualización del predio objeto de *litis,* ignorando el artículo 229 del Código General del Proceso. Además, todas las pruebas requeridas fueron negadas, siendo manifiesto que, al impedirse la práctica de la pericial, se *"vislumbra el hecho de que hay contubernio entre funcionarios públicos y judiciales para continuar con el despojo de tierras por vía administrativa, como lo que está ocurriendo en este caso"*[16], pues se le solicitó a la funcionaria oficiar a la Fiscalía General de la Nación por la presunta falsedad ideológica y material de documentos públicos allegados al expediente, y esto fue negado. Era necesario auscultar en las dependencias de catastro municipal y departamental por qué desapareció el registro Nro. 1218 de la ficha predial, que acreditaba al actor como dueño.

Embates vinculados a la valoración probatoria

Los demandados reconocieron haber adquirido por compraventa la finca *"La Perla"*, pese a que el actor no ha celebrado ningún negocio jurídico para tal efecto. Los documentos allegados con la demanda demuestran la calidad de propietario del convocante, siendo relevante significar que la falsa tradición no se pierde o anula, cuando su posesión y tenencia fue interrumpida por desplazamiento forzado, de suerte que existe posibilidad de saneamiento, a la luz del numeral 5°, del artículo 77, de la Ley 1448 de 2011[17].

El inmueble pretendido cuenta con una medida de protección expedida por la Agencia Nacional de Tierras (Antes, INCODER), por lo que es posible que se hayan creado nuevos códigos catastrales y matrículas inmobiliarias, generando falta de identidad jurídica del predio. Se pasó por alto que se demostraron todos los requisitos de la reivindicación,

---

[15] Archivo 0015, *ídem.*
[16] *Ídem.* Folios 3 y ss.
[17] *"Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones."*

empero, la funcionaria judicial de primer orden no analizó adecuadamente los medios de prueba, especialmente los documentos allegados y la confesión de parte del convocado, al reconocer ser poseedor de la finca.

2. Corrido el traslado para sustentar[18], el apelante se pronunció replicando los argumentos que estructuraron sus reparos concretos[19]. La parte demandada guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. **Presupuestos procesales**

Están reunidos en este caso, y no se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado, de manera que se puede decidir de fondo el litigio. No obstante, en atención a los cuestionamientos realizados por el impugnante, huelga precisar algunas cuestiones, así:

1.1. El *petitum* formulado con el escrito inaugural fue la reivindicación material de una franja de terreno rural, sobre la cual se atribuye al convocado estar realizando posesión irregular. La simple alusión realizada en el hecho 2° de la demanda, en punto de algunas circunstancias de violencia en la región de Apartadó, no compromete de manera alguna la competencia para resolver el asunto, pues tal y como lo ha determinado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en distintos conflictos de competencia[20] entre juzgados civiles ordinarios y células judiciales especializadas en restitución de tierras,

> *"[D]e acuerdo con el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011, la competencia de tales despachos judiciales, se relaciona con los procesos promovidos por «[l]as personas que fueran propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente Ley, entre el 1o de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley, pueden solicitar la restitución jurídica y material de las tierras despojadas o abandonadas forzadamente, en los términos establecidos en este capítulo», y de manera concreta, conforme al inciso 2º artículo 79 ídem, «[l]os Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras, conocerán y decidirán en única instancia los procesos de restitución de tierras y los procesos de formalización de títulos de despojados y de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios,* ***en aquellos casos en que no se reconozcan opositores dentro del proceso».*** *Así las cosas, como la demanda no se refiere a los asuntos mencionados en los citados preceptos de la Ley 1448 de 2011, el conocimiento de la misma deberá asignársele al juzgado del circuito del lugar de ubicación de los predios cuya restitución se solicita, sin perjuicio de que los accionados puedan controvertir esa temática mediante los mecanismos legalmente autorizados".*

En el caso bajo estudio, las disposiciones normativas de la Ley 1448 de 2011, aludidas por el apelante en sus reparos a la sentencia de primer grado, no serán motivo de estudio, pues el juicio civil promovido de ninguna manera se orientó con el propósito jurídico de obtener la restitución de la heredad con ocasión de actos de violencia padecidos por el poseedor o para sanear la titulación; y en todo caso, distinto a lo que acontece en el

---

[18] Archivo 0019 del CdnoTribunal. ExpDigital.
[19] Archivo 0021, *ídem.*
[20] AC5834-2016 y AC830-2017

régimen especial citado, la pretensión formulada individualizó un sujeto determinado calificado como poseedor irregular.

1.2. De otro lado, debe señalarse que las censuras erigidas contra la instrucción probatoria de la *a quo,* y la presunta omisión de tener en cuenta las justificaciones para no comparecer a la audiencia inicial, escapan de la órbita de análisis en apelación, toda vez que se trata de etapas procesales clausuradas, en orden al principio de preclusión, el cual, ostenta una connotación toral en el marco de las formas del proceso civil, dado que es innegable que *"[l]a seguridad jurídica (…) sufriría un grave menoscabo si no fuera por la rigurosa observancia de la máxima que se viene comentando; a la que también se encuentran indisolublemente ligados los principios de celeridad y eficacia, los cuales persiguen que el trámite se desarrolle con sujeción a los precisos vencimientos señalados en la ley de procedimiento y que el proceso concluya, sin mayores dilaciones, dentro del menor tiempo posible y logre su finalidad a través del pronunciamiento de la sentencia"*[21].

De manera que, si el impulsor no ejerció los medios de impugnación en el desarrollo de los distintos estadios procesales en primera instancia, no es el recurso vertical el remedio idóneo para suplir tal omisión.

Destáquese por igual que este Tribunal en Sala Unitaria presidida por el suscrito magistrado resolvió declarar inadmisible la alzada propuesta contra el auto mediante el cual la *a quo* estableció la ausencia de pruebas pendientes por practicar, pues se consideró que tal decisión no se ajustaba el supuesto del numeral 3°, del artículo 321 del Código General del Proceso, pues en verdad, únicamente la juzgadora hizo ver una realidad incontestable en el proceso: la ausencia de medios de convicción pendientes por practicar, dado que el auxiliar de la justicia designado, nunca se posesionó, por falta de notificación a cargo del interesado.

2. **Cuestión jurídica a resolver**

Delimitado lo anterior, corresponde a la Sala determinar, a partir del análisis conjunto y razonado de las pruebas, si la calidad de propietario fue acreditada por el actor, en tanto presupuesto axiológico necesario para ejercer la acción de dominio. Sólo en el evento de superarse este tópico, se abordarán las demás circunstancias probatorias vinculadas a la posesión ejercida y a la individualización del fundo pretendido en reivindicación.

3. **Presupuestos de la acción de dominio**

El artículo 946 del Código Civil expresamente dispone: "*La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla."* De modo que los elementos estructurales de la pretensión *reivindicatoria* son: *"**(i)** derecho de dominio en cabeza del pretensor, la cual puede ser plena, nuda o fiduciaria (art. 950 del Código Civil; **(ii)** posesión del bien materia del reivindicatorio por parte del demandado (art. 952 del Código Civil); **(iii)** identidad del bien poseído con aquél del cual es propietario el demandante; y (**iv)** que se trate de una cosa singular o cuota prodindiviso de cosa singular (art. 949 del Código Civil)"*[22].

---

[21] Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de mayo de 2013. Exp. No. 73268-31-84-002-2008-00320-01
[22] CSJ SC1692-2019.

Advierte la Corte que *"si alguno de tales presupuestos no se acredita en el juicio, la reivindicación no tiene vocación de prosperidad"*[23], puesto que el proceso exige certeza plena acerca que tales tópicos a efectos de derivar la consecuencia jurídica que es justamente la restitución del bien.

La condición de propietario es la que habilita sustancialmente el ejercicio de la acción de dominio, pues, de conformidad con el artículo 762 del Código Civil, *'el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo'*, de manera que esta presunción queda desvirtuada únicamente cuando el reivindicante demuestra la calidad de dueño, invocando título anterior al inicio de la posesión de su contendiente,[24], ya que *"ejercida la actio reivindicatio por el dómine, además de pesar sobre él la carga de demostrar su propiedad con base en los títulos o causa de adquisición correspondiente (titulus) y el modo que consolida el dominio (modus acquirendi), es de su resorte acreditar, con medios de prueba fehacientes, la identificación de la res pretendida"*[25].

Al respecto ha puntualizado la jurisprudencia civil:

> *«(e)n principio, el poseedor está privilegiado por el legislador puesto que su ánimo de señor y dueño prevalece, aún frente al mismo titular del derecho de dominio, si su posesión es anterior a la prueba de la propiedad que exhiba y presente la persona que reclama la devolución de la cosa (…) Dentro del proceso reivindicatorio se pueden presentar varias circunstancias relacionadas con los contrincantes y, especialmente respecto de la forma en que cada uno de ellos afronta el litigio. La primera, alude a que solo el demandante esgrime en su pro la existencia de título de propiedad para oponerlo a la mera posesión que tiene en su favor el contradictor y la segunda, se configura cuando ambas presentan 'títulos' de dominio (…) al dueño que quiere demostrar propiedad, ha dicho la Corte, le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título, es anterior a la posesión del reo"*[26].

La afirmación de detentar el derecho real de dominio sobre la cosa reivindicable, apareja la carga probatoria de su demostración a partir de la exhibición del título correspondiente, lo cual podrá ser acompañado de la prueba de su respectivo registro, ya que, *"en la actualidad la certificación expedida por el registrador da cuenta, no sólo del asentamiento en el registro inmobiliario, también de la existencia del título traslaticio y su conformidad jurídica,* ***constituyendo por sí misma una prueba idónea de la propiedad****, sin perjuicio de que, en atención al tipo del proceso, deba aportarse también el documento traslaticio que permita identificar correctamente el bien sobre el cual recae el derecho"*, de suerte que, *"cuando el demandante aporte el certificado registral con su demanda, estará demostrando tanto el título que sirvió para la adquisición de su derecho, como su inscripción; entendimiento que guarda coherencia con la protección a la confianza depositada por los administrados en los mencionados certificados, por mandato de la buena fe registral"*[27]. (Subrayas de la Sala).

4. **Lo probado dentro del proceso**

Militan en autos los medios de convicción que enseguida se relacionan y que resultan relevantes para resolver la problemática planteada en la segunda instancia:

---

[23] Ibídem.
[24] SC1833-2022
[25] SC3124-2021
[26] CSJ SC de 28 sep. 2009, rad. 2001-00002-01, reiterada en SC de 27 sep. 2013, rad. 2005-00488, entre otras.
[27] SC1833-2022

1. Escritura pública Nro. 570 del 6 de noviembre de 1973, de la Notaría Única de Turbo. Florentino Virgen Chaverra y María Elvira Valenzuela comparecieron en calidad de vendedores, y el actor Pedro Pablo Peñaloza Pueyo como adquirente[28], a fin de transferir *"a título de venta a favor del señor PEDRO PABLO PEÑALOZA PUEYO, la propiedad que los exponentes tienen en todas las mejoras plantadas por ellos y sus antecesores en la posesión material del siguiente inmueble: Una finca territorial rural (sic) denominado "LA PERLA" mejorada con pasto, rancho pajizo y rastrojera, ubicada en el pareja Churido, Departamento de Antioquia, de una superficie aproximada de veinticinco (25) hectáreas, predio distinguido en el catastro de este Municipio con el Nro. 1218 y comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Norte, con una señora Patricia; Sur, con la Hacienda Colombia; Oriente, con propiedad de Elvira Valenzuela de Calle; Occidente, con propiedad de Matías Chiquillo'.* Se expresó también que el inmueble fue adquirido por los enajenantes por venta de Jairo de Jesús Calle, a través de documento privado, *"con el ánimo de hacerse adjudicar el terreno donde están plantadas por el Estado, ya que en la actualidad es baldío Nacional"*. El precio fijado al contrato fue de *"Diez-mil pesos ($10.000.oo)".*

2. Certificado de tradición y libertad inmueble rural "La Perla" -F.M.I. Nro. 008-61782 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Apartadó[29]: En el cual se especifica que el 20 de diciembre de 2013 se dio apertura al folio de matrícula, en virtud de la escritura pública del 6 de noviembre de 1973, no se tiene información de código catastral. *"Descripción: cabida y linderos: Finca La Perla, con una cabida superficiaria de 25 HAS, comprendida dentro de los siguientes linderos: norte, con la señora Patricia; Sur, con la Hacienda Colombia; Oriente, con Elvia Valenzuela de Calle; Occidente, con propiedad de Matías Chiquillo"*. **Anotación Nro. 1:** Fecha 16/2/1974 *"ESCRITURA 570 DEL 6/11/1973 NOTARÍA ÚNICA DE TURBO (…) ESPECIFICACIÓN: FALSA TRADICIÓN: 616 COMPRAVENTA MEJORAS (…)".* **Anotación Nro. 2:** Fecha: 9/4/2014 *"FORMULARIO 54810 DEL 27/3/2014 INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL DE BOGOTÁ (…) ESPECIFICACIÓN: MEDIDA CAUTELAR 0474 PROHIBICIÓN DE ENAJENAR DERECHOS INSCRITOS EN PREDIO DECLARADO ABANDONADO POR EL TITULAR – PREDIO DECLARADO EN ABANDONO POR CAUSA DE LA VIOLENCIA POR EL TITULAR DE ESOS DERECHOS (…)* ***PEDRO PABLO PEÑALOZA PUEYO"***

3. Escritura pública 1803 del 26 de octubre de 2004[30]. Intervinientes: Agropecuaria la Cuña S.A., representada por el convocado Luis Hernán Arenas García, como la vendedora; y Nido de Jabalí S.A., a través de Oscar Enrique Penagos Garcés. Se trata de la venta de un predio rural denominado *"Coscorrones",* con extensión de 106 hectáreas y 7.000 M^2, distinguido con los siguientes linderos: *"Este. Con Manuel Ledesma del delta 1 al delta 55 con 928.67 metros: por el Sureste con Humberto Escobar, del delta 55 al 53 (…) Sur con Walberto Yánez (…) Suroeste con Eduardo Valanta (…) Oeste con Río Apartadó (…) Noroeste con Hermanos Chiquillo (…) y con Mario Cuenca (…) Norte con Manuel Chaverra (…)".* Este inmueble se identifica con Matrícula Inmobiliaria No. 008-30100 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Apartadó Antioquia[31]. El predio fue vendido por un total de $132.800.000[32].

4. Registro civil de defunción del demandado Luis Hernán Arenas García[33]. Fecha del deceso: 13 de junio de 2019.

---

[28] Folio 1 ss. Archivo 003
[29] Folio 4 ss. Archivo 003
[30] Folio 70 y ss. Archivo 004
[31] Folio 83 y ss. *ídem*
[32] Folio 77, *ídem*
[33] Folio 146. ídem.

5. **Análisis de los reparos concretos**

Lo que dice la pretensión impugnaticia es que la *a quo* realizó una indebida valoración probatoria, al pasar por alto el contenido de los medios documentales y la confesión de la parte pasiva sobre su calidad de poseedor, lo cual, en su criterio, conlleva a colegir la prosperidad de la acción de dominio.

A juicio del Tribunal, el argumento de la impugnación, mirado en el contexto de la jurisprudencia relacionada en el marco teórico y de conformidad con los medios de convicción, no encuentra prosperidad en esta instancia.

La dispensadora jurisdiccional de primer orden, para decidir, partió de la premisa de que, para ejercer la pretensión reivindicatoria, es ineludible que el *dómine* acredite su calidad de propietario, exhibiendo el título que así lo demuestre, lo cual, tratándose de bienes inmuebles, se refuerza a través de su registro, en tanto modo del contrato celebrado. A partir de ese entendimiento se estableció que el actor no era el dueño de la finca *"La Perla"*, porque la escritura pública adosada con la demanda, da cuenta que éste adquirió las mejoras realizadas en esta, lo cual fue inscrito como *"Falsa tradición"*.

Bajo este panorama, y partiendo de una apreciación razonada, conjunta y reposada de las pruebas, la Sala no encuentra razones para variar lo inferido por la juzgadora de primera instancia. En verdad, una mirada acuciosa sobre los medios documentales aportados, conduce a entrever que el título adunado como base para blandir la súplica reivindicatoria no es eficaz, para inferir que el actor detenta el derecho real de dominio sobre la heredad reclamada.

Nótese que la escritura pública Nro. 570 del 6 de noviembre de 1973, ofrece convicción suficiente e inequívoca de que el negocio jurídico consistió en la venta realizada por Florentino Virgen Chaverra y María Elvira Valenzuela al convocante sobre *"todas las mejoras plantadas por ellos y sus antecesores en la posesión material del siguiente inmueble: Una finca territorial rural (sic) denominado "LA PERLA" mejorada con pasto, rancho pajizo y rastrojera, ubicada en el pareja Churido, (…) , de una superficie aproximada de veinticinco (25) hectáreas".* Además, en este instrumento público se resaltó que los enajenantes habían adquirido el fundo por venta de Jairo de Jesús Calle, a través de documento privado, *"con el ánimo de hacerse adjudicar el terreno donde están plantadas por el Estado, ya que en la actualidad es baldío Nacional"*.

Sumado a ello, el certificado de tradición y libertad del predio ofrece certeza de que el contrato de compraventa referenciado fue inscrito como "*FALSA TRADICIÓN: 616 COMPRAVENTA MEJORAS".*

Estas circunstancias necesariamente llevan a entender que el demandante no es propietario del bien pretendido, pues el título adosado no tiene la idoneidad jurídica de atribuir al actor esta calidad, ya que lo adquirido fueron las mejoras plantadas en el lote, con ocasión del ejercicio de una posesión anterior.

Recuérdese que, tal y como lo ha expresado la Rectora de la jurisprudencia civil, en punto de la posesión regular[34], aplicable *mutatis mutandis* a este asunto:

> *"[P]ara que el título posea la virtualidad en edificarse en causa idónea para transferir el derecho de dominio; requiriendo que haya "(…) por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo" (art. 740 del C.C.); caso en el cual de no ostentar el título aducido, ese magno atributo de quien es verdadero dueño, como acontece con los falsificados, el correspondiente a la venta de cosa ajena, o en general, los enumerados en el art. 766 ejusdem, los cuales per sé, apenas dan paso a una mera entrega, más plásticamente hablando, a una pseudotradición o si se quiere falsa tradición o presunta tradición;* ***pero jamás, a la auténtica o verídica por estar huérfanos del contenido, vaciados del todo de la esencia del "dominus", en quien funge como aparente tradente.***
>
> *"Para ser más figurativos, cuando se habla de un contrato como el de compraventa denunciado, nos hallamos con un título o causa traditionis, pero no con el modo, porque en ese acto jurídico asentado en la tradición romanista, el vendedor, deja en potencia, en posibilidad o le otorga vocación al comprador para adquirir el derecho real, cuyo medio eficaz, legal o idóneo es el modo, en el ejemplo, el de la traditio, razón por la cual se reducen a dos las obligaciones de quien vende: "(…) a la (…) tradición, y [a]l saneamiento de la cosa vendida " (art. 1880 del C.C.), como base jurídica de nuestra concepción jurídica vigente.*
>
> *"De tal modo que cuando el tradente carece del derecho de dominio por no ser genuino «dueño», pues nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* [Nadie puede transmitir a otro más derecho que el que él mismo tiene]*; no pueden debilitarse los efectos derivados de la posesión material, ni confundirse, la "obtención de la posesión con la transmisión del derecho de dominio"*.

De suerte que, ante el panorama acreditado en el haz probatorio, surge nítido que el demandante no tiene la calidad de *dómine* para ejercer el reclamo bajo estudio. Luego, esta conclusión no varía ni aun considerando los demás reproches realizados a la sentencia impugnada, los cuales, dicho sea de paso, tampoco guardan acierto.

Véase que, distinto a lo que asevera el apelante, la parte pasiva nunca reconoció su calidad de poseedora. Su resistencia siempre estuvo inclinada en hacer ver que desconocía la atribución fáctica y jurídica de la demanda, puesto que no conocía al actor y el predio referido en la pretensión no era de su conocimiento, debido a que el que detentó en la zona es distinto al solicitado.

Las pruebas documentales presentadas por el extremo convocado acreditan esta circunstancia, pues la escritura pública Nro. 1803 del 26 de octubre de 2004 ofrece certeza que Luis Hernán Arenas García, actuando como representante legal de Agropecuaria la Cuña S.A., adquirió de la sociedad Nido de Jabalí S.A. la heredad denominada "*Coscorrones",* con extensión de 106 hectáreas y 7.000 M^2, distinguido con los siguientes linderos: *"Este. Con Manuel Ledesma del delta 1 al delta 55 con 928.67 metros: por el Sureste con Humberto Escobar, del delta 55 al 53 (…) Sur con Walberto Yánez (…) Suroeste con Eduardo Valanta (…) Oeste con Río Apartadó (…) Noroeste con Hermanos Chiquillo (…) y con Mario Cuenca (…) Norte con Manuel Chaverra (…)".* Este inmueble se identifica con Matrícula Inmobiliaria No. 008-30100 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Apartadó Antioquia[35], y en efecto es completamente desigual al que se describe en el escrito inaugural.

---

[34] SC3654-2021
[35] Folio 83 y ss. *ídem*

Vale la pena precisar que, distinto a como fuera analizado por la juez *a quo,* en el presente asunto no había lugar a verificar la posibilidad de abrir paso a la reivindicación del predio bajo la acción publiciana, prevista en el canon 951 del Código Civil, porque a lo largo del proceso la parte promotora siempre adujo su calidad de propietario, y que no de poseedor regular.

Entonces, si bien esa interpretación extensiva de la demanda no condujo a variar la conclusión central de la sentencia apelada, lo cierto es que le estaba vedada esa facultad a la juzgadora de conocimiento, porque, como lo ha establecido el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria[36], *"la necesidad de interpretar la demanda supone que la misma no haga gala de claridad sino de ambigüedad, oscuridad o ambivalencia;* ***por el contrario, si los hechos y pretensiones son claros, no hay razón que justifique una intervención del fallador en ese sentido"*** (Énfasis de la Sala).

Para cerrar, cumple resaltar que las acusaciones realizadas por el impugnante, en cuanto a que posiblemente existieron maniobras fraudulentas en los instrumentos públicos que acreditan la titularidad de la finca *"La Perla"*, no son resorte de este proceso; empero, nada obsta que el apelante, en el marco de su autonomía y en ejercicio de su derecho fundamental de acción, emprenda las solicitudes o denuncias respectivas, ante las autoridades competentes.

6. **Conclusión**

Se concluye pues conforme a la jurisprudencia y doctrina relacionada, y a las pruebas relevantes aportadas al expediente, que acertó la juzgadora de primera instancia en desestimar lo pretendido, pues la parte actora no acreditó su calidad de propietario, condición *sine qua non* para el ejercicio de la acción de dominio. Por estos motivos habrá de confirmarse íntegramente la sentencia de primera instancia.

7. **Las costas**

Sin costas en esta instancia, en razón del amparo de pobreza del que goza el apelante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Apartadó, dentro del proceso reivindicatorio agrario promovido por Pedro Pablo Peñaloza Pueyo frente a Luis Hernán Arenas García.

---

[36] SC3280-2022

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, en razón al amparo de pobreza a favor del apelante.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado según consta en Acta No. 318

Los Magistrados,

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

(Firma electrónica)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL

(Firma electrónica)
OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Firmado Por:

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Oscar Hernando Castro Rivera
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cc5cd1e02f2d815b5f1b230cf087d24fb34d0ad2fb9527de10c7d7da1726be83**

Documento generado en 25/09/2023 02:17:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés

Proceso	: Divisorio
Asunto	: Apelación de auto
Ponente	: **WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**
Consecutivo Auto	: 164
Demandante	: Yina Paola Velásquez Arenas
Demandado	: Rosa María Álvarez y otros.
Radicado	: 05045310300220210006401
Consecutivo Sec.	: 1159-2023
Radicado Interno	: 274-2023

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente al auto dictado el pasado 15 de junio, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Apartadó, mediante el cual decretó la división material deprecada por Yina Paola Velásquez Arenas dentro del proceso divisorio promovido por ésta contra Rosa María Álvarez de Giraldo; y Melina, Luis Ángel, Mario de Jesús, Laura Rosa, Martha y Sigifredo Álvarez Salas, en calidad de herederos determinados de Luis Ángel Álvarez Montoya, así como de sus sucesores indeterminados.

ANTECEDENTES

1. Tras haber sido subsanados los defectos que causaron la inadmisión del escrito rector, en proveído del 11 de mayo de 2021 dictado por la citada judicatura, se admitió la demanda especial que la prenombrada accionante emprendió con el fin de que se decrete la división material de los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias No. 008-2562 y 008-3429 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Apartadó Antioquia, ubicados en el municipio de Chigorodó, cuyo derecho de domino, según el libelo inicial, está radicado en la promotora del rito Yina Paola Velásquez Arenas en un 75%, y del fallecido Luis Ángel Álvarez Montoya en el restante 25%.

Proveído en el que, además, se ordenó convocar a Rosa María Álvarez de Giraldo, y al Banco Agrario, a fin de que hicieran valer sus derechos como acreedores hipotecarios, conforme a las anotaciones registrales; y, por último, notificar a los accionados sobre dicha providencia.

2. Establecido el contradictorio, los herederos determinados del comunero fallecido Luis Ángel Álvarez Montoya, contestaron la demanda al unísono, a través del mismo procurador judicial, oponiéndose a las pretensiones formuladas con el escrito inicial, con base en la posesión que, dicen, vienen ejerciendo desde 1991, en porcentajes del 76% y el 65%, en los predios denominados El Porvenir y El Porvenir Dos, respectivamente; para luego referirse a cada uno de los supuestos fácticos, destacándose lo replicado frente al hecho noveno, donde mencionaron que actualmente cursa en el Juzgado Primero Civil de Circuito de Apartadó, un proceso de pertenencia impulsado por ellos contra la aquí demandante, con el que pretenden que se declare la prescripción adquisitiva de dominio en los porcentajes aludidos sobre dichos fundos.

Réplica en la que, adicionalmente, solicitaron la convocatoria del responsable de la experticia allegada con la demanda; y trazaron las siguientes excepciones de mérito:

"***i)*** *Improcedencia de la división material pretendida por carecer de la posesión material.*
"ii) *Posesión anterior al título – improcedencia de la división pretendida.*
"iii) *La demandante conocía con antelación de la posesión de los demandados*".

3. Mediante providencia del 15 de junio último, el cognoscente decretó **la división material** de los inmuebles con matrícula inmobiliaria No. 008-3429 y No. 008-2562, adjudicando, el primero para Yina Paola Velásquez Arenas, conocido como plano No.3, lote A; mientras el otro distinguido como plano No. 4, lote B, para el comunero Luis Ángel Álvarez Montoya (q.e.p.d.).

En sustento de dicha determinación, consideró, en lo esencial, que:

-Lo expresado con la contestación por los demandados ni las excepciones de mérito, hacen relación alguna a un pacto de indivisión, por lo que tales manifestaciones carecen de "*capacidad suficiente de constituir un serio obstáculo al imperativo mandato según el cual, nadie está obligado a permanecer en indivisión*.

- Al escrito inaugural se acompañó el certificado registral correspondiente, donde se verifica la tradición de los inmuebles concernidos, y la prueba de que las partes son condueñas del mismo, por lo que la promotora de la *Litis* no está obligada a permanecer en comunidad.

-La ausencia de pacto indivisorio, hace inocua la realización de la audiencia inicial programada para el 16 de junio de esta misma anualidad.

5. Contra dicha determinación, los accionados en calidad de herederos determinados del copropietario fallecido, interpusieron recurso vertical que fue concedido en el efecto devolutivo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El extremo pasivo fundó su inconformidad así:

Aunque no fue exceptuado el pacto de indivisión echado de menos en la decisión recurrida, la contestación de la demanda sí relacionó como medio de defesa reconocido jurisprudencialmente, "*la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio"*, pues así lo corrobora lo replicado frente a los supuestos fácticos 9°, 10° y 12° de la demanda inicial, y las documentales que dan cuenta de la demanda de pertenencia por ellos promovida contra la aquí accionante, cuya radicación fue anterior a la de este trámite especial; pero aun así el juzgador de instancia "*no hizo mención alguna*" al respecto.

De otra parte, el *a quo "convalidó un informe pericial de planimetría aportado con la demanda, inmerso en irregularidades que van desde dividir los inmuebles objeto de este proceso, como si se tratara de uno solo, hasta asignar a la parte demandante porcentajes que desbordaban el área de un inmueble y otro".* Además, "*el topógrafo en su trabajo dio por hecho la existencia del englobe de los dos predios, olvidando que se trataba de dos matrículas diferentes".*

Al contestar la demanda, se solicitó conforme al artículo 409 del CGP*,* la convocatoria a audiencia del perito que realizó la experticia arrimada con el escrito rector, *"para que absolviera interrogatorio acerca del levantamiento de planimetría planteado, los linderos registrados, la división, la colindancia citada, y demás detalles afines";* pero la precipitud de la decisión apelada impidió tal acto.

CONSIDERACIONES

1. En virtud de lo preceptuado en el inciso final del canon 409 del actual compendio adjetivo civil, el auto impugnado es apelable, por cuanto decretó la división rogada, y en esa medida corresponde a esta Sala Unitaria resolverlo, dada la superioridad jerárquica funcional ejercida sobre la judicatura de instancia.

2. En tal orden, es necesario establecer, a partir de la decisión adoptada por el juez de primer nivel, si en efecto, había lugar a decretar la división al amparo del artículo 409 *Ibidem*, o, por el contrario, si le asiste la razón a los reparos esbozados con la alzada para alcanzar la revocatoria de lo allí resuelto, por haber sido desconocidos los medios exceptivos y probatorios trazados en tiempo.

3. Como punto de partida debe indicarse que el proceso divisorio tiene por objeto ponerle fin a la comunidad conformada por una propiedad proindivisa, dada la protección, marcadamente individualista que al respecto prevé el Código Civil, donde se ha establecido el derecho a no ser obligado a permanecer en indivisión. A su vez, el Código General del Proceso en su canon 406, dispone que todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para la consecuente repartición del producto, siempre que se acompañe la prueba de la comunidad entre demandante y demandado, misma que se estimará cumplida con la aportación del certificado de libertad y propiedad del bien litigioso, que demuestre la titularidad del derecho de dominio de los condueños; y que se anexe a la demanda el dictamen pericial pertinente.

Respecto a la extinción de la comunidad, pregona el artículo 2340 del Código Civil, que su concreción deriva de la destrucción de la cosa común, por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona o por su división, última que el canon 1374 del mismo compendio reguló estableciendo que "*ninguno de los*

coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá pedirse siempre, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. No puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto". Lo que respalda la concepción que muestra el acuerdo celebrado por los comuneros para preservar la indivisión por un término renovable no mayor a 5 años, como la defensa, fundamental, para evitar la escisión aspirada, aunque no sea la única.

Por tanto, es preciso señalar que también ha sido admitida como medio defensivo en el proceso divisorio, la prescripción adquisitiva de dominio, en virtud de la exequibilidad condicionada del artículo 409 del CGP declarada en la sentencia C-284 de 2021, mediante la cual se consideró que impedir la configuración de esta excepción, restringe de manera excesiva las garantías de contradicción y defensa del demandado que adquirió el bien por medio de la usucapión, y de paso, el derecho a la propiedad, y los fines de la posesión.

No obstante, necesario es resaltar que la prescripción adquisitiva mediante la cual el comunero que despliega actos excluyentes de señor y dueño, con el propósito de lograr su declaratoria al interior de un proceso de pertenencia, debe ser solicitada por el interesado, en vía de acción, dentro del trámite divisorio, puesto que al juzgador le está vedado reconocerla de manera oficiosa, conforme lo rige la previsión 2513 del Código Civil[1].

4. Descendiendo al *sub examine*, son tres los reparos enfilados frente al auto recurrido, los que convocan a esta Sala Unitaria, a saber:

i) No hubo pronunciamiento en atención a lo replicado contra los supuestos fácticos 9°, 10° y 12° de la demanda inicial, y las documentales que dan cuenta de la demanda de pertenencia promovida por los apelantes contra la aquí accionante, cuya radicación fue anterior a la de este trámite especial, lo que evidencia que si fue relacionado como medio de defesa "*la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio"*.

ii) El informe pericial está inmerso en irregularidades.

iii) Se pasó por alto la convocatoria a audiencia del perito que realizó la experticia arrimada con el escrito rector, pese a que fue solicitada con la contestación de la demanda.

Frente a lo primero, debe indicarse que, si bien en el auto por el cual se decretó la partición material objeto de discusión, el juzgador no hizo alusión a la demanda de pertenencia referida en la contestación al escrito inicial; lo cierto es que dicho tópico tampoco fue formulado para alegar la prescripción adquisitiva de dominio ni atacar la calidad de condueña de la accionante, que pudiera enervar las pretensiones divisorias, pues la réplica de la demanda se limitó a hacer una mención sobre lo aspirado con la usucapión, y a esbozar tres excepciones de mérito propias del debate posesorio, y ajeno al objeto del trámite divisorio al que debía circunscribirse.

---

[1] Norma en cita. "*El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio*".

Ello es así, por cuanto los medios exceptivos trazados con la réplica cuestionaron la improcedencia de la división material pretendida, bajo el argumento de que la gestora carece de la posesión material que ellos detentan sobre el fundo en pugna, con conocimiento de aquella, y desde antes que la misma obtuviera su título; defensa que fue respaldada con el auto admisorio de la denotada demanda de pertenencia, y de varias pruebas perfiladas en tal sentido; lo cual muestra desenfocada la defensa, si se tiene en cuenta que en el escenario divisorio la resistencia a las pretensiones es angosta, en tanto que se limita, generalmente, a verificar la existencia de un pacto que impida la división, y la titularidad o extinción del derecho dominio que legitima a la parte activa como condueña, pero no se enlista a demostrar actos de posesión.

De este modo, se advierte, a diferencia de lo esgrimido por el apoderado del polo recurrente, que hacer mención y allegar copia del admisorio de la demanda de pertenencia promovida por sus representados contra la aquí accionante, respecto a los bienes a dividir, no puede percibirse como una invocación a la prescripción adquisitiva de dominio, que obligue al cognosecente a su estudio como si se tratase de una defensa; habida cuenta que quien quiera sacar provecho de dicha institución jurídica debe alegarla, a la luz de canon 2513 del Código Civil, dado que aun si estuviera configurada, su naturaleza de carga procesal le impide al juez sustituir al interesado de solicitarlo.

Desde esta perspectiva, se avizora que la prescripción adquisitiva de dominio sobre el bien litigioso a la que se hace alusión en esta sede de apelación, no fue alegada con la réplica de la demanda por conducto de una excepción que propendiera frustrar en esa línea las pretensiones divisorias, lo que conduce a que el disenso que este particular disenso, carezca de fundamento, y por tanto, de prosperidad, pues, se itera, se trata de una excepción que debió ser rogada, y no inferida por el juez, como ahora aquí se pretende.

5. Por otra parte, se percibe que, tal y como se enfatizó con la alzada, el escrito que contrastó la demanda, no se limitó a convocar a audiencia al "*Tecnólogo en Topografía MAURO DE JESÚS TAMAYO LONDOÑO, responsable del informe pericial aportado*", sino que además, manifestó los fundamentos para interrogarlo, comoquiera que anunció que las preguntas versarían sobre el "*levantamiento de planimetría planteado, los linderos registrados, la división, la colindancia citada y demás detalles afines*".

Sin embargo, revisada la providencia censurada, se evidencia que la determinación del *a quo* de cancelar la audiencia programada para el 16 de junio último, considerando su inocuidad por la inexistencia de un pacto de indivisión a escrutar, para seguidamente decretar la partición material con base en la experticia arrimada con la demanda, emerge como una determinación que desatiende el ruego formulado, en tiempo, por la parte pasiva a fin a interrogar al perito responsable, y en suma, cercena su derecho de contradicción frente a la experticia, en contravía de lo dispuesto en el artículo 409 del Código General del Proceso.

En consecuencia, se hace preciso para esta Sala connotar que, aunque los medios de oposición frente a las pretensiones sean escasos en este escenario divisorio,

y su formulación, efectiva, haya sido omitida en el *sub-lite*, tal situación no puede significar la pretermisión del medio probatorio solicitado tempestivamente para discutir la forma y aspectos a tener en cuenta en la partición, puesto que debe distinguirse la resistencia a la escisión jurídico material de los bienes, de las defensa para controvertir la manera de alcanzar ese propósito de manera justa, y sin menoscabo de las prerrogativas propias de los condueños.

De lo anterior se sigue, que la intención del legislador de disponer un trámite ágil a fin de evitar las propiedades en común y proindiviso, se centra en una tendencia individualista, que no obstante, le permite al extremo pasivo en desacuerdo con el dictamen aportado con la demanda "*aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a audiencia para interrogarlo*", de modo que el juzgador pueda confrontar tales probanzas bajo la senda del debido proceso, para adquirir mayor certeza y proferir sentencia precisando una división material. Práctica demostrativa que al brillar por ausente en el *sub-examine*, confluye inexorablemente en la revocatoria del auto opugnado, en procura de garantizar el derecho de contradicción reclamado por la parte pasiva.

Finalmente, en vista de que la parte accionada omitió desplegar una oposición contundente y expresa frente a las pretensiones divisorios, pero le fue impuesta una partición material, sin permitirle ejercer su derecho a la defensa, se revocará la resolución de instancia, para que en atención a lo peticionado con la contestación de la demanda, y conforme a lo previsto en el canon 409 del actual compendio adjetivo civil, se convoque a audiencia al perito que dictó la experticia adosada al escrito inicial.

6. **Conclusión.** Se impone revocar la providencia que aquí se revisa por vía de apelación, en tanto que, la ausencia de excepciones perentorias en el trámite divisorio, no significa necesariamente una pérdida de la oportunidad para cuestionar la forma de realizar la escisión aspirada.

7. **Las costas.** No se impondrán costas en esta instancia, porque no se causaron.

LA DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Antioquia, actuando en Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia,**

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de naturaleza, contenido, y procedencia descritos en la parte inicial de este proveído, para que, en su lugar, se conceda al extremo pasivo la oportunidad de contradecir el dictamen aportado por la demandante, de acuerdo con lo expuesto en el escrito de réplica y a lo dispuesto en articulo 409 del Código General del Proceso y normas afines.

SEGUNDO: No se impone condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

TERCERO: Devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Magistrado

Firmado Por:
Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b7423b8b925f2486d436c84e446259aeb9204884a129d881791ff1e8a2b7cfa0**
Documento generado en 25/09/2023 09:13:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, veintitrés de agosto de dos mil veintitrés

Proceso	: Restitución internacional de niños
Asunto	: Apelación de sentencia
Ponente	: **WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA**
Demandante	: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Demandado	: Vaneza Morales Morales
Radicado	: 05887318400120220017401
Consecutivo Sec.	: 1408-2023
Radicado Interno	: 0329-2023

SE ADMITE en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por Jaime Caballero Toledo contra la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Yarumal el 25 de julio último, en el proceso de restitución internacional de niños promovido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a solicitud del recurrente, contra Vaneza Morales Morales.

Las partes deberán suministrar y actualizar -cuando sea necesario- la información para efectos de comunicación y notificación, informando el correo electrónico y números de contacto respectivos. Los datos serán remitidos al correo de la Secretaría de la Sala Civil-Familia, indicando en el asunto el radicado del proceso y, en el cuerpo del mensaje, la calidad en la que actúan.

Al presente asunto se aplicará, el trámite de la apelación de la sentencia dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022; en consecuencia, se indica al recurrente que el término de cinco (5) días para sustentar la apelación por escrito, empezará a correr al día siguiente de la ejecutoria de este proveído, o del que niegue la solicitud de pruebas, si ese fuere el caso.

De la sustentación que presente la parte apelante, se correrá traslado virtual a la contraparte, por el término de cinco (5) días, contabilizados a partir del día siguiente, en que la Secretaría de la Sala, surta el respectivo traslado con la inserción del escrito contentivo de la sustentación en el micrositio de esta Sala.[1]

[1] *https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia. Hipervínculo: TRASLADOS*

Se advierte que en caso de que el recurrente no presente en esta instancia el escrito de sustentación, se surtirá la alzada con los argumentos que esbozó ante el juez de primera instancia, toda vez que se avizora que se expresaron con suficiencia las razones de su inconformidad y se desarrollaron los motivos de disenso, contando este cuerpo colegiado con los elementos de juicio necesarios para decidir el recurso.

Sobre la solicitud probatoria se proveerá en la oportunidad establecida en el inciso 2° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

De otra parte, se informa a los extremos litigiosos e intervinientes que sus escritos deberán ser remitidos al correo electrónico de esta Sala: secivant@cendoj.ramajudicial.gov.co, y que las providencias notificadas por estados pueden ser descargadas en el micrositio de esta Corporación[2].

Si alguna de las partes solicita copias de piezas procesales, por Secretaría, se deberá compartir el vínculo para que tengan acceso a los archivos o carpetas del expediente digital, siguiendo para ello, las pautas establecidas en el numeral 7, "*personas determinadas*", literales A y B, del anexo 5 del protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Unidad Informática, en acatamiento de lo señalado por el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020.

COMUNÍQUESE la presente decisión al Procurador delegado para asuntos de Familia ante el Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Magistrado

[2] *https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia/estados*

Firmado Por:

Wilmar Jose Fuentes Cepeda

Magistrado

Sala Civil Familia

Tribunal Superior De Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **423bf9b38f0543404e17f77bacdb43ce68351733747af8f78aa4b1b6dd4583b3**

Documento generado en 23/08/2023 11:50:47 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica