

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
CUNDINAMARCA SALA CIVIL – FAMILIA.**



Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual según Acta No. 1 y 3  
(20 de enero y 10 de febrero de 2021)

**Asunto:**

Resolución de contrato de compraventa de Graciela Ayala Velásquez contra TH Constructores S.A.S y otros.

Exp. 2020-00118-01

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil veintidós (2022).

**1. ASUNTO A TRATAR**

Conforme a lo previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho, se emite la sentencia que resuelve los recursos de apelación interpuestos, contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2021, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1. HECHOS Y PRETENSIONES:**

La señora Graciela Ayala Velásquez, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda declarativa en contra de TH Construcciones S.A.S., Daniel Herrera Torres y José Hubert Camacho Castellanos, para que

previos los trámites del proceso verbal, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

- Pretensiones principales:

1.- Declarar resuelto el contrato de compraventa del inmueble "LOS SAUCES", identificado con cédula catastral 01-00-00-00-0111-0017-0-00-00-000 y F.M.I. No. 176-29592, celebrado entre la señora Graciela Ayala Velásquez como vendedora y TH Constructores S.A.S. como comprador, que recoge la escritura pública No. 0828 de 9 de octubre de 2017 de la Notaría Única del Círculo de Cajicá, por el incumplimiento de las obligaciones de la última, al no pagar la totalidad del precio.

2.- Como consecuencia de lo anterior, los demandados deberán restituir jurídicamente el predio referido a la demandante.

3.- Que la sentencia que acoja las pretensiones se inscriba al margen de la escritura No.0828 de 9 de octubre de 2017, como también, de la escritura 0173 de 14 de marzo de 2018 de la misma Notaría, así como en el F.M.I. No. 176-29592.

4.- La parte actora restituirá a la demandada TH Constructores S.A.S., la suma de \$20.000.000, junto con los intereses legales a la tasa legal autorizada por el artículo 1617 del C.C., causados desde el 15 de diciembre de 2017.

5.- Se decrete la cancelación de la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018, corrida en la Notaría Quinta de Bogotá, como

consecuencia de los anteriores pedimentos; se condene a la parte demandada pagar las costas procesales.

- Pretensiones subsidiarias:

-Primeras:

1.- Que es nulo de “*NULIDAD ABSOLUTA*” el contrato de compraventa que recoge la escritura pública No. 0828 de 9 de octubre de 2017 de la Notaría Única del Círculo de Cajicá, por “*haber sido engañada*” la promotora por el representante legal de la persona jurídica TH Constructores S.A.S., para suscribir ese documento público.

2.- Como consecuencia de lo anterior, los demandados deberán restituir jurídicamente el predio referido a la demandante.

3.- Y, “*se decrete tanto la cancelación de la compraventa como del gravamen hipotecario*” constituido en la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018, corrida en la Notaría Quinta de Bogotá.

4.- La parte actora restituirá a la parte demandada TH Constructores S.A.S., la suma de \$20.000.000, junto con los intereses legales a la tasa legal autorizada por el artículo 1617 del C.C., causados desde el 15 de diciembre de 2017.

5.- Se inscriba la sentencia que acoja las súplicas al margen de la escritura No. 3242, como también en el F.M.I. No. 176-29592; debiéndose condenar a la parte demandada al pago de las costas.

- Segundas:

1.- Que es nulo de “*NULIDAD ABSOLUTA*” el contrato de compraventa que recoge la escritura pública No. 0828 de 9 de octubre de 2017 de la Notaría Única del Círculo de Cajicá, por “*ser absolutamente simulado*”.

2.- Se declare que el verdadero titular de derecho real de dominio del predio aludido en la escritura No. 0828, es la señora Graciela Ayala Velásquez.

3.- Como consecuencia de la anterior declaración los demandados deberán restituir jurídicamente el inmueble a la parte actora.

4.- Y, “*se decrete tanto la cancelación de la compraventa como del gravamen hipotecario*” constituido en la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018, corrida en la Notaría Quinta de Bogotá.

5.- La actora restituirá a la parte demandada TH Constructores S.A.S., la suma de \$20.000.000, junto con los intereses legales a la tasa legal autorizada por el artículo 1617 del C.C., causados desde el 15 de diciembre de 2017.

6.- Se inscriba la sentencia que acoja las súplicas al margen de la escritura 3242.

7.- En consideración de las declaraciones que preceden, se inscriba la sentencia que acoja las pretensiones al margen de la escritura pública No. 0828, como de la escritura 0173, al igual que en el F.M.I. No. 176-29592; y la parte demandada sea condenada al pago de las costas.

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la accionante expuso, en síntesis, los siguientes hechos relevantes:

- Graciela Ayala Velásquez, mediante documento privado de 5 de mayo de 2016, celebró con TH Constructores S.A.S., contrato de promesa de compraventa de inmueble sobre el predio de su propiedad Los Sauces, con cédula catastral 01-00-00-00-0111-0017-0-00-00-000 y F.M.I. No. 176-29592, alinderado como se consignó en la demanda; el precio convenido fue la suma de \$980.000.000, pagaderos así: i) abono de \$30.000.000, en tres pagos de \$10.000.000, cada uno los días 6, 30 de mayo y 15 de junio de 2016; ii) una vez se llegará al punto de equilibrio en ventas de cada una de las etapas constructivas en que se desarrollaría el proyecto Ópalo, y se transfirieran los dineros al Fideicomiso de pre-ventas, se pagaría a la vendedora la suma de \$20.000.000; iii) contra el cierre financiero del proyecto del edificio Ópalo, la suma de \$80.000.000 en efectivo; iv) el saldo restante, correspondiente a \$850.000.000, cancelados mediante la transferencia de metros cuadrados construidos en los apartamentos 501, 502, 505, 506, parqueaderos 7, 8, 23, 24 y depósitos 1, 2, 3, 13, 18 a título de *“dación en pago”*; en el parágrafo de la cláusula tercera, se indicó que se *“entiende por cierre financiero del proyecto, la escrituración y entrega de todos los inmuebles a los propietarios finales, para la recuperación de saldos ante entidades financieras por créditos hipotecarios de los mismos”*.

- Se pactó como fecha de suscripción de escritura el día 31 de mayo de 2016, en la Notaría Única de Cajicá a las 10:00 a.m., para consolidar el negocio *“de transferencia de dominio a título de fiducia como incremento al fideicomiso”* proyecto edificio Ópalo, el cual se enunció que se iba a constituir mediante una fiducia reconocida en el territorio nacional, lo cual no se cumplió.

- Con ardides y maniobras engañosas, el gerente de TH Constructores S.A.S., logró que la demandante suscribiera un *otro si* a la promesa de contrato, modificando el valor de cuota inicial de \$20.000.000, pagaderos el 15 de diciembre de 2017, dinero que recibió la actora en efectivo y, se modificó la fecha de suscripción de la escritura para el 9 de octubre de 2017, en la misma Notaría a las 2:00 p.m.; fue así, que el señor Daniel Herrera Torres manipuló a la vendedora, cometiendo "*actos que bordean el código penal*", logrando que Graciela suscribiera en favor de la sociedad demandada la escritura pública No. 0828 de 9 de octubre de 2017, corrida en la Notaría Única de Cajicá, sin que se hubiese recibido el pago del saldo del precio, ni en dinero efectivo, ni con los inmuebles prometidos en el documento del negocio promisorio; tampoco, la sociedad TH Constructores S.A.S. ni su representante legal, lograron consolidar el contrato de fiducia a que se hizo referencia en la promesa de contrato.

- La demandante únicamente recibió la suma de \$20.000.000 de manos del gerente de la sociedad demandada; sin perjuicio del incumplimiento expuesto, el señor Herrera valiéndose de la amistad y excesiva confianza logró que se le suscribieran la escritura pública, sin haberse pagado el precio y sin que la parte vendedora tuviera la intención de suscribir ese documento, por lo que, el consentimiento se encuentra viciado; la comisión de un "*punible*" jamás puede generar derechos en cabeza del infractor, por ello, emerge la nulidad absoluta del contrato de compraventa consignado en la escritura pública No. 0828 de 9 de octubre de 2017, corrida en la Notaría Única del Círculo de Cajicá, porque, no existía plena voluntad de suscribir ese documento, vulnerándose el artículo 1502 del C.C.

- La “supuesta venta” a que se contrae la escritura No. 3242 de 2 de noviembre de 2018, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, referida en las súplicas de la demanda, constituye “actos simulados y de mala fe” encaminados a la insolvencia fraudulenta de TH Constructores S.A.S., conllevando un perjuicio para la promotora, para evadir de esa manera la acción de la justicia “y hacer más dispendiosa la restitución del bien”, acto simulado que no solo es de conocimiento de la sociedad demandada, en tanto que sabía que no podía sacar adelante el proyecto del edificio Ópalo y menos la constitución de un contrato de fiducia para lograr un punto de equilibrio para pagar el saldo del precio del inmueble, toda vez, que no se construyeron los apartamentos.

- En el mismo documento –escritura 3242-, se constituye “falazmente” un crédito de hipoteca abierta en primer grado en cuantía de \$10.000.000, por parte del señor Daniel Herrera Torres –actual titular del derecho real de dominio-, en favor de José Hubert Camacho Castellanos; el demandado Daniel aceptó otorgar esa escritura, sabiendo que era simulado, comoquiera, que al momento de su otorgamiento conocía “la finalidad de tales actos fraudulentos”, que no era otros, que “despojar jurídicamente de la titularidad del derecho real de dominio a la aquí demandante”; con ese acto simulado, se ha perjudicado económicamente a la promotora, por cuanto no recibió el saldo del precio y actualmente no figura como propietaria del aludido inmueble.

- Como hechos que indican la existencia de la simulación contenida en la escritura pública No. 3242, se tienen: a) existía un motivo suficiente para simular, esto es, para evadir la restitución jurídica del inmueble a favor de la actora para el momento de decretarse la resolución de la compraventa por el no pago del precio por TH Constructores S.A.S.; b) la excesiva confianza de la señora Ayala Velásquez que depositó en Daniel Herrera Torres y su papá

Martín Guillermo Herrera Paredes, quienes la engañaron para hacerle firmar la escritura de compraventa sin haberse cancelado el saldo del precio, lo cual fue aprovechado, no solo para sacar del predio del patrimonio de la sociedad demandada, sino también, para gravarlo ladinamente con gravamen inexistente; c) los señores Martín Guillermo Herrera Paredes, Daniel Herrera Torres y José Hubert Camacho Castellanos, conocían de la simulación, buscando favorecer el patrimonio del señor Daniel como persona natural; d) el hecho de ser aparentemente un negocio conmutativo o equilibrado por compensación; e) Daniel Herrera no tiene, ni tenía los recursos para adquirir un predio con avalúo comercial de \$1.000.000.000, y solo se pactó como precio de la venta aparente \$250.000.000, que tampoco fueron pagados por el comprador, ni recibidos por TH Constructores S.A.S.; f) el hecho de que la actora junto con su familia viene ocupando el predio enajenado, en tanto que todas las afirmaciones sobre la presunta entrega en favor de la sociedad convocada y del señor Daniel son falsas.

## **2.2. ADMISIÓN, NOTIFICACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL LIBELO:**

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá admitió la demanda el 30 de julio de 2020<sup>1</sup>; los demandados TH Constructores S.A.S. y Daniel Herrera Torres, otorgaron poder a profesional del derecho -Diana Catherine González Molano-, que remitió vía correo electrónico escrito de contestación de la demanda<sup>2</sup>, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, planteando las excepciones de mérito que denominó *“Contrato no cumplido”*, *“Inexistencia de vicios de voluntad que den lugar a declaratoria de nulidad del contrato de compraventa”* e *“Inexistencia de simulación en el contrato de compraventa”*,

---

<sup>1</sup> Carpeta 1 Archivo 0008 Expediente digital

<sup>2</sup> Archivo 0019

aportando diferentes medios de prueba<sup>3</sup>; por ello, con auto de 12 de noviembre de 2020<sup>4</sup>, se tuvo por notificados a los referidos demandados por conducta concluyente, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 301 del C.G.P., presentándose nuevamente el escrito de contestación de demanda<sup>5</sup>.

Asimismo, el demandado José Hubert Camacho Castellanos por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda<sup>6</sup>, resistió las pretensiones con los medios de defensa denominados *“BUENA FE DEL DEMANDADO”*, *“INOPONIBILIDAD DEL DOCUMENTO DE ACUERDO PRIVADO DE CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA A TERCEROS DE BUENA FE”*, *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”*, *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”* y *“LEGALIDAD DEL ACTO JURIDICO DE HIPOTECA”*, ante lo cual, con proveído de 18 de febrero de 2021<sup>7</sup>, se le tuvo por notificado por conducta concluyente.

Con decisión de 29 de abril de 2021<sup>8</sup>, se convocó a la audiencia de que tratan los artículos 372 y 373 del C.G.P., decretándose pruebas; se inició el 3 de junio de 2021<sup>9</sup>, declarándose fracasada la conciliación, no se tomaron medidas de saneamiento, se interrogó a las partes, con la metodología de *“interrogatorio cruzado”*; luego, se continuó la audiencia el 4 de junio siguiente<sup>10</sup>, fijándose el litigio, se hizo alusión al decretó de pruebas y se atendieron las declaraciones de los terceros Luis Jorge González, Alejandro Grosso Sierra y Alfonso Ernesto Guzmán Sabogal, no se tomaron medidas de

---

<sup>3</sup> Archivos 0019, 0020, 0021 y 0022

<sup>4</sup> Archivo 0025

<sup>5</sup> Archivo 0026

<sup>6</sup> Archivo 0027

<sup>7</sup> Archivo 0029

<sup>8</sup> Archivo 0034

<sup>9</sup> Archivo 0043

<sup>10</sup> Archivo 0051

saneamiento, las partes presentaron alegatos de conclusión y, se suspendió la audiencia, reanudándose el 18 de junio de 2021<sup>11</sup>, fecha en la cual se profirió sentencia, accediendo parcialmente a las pretensiones.

### 3. LA SENTENCIA APELADA

La Jueza de instancia, realizó un resumen de los hechos en que se fundamenta la demanda. Refiriendo, que se proponen pretensiones que *“se excluyen entre sí, tienen presupuestos procesales diferentes, adicionalmente las partes, en sus alegatos de conclusión, solicitan unas indemnizaciones en términos que no fueron solicitadas en la demanda, la contestación de la demanda, ni en las excepciones”*, por lo que, se abordarían en principio las pretensiones principales, continuando con unas apuntaciones teóricas frente a la acción de resolución como de sus presupuestos axiológicos.

Consideró, que *“se probó en el presente caso que entre las partes se celebró el 9 de octubre del 2017, un contrato de compraventa que se perfeccionó con lo ordenado en la ley artículos 1849 y 1857 del Código Civil, mediante escritura pública, se acreditó la existencia de una obligación bilateral del vendedor y del comprador con la escritura pública de venta, exigencia legal para la compra de bienes inmuebles y títulos que los vincula recíprocamente al cumplimiento de una prestación correspondiente.”*; al vendedor le corresponde dar la cosa y al comprador pagar el precio, por lo que en el contrato de compraventa *“cuando el vendedor promueve la acción resolutoria por incumplimiento de la obligación de pagar el precio, este... le basta comprobar la existencia del contrato y acusar el incumplimiento por parte del comprador, como fundamento en el citado evento y al comprador, por su lado, le*

---

<sup>11</sup> Archivo 0056

*corresponde acreditar el pago del precio, porque en él recae la carga de la prueba de eso, de ese hecho extintivo de la obligación”.*

Luego, la resolución se abre paso en tanto que la vendedora cumplió o se allanó a cumplir sus obligaciones, se *“presentó en la notaría y suscribió la escritura pública en favor del demandado a TH”,* tanto así, que la escritura se registró en el F.M.I. No. 176-29592, anotaciones 08 y 09, y *“para esta fecha se encontraba libre de gravámenes hipotecarios con independencia del comprobado incumplimiento del demandado TH Constructores, primigenios su obligación de pagar el precio toda vez que, concurrió a la notaría, hizo consignar en la escritura pública una mentira, pero evidentemente no pagó la totalidad del precio como él, como lo reconoce el representante legal”,* y acorde con lo dispuesto en el artículo 191 del C.G.P., se presenta la confesión del señor Miguel Herrera como representante legal de TH Constructores S.A.S., por lo que incumplió con su obligación de pagar el precio, además reconoce que pagó 192 millones de pesos, *“de los cuales 50 millones fueron hechos de manera directa a la demandante señora Graciela Ayala y otros fueron realizados con recibos firmados por el señor Eduardo Enciso, sin que la demandante reconozca esos pagos. Debe indicarse que el solo hecho de no haber pagado la totalidad del precio es causal de resolución del contrato de compraventa materializada en la escritura pública 0828 del 2017”,* entonces, de esa declaración *“se verifica que es evasivo en informar los pagos en el interrogatorio del juez y los pagos acreditados por la demandada TH Constructores aparecen en el archivo 020 a folios 33, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 55, 61 y en el archivo 021 folios 46, 49 para un total de \$51.409.999 que pueden ser reconocidos, que fueron pagados conforme a las estipulaciones contractuales, pero que no corresponden a las, cuantía indicada por él”* y, de los pagos realizados a terceros o al señor Enciso, *“no se reconocen porque no están autorizados y no son objeto e igualmente que otros que no son objeto del contrato, igual suerte corren los*

*recibos de pago de aseo del edificio Ópalo, que no fue objeto del contrato, los recibos de servicios públicos y de Internet del edificio Ópalo o frente a la solicitud realizada de pago de corrección de linderos porque ellos corresponden a un objeto del negocio inmobiliario que el señor Miguel Herrera, y no al contrato de compra del señor Miguel Herrera, realiza para TH Constructores y no al contrato de compraventa. Adicionalmente, afirma que pagó comisiones o coimas para ejecutar la corrección de linderos, dineros que tendrían un destino ilícito y que no pueden ser cobrados a la demandante". Asimismo, "se observa que la suma difiere ampliamente del precio registrado en la escritura pública que correspondía con el avalúo catastral, en este caso, quien primero incumple este TH Constructores y automáticamente exime a su contrario a la señora Ayala para ejecutar la siguiente presentación correspondiente, o sea, la entrega. Esta última carece de exigibilidad, por cuanto la anterior no fue honrada.", por lo que, analizado el comportamiento de la promotora, cumplió con la primera obligación que era otorgar la escritura, pero "no tiene la obligación de realizar la entrega en aplicación armónica de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, quien primero cumple de manera automática, exime al contrario, ejecutar la siguiente presentación y conlleva como causa natural la resolución del contrato de compraventa".*

Destacó, que el señor Daniel Herrera, comprador en la escritura pública No. 3342 "conoció el negocio y fue un contrato de compraventa simulada, en el que no se pagó el precio, y recibió un préstamo que fue integrado, entregado integralmente a TH Constructores, para verificar la finalidad de ese acto jurídico evaluado a la luz de la prueba, se tiene que valorar a través de las declaraciones de los señores Daniel Herrera, Alfonso Ernesto Guzmán Sandoval, que refieren la inexistencia del precio y como último las amenazas que profirió el señor Miguel Herrera, representante legal de TH constructores, a la señora Graciela Ayala Velázquez es sacarla con el acreedor hipotecario. En este caso puntual, dicha escritura se realizó con la finalidad ilícita

*defraudar a un tercero, ello es a la señora Graciela, obsérvese que se pretendía obtener la entrega de un precio sin pagar de, la entrega de un pedido sin pagar el precio total o precio prometido”; se apuntó que los terceros de buena fe son los únicos quienes pueden enfrentar la presunción de seriedad de los negocio jurídicos y, “para identificar cómo afecta la resolución de la escritura al contrato del acreedor hipotecario, José Humberto Camacho Castellanos, debemos tener en cuenta que dentro del negocio es el señor quien propone que cambie las escrituras de TH constructores a Miguel Herrera, como lo informó en su declaración, con ello se rompe la buena fe que lo ampara y ello, unido a las manifestaciones del señor Daniel Herrera, que nunca se pagó un precio, que constituyeron la escritura pública 3242 el 2 de noviembre, sin pagar el precio y suscribieron simultáneamente la hipoteca. Ello unido a las amenazas de que sacarían a la señora con el acreedor hipotecario, demuestra que adquirió una deuda, fue la estratagema para reclamar la posesión del lote”.*

Respecto a la falta de legitimación solicitada por el acreedor, no es de recibo, dado que puede solicitarse la nulidad absoluta de los contratos por quien tenga un interés; sobre la escritura 342 tiene un “objeto ilícito”, acorde con la declaración de Daniel Herrera, quien indicó que no pagó precio, su voluntad no era adquirir el bien, ni recibir el dinero, “se registra en la escritura pública un hecho totalmente falso”, Daniel Herrera conocía los negocios y al revisar “en conjunto con el otro sí firmado por TH Constructores y la señora Graciela Ayala” se presentan “indicios”, siendo evidente que se buscó “asegurar la entrega sin pagar el precio y que el acreedor hipotecario y el juicio hipotecario se concretan en utilizar el sistema judicial para obtener la entrega de un precio sin pagar el precio”, en tanto que “el acreedor hipotecario conocía que el préstamo era para TH constructores y recibió ellos transferencias bancarias, propuso que las propiedades fueron pasadas a la persona natural y fue de TH”, lo que se corrobora con las

declaraciones del representante de TH Constructores S.A.S., Miguel Herrera y José Camacho Castellanos.

#### 4. LOS RECURSOS

TH Constructores S.A.S. y Daniel Herrera Torres:

- En términos generales no se tuvo en cuenta el verdadero valor de las pruebas, se añadió significado a los testimonios, restando importancia a las documentales *“más idóneas”*, las cuales son el soporte de que: i) el incumplimiento de los demandantes obedeció a uno previo de la demandante; ii) no existió vicio alguno del consentimiento de la parte actora ni en los contratos preparatorios, como tampoco, en el de compraventa; iii) el negocio de compraventa y posterior hipoteca fue real, tanto así, que el no pago de los intereses suscito que se radicara demanda ejecutiva.

- Inconsistencias en los dichos de la demandante y su mala fe; en la demanda, uno de los hechos referidos es que la sociedad TH Constructores S.A.S., solamente había pagado la suma de \$20.000.000 -hecho 3.1.7-, sin embargo, en su declaración de parte reconoció que recibió una suma superior a \$50.000.000; como si ello fuera poco, el juzgado de instancia omitió tener en cuenta los recibos de pago por valores superiores a \$200.000.000, siendo descartados porque se hicieron *“a terceros”* por cuenta de la demandante, guardando relación con *“deudas, hipotecas y actos múltiples de saneamiento”* desplegados por TH Constructores S.A.S., para poder adquirir el bien en las condiciones pactadas, cuando era una obligación de la vendedora según documento firmado y que se introdujo como prueba de oficio.

- Lo mismo acontece con la afirmación de la supuesta posición de desventaja de la señora Ayala en el negocio jurídico, siempre afirmó que estuvo sola y sin acompañamiento en el trámite precontractual, lo cual, se desvirtúa con lo dicho por los testigos citados de su parte, señores Luis Jorge González y Alejandro Grosso Sierra, quienes indicaron “*al parecer*” estar presentes en todas y cada una de las reuniones de la familia Ayala Enciso con los TH Constructores S.A.S. y Daniel.

- Frente al supuesto cumplimiento de la demandante respecto de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, ella reconoció que nunca entregó el inmueble, obligación no despreciable, en tanto, que no se compra un bien para que nunca le sea entregado, evento reconocido en la demanda - hecho 3.7.6-; entonces, del actuar de la promotora se evidencia su mala fe inicialmente en un estadio precontractual, comoquiera que pretendió prometer en venta un inmueble con las limitaciones conocidas y de las que, no estuvo presta a sanear, recibiendo pagos que luego desconoció en el interrogatorio de parte, se negó a entregar el predio, frustrando el proyecto inmobiliario, para finalmente demandar con una historia creada en su cabeza, falseando información con el apoyo de su abogado y familiares, inclusive, mintiendo pese a estar bajo juramento.

- De la valoración probatoria de los testimonios y la tacha propuesta; con el escrito de contestación de la demanda, se formuló tacha por las condiciones especiales de parentesco e interés en las resultas del asunto de los señores Esteban Nicolás Enciso Ayala, Luis Jorge González Enciso y Alejandro Grosso Sierra, que a pesar de esa advertencia, esos testimonios fueron recibidos y aunque llegaron a negar su parentesco con la promotora, esa situación ni siquiera fue mencionada en el fallo, aun cuando se reiteró en

los alegatos de conclusión; asimismo, no se detuvo la Jueza en analizar, que los señores Grosso y González Enciso frente a la pregunta de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que habían vistos los documentos del plenario, respondieron que *“lo hizo cuando se reunió con el abogado para que les dijera lo que debían decir en la audiencia”*; de manera que, se desconocen las reglas mínimas de imparcialidad y el no condicionamiento de los testigos, más aún, cuando es el Juez quien toma su juramento, pero lo cierto es, que la valoración de esas declaraciones denota la falta absoluta de criterio.

- El desconocimiento y la tacha de recibos de pago por parte de la demandante; uno de los argumentos más notorios para determinar el incumplimiento, fueron el no pago del precio por parte de TH Constructores S.A.S., por el hecho de que los recibos presentados por esa sociedad carecen de validez, que en su declaración de parte fueron desconocidos, tanto los propios, como aquellos correspondientes a su compañero permanente Eduardo Enciso (q.e.p.d.). Es así, que merece especial atención que una vez contestada la demanda y allegadas las pruebas, de esos documentos se corrió traslado a la parte actora, con la finalidad de que se pronunciará frente a estos o formulara tachas, desconocimientos o demás actos procedentes, sin embargo, el traslado no contiene pronunciamiento alguno frente a las pruebas pedidas y, contraviene el debido proceso proceder de esa forma en la audiencia.

- De cara a las manifestaciones iniciales de la señora Ayala, sobre no recibir pagos por parte de TH Constructores S.A.S., admitió en su interrogatorio usar medios no convencionales para recibir dineros, al aceptar recibirlos por medio de terceros, como sus hijos, esposo e incluso amigos, afirmaciones y manifestaciones todas olvidadas por la *a -quo*.

- Las decisiones tomadas por la Jueza de instancia y su argumentación son erradas, sin fundamentos fácticos o jurídicos reales, por lo que, ni siquiera existe material para ser corregido, siendo imperante que en segunda instancia se decida de forma cierta el asunto, lo que de suyo conlleva la declaración de procedencia de las excepciones, principalmente la fundada en el incumplimiento de la propia demandante y en aplicación de la máxima del derecho de que nadie puede sacar provecho de su propia culpa; entonces, deberá determinarse la improcedencia de las pretensiones y obligar al cumplimiento de lo pactado en la escritura pública 828, dado que los demandados se han allanado al pago del precio restante, una vez se les haga entrega del bien.

- Sobre la compra de Los Sauces por Daniel Herrera y constitución del gravamen hipotecario; la juzgadora de instancia declaró la nulidad de ambos negocios jurídicos, al estimar que tenían objeto ilícito, sin embargo, a esa conclusión arribó con afirmaciones carentes de fundamento de la promotora y soslayando un cúmulo de pruebas sobre el particular, resaltando de dichos contratos un ánimo defraudatorio en contra de la parte actora.

Indicó, frente a la compraventa que se trataba de una simulación, comoquiera que no hubo compraventa y no *“se podía entregar el predio sin haber pagado el precio”*, olvidando, que, según la ley comercial, hay contrato de compraventa al acordarse la cosa y el precio, señalando además sin existir prueba de tal enunciado, que el señor Daniel Herrera no poseía los fondos para dicha adquisición, todo para terminar indicando que la prueba fehaciente de ese ánimo defraudatorio era el recibir el dinero de la hipoteca, toda vez, que Daniel Herrera lo transfirió a la TH Constructores S.A.S., dando a entender que Daniel presentaba una limitación para manejar recursos.

- Frente al gravamen hipotecario, se consideró que corría el mismo destino, a pesar de que fueron presentadas pruebas, tales como, los pagarés e incluso la demanda ejecutiva impetrada por el acreedor hipotecario contra Daniel Herrera, sin embargo, se concluyó que se presentaba un objeto ilícito, desconociendo la legalidad del mutuo con garantía real y lo que ello deriva.

- José Hubert Camacho Castellanos:

- Resolvió la Jueza de instancia acceder de las pretensiones ordenando la cancelación del gravamen hipotecario contenido en la escritura 3242 de 2 de noviembre de 2018, sin tener en cuenta, que dentro del proceso emerge prueba alguna que demuestre que el tercero demandado y acreedor hipotecario José Hubert actuó de mala fe y con conocimiento de los acuerdos privados celebrados entre la parte actora y TH Constructores S.A.S.; así como tampoco, obra prueba de que el acreedor previo a la constitución de la hipoteca, tenía conocimiento de las falsedades consignadas en la escritura pública No. 0828 de 9 de octubre de 2017; esas falsedades, no pueden pasar desapercibidas, al constituir punibles de falsedad y fraude procesal a luces del Código Penal, delitos que deben ser investigados y sancionados.

- No está probado, ni es cierto lo afirmado por la actora y considerado por el despacho, que el acreedor hipotecario obró de mala fe, con dolo y conveniencia de los demandados Daniel Herrera Torres y Martín Guillermo Herrera Paredes, socios de TH Constructores S.A.S., para defraudar sus intereses y hacer difícil la recuperación del inmueble, dichos que itera, no están probados en el proceso, como sí se encuentra acreditada la buena fe exenta de culpa con la que actuó el acreedor hipotecario; está demostrado y, así lo advirtió la Jueza en sus consideraciones la calidad de acreedor y oficio

de prestamista, la veracidad del desembolso en calidad de mutuo por la suma de \$200.000.000, en favor de Daniel Herrera Torres como socio de TH Constructores S.A.S., así como las circunstancias y formas en que se efectuó, basado en la situación jurídica y anotaciones que para la época reflejaba el certificado de tradición y libertad del predio, que no solo fueron estudiados por el acreedor sino también por el intermediario, anotaciones publicitadas sin irregularidad o advertencia con absoluta apariencia de legalidad, por lo que los negocios jurídicos son inoponibles frente a los terceros de buena fe.

- Dispuso igualmente el despacho, la resolución de la escritura pública No. 828, considerando únicamente el incumplimiento de TH Constructores S.A.S., tanto de lo pactado en la promesa de contrato como en la escritura de venta, sin advertir, que se presentó un incumplimiento mutuo entre comprador y vendedor, que se encuentra acreditado que quien primero incumplió el contrato fue la parte vendedora al no realizar la entrega en la fecha pactada en la promesa de compraventa, esto es, el 30 de noviembre de 2016 y, que la propia vendedora ha sido insistente en no está presta a la entrega, contrario a lo expuesto por el comprador de estar dispuesto a pagar el saldo del precio, por lo que no existe el más mínimo ánimo de las partes de desistir del contrato o el mutuo consentimiento de darlo por terminado o resuelto con fundamento en el artículo 1546 del C.C.

- Tampoco es cierto, que exista una simulación en la celebración de la escritura 0828 de 9 de octubre de 2017, como lo consideró el *a quo*, como se puede ver, se estableció un precio de venta, el cual manifestó la vendedora le fue incumplido por la compradora, siendo evidente que es un negocio real y no simulado.

## 5. FUNDAMENTOS DE ESTA INSTANCIA

### 5.1. COMPETENCIA:

Radica en esta Sala adoptar la decisión que en derecho se reclama, con fundamento en el numeral 1º del artículo 31 y artículo 328 del C.G.P, por ser la superior funcional del juzgado que profirió la sentencia de primera instancia.

Atendiendo que la providencia solo fue apelada por los demandados, la Corporación presenta competencia restrictiva para discernir el asunto.

### 5.2. PROBLEMAS JURIDÍCOS:

- Bajo los especiales contornos del negocio jurídico debatido, definir, qué obligaciones pactadas en el contrato de promesa y su *otro si*, fueron honradas, a efecto de verificar el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por la señora Ayala Velásquez y la sociedad TH Constructores S.A.S., plasmado en la escritura pública No. 0828 de 9 de octubre de 2017 de la Notaría Única de Cajicá.

- Establecer, cuáles pagos fueron realizados por la demandada TH Construcciones S.A.S., a favor de la demandante -bien directamente o por intermedio de terceros-, y de tener lugar, ser considerado en las restituciones mutuales.

- Determinar, si el acto contentivo de la compraventa plasmado en la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018, demarca un objeto ilícito al estimarse por la judicatura de primer nivel, que fue simulado, dadas

las particularidades del caso y, discernir el alcance del acto de hipoteca abierta en favor del señor Camacho Castellanos efectuado en esa misma escritura.

### **5.3. CASO DE ESTUDIO:**

Sea lo primero acotar, en cuanto a los contratos, se tiene que son un negocio jurídico definido como el instrumento que el derecho le otorga a las personas para la disposición de sus activos y bienes en procura de satisfacer sus intereses, tendientes a producir un efecto jurídico, que puede consistir en la creación, modificación o extinción de una situación de derecho; dentro de las diversas categorías de negocios jurídicos, tenemos, aquellos que versan sobre cuestiones patrimoniales de los celebrantes, pudiendo ser unipersonales o pluripersonales, en estos últimos, dos o más personas intervienen en la celebración del negocio.

En materia contractual encontramos, como uno de los principios fundamentales que inspiran nuestro Código Civil, la autonomía privada de la voluntad, en virtud de la cual, todo individuo que goce de capacidad es libre de comprometerse; de suerte que, al participar en una determinada convención, bien puede estructurar autónomamente, en asocio con su co-contratante, el contenido del acuerdo, sin más restricciones que las que imponen la ley, el orden público y las buenas costumbres –salvo casos especiales como en los denominados negocios por adhesión-, los que una vez celebrados imponen a los contratantes el deber de cumplir adecuadamente las prestaciones convenidas, ciñéndose de manera especial en su desarrollo al postulado de la buena fe.

Como es sabido el contrato es ley para las partes –art. 1602 C.C.–, empero, mal se haría obligar a uno de los contratantes a permanecer atado a un acuerdo cuando el otro ha pasado por alto el contenido de lo pactado, situación prevista por el legislador en el artículo 1546 del C.C., al considerar que "[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado" y que, por tanto, en tales casos podrá el contratante cumplido "*pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*", con la premisa del artículo 1609 de la obra en cita de que "[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos", y bajo el entendimiento de que son contratos bilaterales aquellos en que "*las partes se obligan recíprocamente*" (art. 1496 *ibídem*) y son estas partes quienes están legitimadas para, en caso de incumplimiento suplicar ante las autoridades judiciales correspondientes que se honren las obligaciones contraídas o la resolución del convenio.

Por manera que, como presupuestos de la acción resolutoria se requieren los siguientes: "*a) invocación de un contrato bilateral legalmente celebrado, como fuente de obligaciones; b) cumplimiento de las obligaciones, o allanamiento a cumplirlas, por parte del demandante; y c) incumplimiento total o parcial de las obligaciones por el demandado.*"<sup>12</sup>.

**5.3.1.** Frente al presente marco, de conformidad con el primer problema jurídico suscitado, correspondiente a la subsistencia de las obligaciones del contrato de promesa de compraventa de 9 de octubre de 2017 y su *otro si* calendado a 9 de octubre de 2017; aun cuando, se celebró el contrato prometido, pertinente es iniciar determinando la finalidad y alcance de la promesa de contrato.

---

<sup>12</sup> Casación Civil, Sentencia de 24 de octubre de 2006

Huelga recordar, que la promesa de contrato es concebido como un acto jurídico que genera derechos y obligaciones que como regla general, se cumplen con la celebración del negocio prometido, porque, su naturaleza preparatoria, en su esencia se dirige a la futura celebración de un contrato – diferente-, de donde se infiere, que <sup>13</sup>“no puede identificarse el contrato de promesa de venta con el contrato prometido en ella, pues del primero no surgen para las partes, naturalmente, sino la obligación de otorgar la escritura contentiva de contrato prometido. En cambio, las obligaciones de efectuar la tradición del inmueble por parte del prometiende vendedor, y la de pagar su precio, a cargo del prometiende comprador, nacen a la vida jurídica en virtud del contrato de venta y no del contrato de promesa...”.

En ese sentido, la doctrina ha señalado sobre el contrato de promesa que:

*<sup>14</sup>“Puede concebirse en primer lugar, como un contrato por medio del cual las partes se obligan de manera recíproca a celebrar otro contrato.*

*De esta manera debemos afirmar que se trata de un contrato preparatorio, como lo califica algún sector de la doctrina, en el sentido de que está destinado a que las partes se pongan de acuerdo previamente sobre el contenido de un contrato al cual quieren ligarse de manera definitiva, que será el acuerdo o convenio posterior. Esto nos permite anticipar y concluir también, que el contrato de promesa, de suyo, está llamado a tener una vida limitada en el tiempo, toda vez que se agotará cuando se cumpla la obligación de hacer que él mismo generó: la celebración del contrato definitivo. Dicha obligación de hacer, que es celebrar el contrato prometido se cumplirá al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición”. (Énfasis añadido)*

---

<sup>13</sup> C.S.J.; Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1998.

<sup>14</sup> “APUNTES SOBRE EL CONTRATO BILATERAL DE PROMESA EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO”, Jorge Oviedo Alban, Revista Vniversitas, 2003.

Así las cosas, el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 (art. 1611 C.C.), prevé que *“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Que la promesa conste por escrito; 2a. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 –correcto 1502- del Código Civil; 3a. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4a. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.”*.

Además, tenemos que, en estas clases de convenciones, están facultados para acordar obligaciones principales de las cuales, se puede exigir su cumplimiento, pese a que se haya materializado la tradición de la cosa, mediante la escritura pública, como lo ha indicado nuestra jurisprudencia de la siguiente forma:

<sup>15</sup>*“3. Las partes del contrato preparatorio, preliminar o promesa de contrato, adquieren la obligación recíproca de celebrar otro futuro, posterior y definitivo.*

*De tal negocio jurídico, deriva essentialia negotia, la prestación de hacer consistente en la celebración de otro contrato, “cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real, esto es, no envuelve hipótesis de adquisición originaria o derivativa, traslativa o constitutiva del derecho real de dominio” (cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01). Nada obsta, empero, pactar prestaciones diferentes o anticipar el cumplimiento de las inherentes al contrato prometido, con tal que se estipule expressis verbis (negrilla fuera de texto original).*

*En efecto, la promesa de compraventa, tiene dicho la Corte, “genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien (negrilla*

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de diciembre de 2011, Referencia: 25269-3103-002-2005-00199-01

fuera de texto original), *en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio”, pero en tal caso, uno y otro contrato ostenta tipología propia, por sus elementos, efectos y función práctica o económica social, o sea, “el contrato preliminar y el definitivo, tienen estructura y función heterogéneas, sus requisitos esenciales, forma y efectos son distintos y, también, los derechos y prestaciones inherentes a cada tipo contractual” (cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01).”*

A partir del anterior marco conceptual, la accionante alega que se presentó incumplimiento contractual, por el no pago del precio pactado como venta del inmueble objeto de contrato de compraventa, resaltando que, en la escritura pública No. 828 de 9 de octubre de 2017 corrida en la Notaría Única de Cajicá, el precio pactado fue de \$237.627.000, ello se contrasta con lo estipulado en la promesa de compraventa que señaló como tal, la suma de \$980.000.000. Por su parte, el extremo pasivo o comprador TH Constructores S.A.S., manifestó que canceló la suma de \$192.301.967, aseverando que, la demandante nunca estuvo dispuesta a entregarlo *“aunque lo desocupó por algún tiempo”* y, no se logró desarrollar el proyecto -Ópalo- por causas imputables a la vendedora, ante la falta de disposición o pago de una deuda con la EPC, lo que frustró la consecución de los servicios públicos.

Para verificar lo señalado por las partes, volveremos la mirada inicialmente al contrato de promesa que se suscribió el 5 de mayo de 2016<sup>16</sup>, siendo Graciela Ayala Velásquez promitente vendedora y TH Constructores S.A.S., representada por Martín G. Herrera Torres, como promitente comprador, sobre el inmueble ubicado en la calle 3 Sur No. 2-91 de Cajicá, identificado con F.M.I. No. 176-29592, destacándose de su contenido lo siguiente:

---

<sup>16</sup>

Archivo 0036

*“CLAUSULA TERCERA. PRECIO Y FORMA DE PAGO: El precio del inmueble objeto de esta promesa, es la suma de NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS, (\$980.000.000.00) M/C, suma de dinero que será cancelada a la PROMETIENTE VENDEDORA de la siguiente manera: 1.) Abono de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000.00), dividido en tres (03) pagos de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (\$10.000.000), cada uno los días seis (06) de mayo, treinta (30) de mayo y quince (15) de junio de 2016 (sic.). 2.) Una vez se llegue al punto de equilibrio en ventas de cada una de las etapas constructivas en que se desarrollará el Proyecto Edificio Ópalo, y se transfieren los dineros del FIDEICOMISO DE PREVENTAS, se pagará a la PROMETIENTE VENDEDORA la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$20.000.000.00). 3.) Contra cierre financiero del Proyecto Edificio Ópalo, la suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$80.000.000.00) en efectivo. 4.) El saldo restante, correspondiente a OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$850.000.000.00) M/C, serán cancelados a la PROMETIENTE VENDEDORA, mediante la transferencia de Metros cuadrados construidos apartamentos 501, 502, 505, 506, parqueaderos 7, 8, 23, 24 y depósitos 1, 2, 13, 18 a título de Dación en pago”.*

*“CLAUSULA QUINTA. ESCRITURACIÓN: LA PROMETIENTE VENDEDORA y LA PROMETIENTE COMPRADORA se obligan a otorgar la escritura pública de compraventa el día 31 de mayo del año 2016, en la Notaría Única de Cajicá, a las 10:00 am, **teniendo en cuenta que se realizará la transferencia de dominio a título de fiducia, como incremento al Fideicomiso PROYECTO EDIFICIO OPALO, el cual se constituirá ante en una Fiduciaria reconocida en el territorio nacional**”.*

*“CLAUSULA SEXTA. ENTREGA MATERIAL DEL INMUEBLE: LA PROMETIENTE VENDEDORA hará entrega real y material del inmueble con todas sus anexidades usos, costumbres y servidumbres legalmente correspondientes, el día 30 del mes de Noviembre del año 2016. Sin embargo, para efectos de la instalación de la caseta de ventas, a solicitud de LA PROMETIENTE COMPRADORA, LA PROMETIENTE VENDEDORA hará entrega parcial (una porción) del lote de terreno, antes de la entrega material total del predio. No obstante lo anterior, LA PROMETIENTE VENDEDORA hará entrega anticipada del bien inmueble a solicitud de la PROMETIENTE COMPRADORA, para efectos de la iniciación del Proyecto inmobiliario, teniendo que haber un aviso por parte de la PROMETIENTE COMPRADORA, por lo menos con un mes de anticipación”.*

Luego, con diligencia de reconocimiento de contenido firma y huella de la Notaría Única de Cajicá de 9 de octubre de 2017, se suscribió un *otro si* modificando las cláusulas tercera, quinta y sexta; la quinta, para fijar la firma de la escritura pública para ese mismo día, con el siguiente parágrafo:

*“PARAGRAFO PRIMERO: En caso de que por algún motivo LA PROMITENTE COMPRADORA no desarrolle el proyecto EDIFICIO OPALO, el inmueble objeto de la presente COMPRA VENTA, será restituido a la PROMIENTE VENDEDORA, como única propietaria del mismo, o en caso de fallecimiento de la misma, a sus herederos directos sin que los tengan que mediar algún otro proceso o solicitud ante autoridad competente”.*

La cláusula sexta, para referir que la entrega se realizaría el día 15 de diciembre de 2017, entre otras determinaciones.

Y, con escritura pública 0828 de 9 de octubre de 2017 otorgada en la Notaría Única de Cajicá, se suscribió contrato de compraventa entre la señora Velásquez Ayala como vendedora y TH Constructores S.A.S. como comprador<sup>17</sup>, teniendo por objeto el bien citado en el anterior contrato preparatorio, pactándose en sus cláusulas cuarta y quinta:

*“Que el precio de(los) inmueble(s) que por el presente documento se enajena(n) es la cantidad de DOSCIENTOS TRENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL PESOS (\$237.627.000,00) MONEDA CORRIENTE, que LA VENDEDORA declara(n) recibir recibidos de LA SOCIEDAD COMPRADORA, a entera satisfacción a la firma de esta escritura”*

*“Que desde hoy LA VENDEDORA le(s) hace(n) entrega real y material del (los) inmueble(s) vendido(s), a LA SOCIEDAD COMPRADORA, junto con todos sus usos, costumbres y servidumbres que legal y naturalmente le(s) corresponden, incluidas las mejoras en él (ellos) existentes, en el estado en que se encuentra(n), sin reserva ni limitación alguna y a PAZ Y SALVO por concepto de impuestos, tasas,*

---

<sup>17</sup> Archivo 0003 Anexos demanda

*contribuciones y sobretasas causadas hasta el día de la entrega, siendo de cargo de LA SOCIEDAD COMPRADORA, el pago de los impuestos sobre el(los) inmueble(s) objeto de este contrato, que a partir de la fecha de entrega se llegaren a causar, liquidar o reajustar por cualquier concepto”.*

De esta manera, revisadas las documentales referidas, acorde a lo indicado por la jurisprudencia y la doctrina, dado que, el contrato de promesa se agota con el perfeccionamiento del contrato prometido, lo allí pactado deja de producir efectos jurídicos, sin que pueda ser alegado como accesorio al contrato final, por cuanto, así no se estipuló en este último, requisito que se señala en la sentencia antes referida. Y no se están alegando otras obligaciones accesorias que en la promesa se hubiesen estipulado.

Por tanto, aunque el demandado indique que la actora no cumplió con el contrato de promesa de compraventa, en lo referente al no pago de una deuda con la empresa de acueducto de Cajicá, lo que impidió la consecución de los servicios públicos para desarrollar el proyecto edificio Ópalo, lo cierto es, que ese acuerdo preparatorio ya no produce efectos y no es una excusa válida para justificar su incumplimiento de pagar el precio pactado *-sin adentrarse a determinar el valor pactado en la promesa de contrato o de la escritura pública-*, habiéndose debido cumplir esa obligación y reclamar, de haber lugar, el saneamiento.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente:

*18“... tal y como lo ha aceptado la doctrina y la jurisprudencia civil de manera mayoritaria, una vez celebrado el contrato prometido, fenece el pacto preparatorio, y en este sentido, las cláusulas*

---

<sup>18</sup> Sentencia STC 9437/16 y sentencia de 22 de agosto de 2017

*convenidas en él pierden eficacia. Acerca de tal temática, esta S. ha manifestado que:*

*«En general, -explica A.- todo contrato puede ser objeto de una promesa, pues nada se opone a que así como las partes pueden pactar desde luego el contrato, difieran su celebración, mediante una promesa, para una época más o menos distante». (La compraventa y la promesa de venta. Tomo II. Volumen 2. Editorial Jurídica de Chile, 2003. P. 834)*

*La promesa de celebrar un contrato es en sí misma un contrato, completamente distinto de los simples tratos preliminares (que no generan obligación alguna); de la oferta (que por ser irrevocable acarrea indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento); y del convenio definitivo (que da lugar a reclamar el cumplimiento de lo pactado).*

*El objeto de la promesa –según lo tiene establecido la jurisprudencia– es la conclusión del contrato posterior. De ahí que “siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran”. (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724)*

*“La promesa de celebrar un contrato –en términos de ALESSANDRI– puede definirse diciendo que es aquella convención por la cual los contratantes se obligan a celebrar otro contrato dentro de cierto plazo o al evento de una condición. La promesa es un antecedente del contrato prometido; no es el mismo contrato, sino diverso de éste”. (Op. Cit. P. 841)*

*El contrato de promesa, por tanto, no puede confundirse con el prometido, pues es su antecedente; y la realización de éste es el objeto de aquélla. “La promesa no es sino una convención que sirve para celebrar otra, por lo que no produce más efecto que poder exigir la celebración de éste. Ahí termina su misión. Celebrado el contrato prometido desaparece la promesa.” (Ibíd., 842)*

*Por ello, ha sido reiterada la posición de esta Corte al considerar que la promesa tiene un “carácter preparatorio o pasajero, lo cual implica por naturaleza una vida efímera y destinada a dar paso al contrato fin, o sea, el prometido...” (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724) La promesa y el contrato prometido jamás pueden coexistir en el tiempo, pues el nacimiento de éste acarrea la extinción de aquélla.*

*Sin embargo, nada obsta para que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pacten en un mismo documento, además del compromiso de celebrar el contrato definitivo, otras prestaciones destinadas a regir en vigencia de éste. Tal circunstancia no significa en modo alguno que la promesa subsista luego de perfeccionarse el acuerdo principal sino, tan solo, que en la fase de conclusión del negocio los contratantes deciden ratificar las cláusulas contenidas en el arreglo preliminar, sin que sea necesario volver a pronunciarse sobre lo que convinieron con anterioridad” (Énfasis añadido)*

En gracia de discusión, si se aceptara que se pueden tomar las obligaciones estipuladas en la promesa de compraventa para incorporarse en el contrato final, lo cierto es, que en ninguna de las cláusulas de la escritura 0828, se indicó, que el predio objeto de la *litis* se transferiría a una fiducia como incremento al fideicomiso proyecto edificio Ópalo -cláusula quinta-, tampoco que el pago del precio sería en parte con los bienes enunciados en el numeral 4º de la cláusula tercera de ese precontrato, lo cual, no sule de manera alguna la obligación de pagar el precio determinado en la referida escritura de compraventa; distinto fuera que se hubiese consignado esa forma de pago en la escritura pública.

Se suma a lo anterior, que para el momento de suscripción del *otro sí* de la promesa de contrato -09-10-2017-, la parte compradora tenía conocimiento de la misiva de la Empresa de Servicios Públicos de Cajicá, con la cual negaba el trámite de solicitud de viabilidad de servicios públicos “VSP-010-2017”, al referir: <sup>19</sup>*“me permito informarle que en comité de viabilidades del 30 de marzo de 2017, se encontró que el predio mencionado tiene una deuda de catorce millones de pesos (\$14.000.000) con la Empresa de Servicios Públicos de Cajicá S.A. ESP por costas del proceso No. 258999333300120130001601 del Tribunal Administrativo de*

---

<sup>19</sup> Archivo 021, fl. 58

*Cundinamarca... Por lo anterior la Empresa de Servicios Públicos de Cajicá S.A. ESP decide que hasta que no se haga la cancelación total de la deuda no se puede continuar con el trámite de solicitud de viabilidad...” y, sin perjuicio estuvo de acuerdo con la suscripción de la escritura pública, por ende, mal puede predicar que ello fue un incumplimiento previo a la suscripción del contrato de compraventa contenido en la escritura 828 y, de esa manera excusarse en el cumplimiento en el pago del precio pactado en la escritura.*

Al respecto, nuestra superioridad ha puntualizado:

*<sup>20</sup>“Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.*

*Igualmente, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del pacto, quien así lo demanda requiere haber honrado sus compromisos o haberse allanado a hacerlo, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente.*

*En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual o que desplegó todos los actos para satisfacer sus débitos, con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores.” (Negrilla fuera del texto original).*

Entonces, acreditado se encuentra el incumplimiento de la parte compradora TH Constructores S.A.S., claro está, advirtiendo que se trata de un contrato valido y, la parte actora cumplió con su obligación de otorgar la

---

<sup>20</sup> Sala Casación Civil, CSJ, sentencia de 20 de abril de 2018; rad. 11001-31-03-025-2004-00602-01; SC1209-2018.

escritura pública, como también estuvo dispuesta a entregar el inmueble, pero, como lo determinó la judicatura de primer nivel, al no pagársele la totalidad del precio o sustraerse de esa obligación, se abstuvo de hacerlo.

Y si ello así, se desmoronan los argumentos en que se fincó la pretensión impugnatoria, por medio de los cual, se le endilgaba la calidad de contratante incumplida a la vendedora, siendo procedente la declaración de resolución de la escritura 828 y, por consiguiente, se pasa al estudio del segundo de los problemas jurídicos.

**5.3.2.** Por lo que se sigue con el segundo cuestionamiento, en tanto que, como consecuencia obligada de la declaración de resolver el citado acuerdo, es, las prestaciones a las que se habían obligado desaparecen, restituyéndose las mismas al estado anterior a la negociación, surgiendo por querer del legislador los restablecimientos mutuales, eso sí, en todo caso, con lo probado en el proceso al tenor de las previsiones sustanciales, ambas de los artículos 167 C.G.P. y 1757 C.C.

En el caso que ocupa nuestra atención, habrán de devolverse las cosas al estado en que se encontraban, con lo que involucra la devolución de los emolumentos pagados por concepto del precio, en tanto que no hay discusión frente a los frutos y mejoras, tal como se dispuso por el juzgado de instancia.

Entonces, debiendo volver las cosas a como se encontraban con anterioridad a la celebración del acuerdo de voluntades, se indicó en la promesa de contrato de 5 de mayo de 2021, que el precio era, por la suma de \$980.000.000, luego en la escritura pública No. 828 de 9 de octubre de 2017, se anotó como tal \$237.627.000; la parte actora inicialmente en el hecho 3.1.7.,

sostuvo que “solo recibió” \$20.000.000, no obstante, en su declaración de parte aceptó haber recibido \$50.000.000, en pagos de “10, 10, 10 y 20 millones”, sobre lo cual, la parte demandada en el escrito de contestación refirió que la promotora “recibió de TH CONSTRUCTORES la suma de \$192.301.967 pesos, de los cuales correspondieron entre otros al pago de impuestos, obligaciones pendientes de esta y demás”, aportándose la siguiente relación de documentos para acreditar los pagos relacionados con la negociación:

No.	Folio	Fecha	Valor	Concepto	Firmado por
1	24- archivo 0020	29/08/2016	\$ 23.000	Solicitud disponibilidad servicios edificio Ópalo	Eduardo Enciso
2	25- archivo 0020	6/09/2016	\$ 20.000	Comprobante de egreso, pago trámite saldo pago impuestos	Eduardo Enciso
3	26- archivo 0020	2/02/2018	\$ 1.172.000	Comprobante de egreso, pago a Graciela y Eduardo Enciso, abono febrero 2018, anticipo compraventa	Eduardo Enciso
4	27- archivo 0020	8/02/2018	\$ 428.000	comprobante de egreso pago "servicios públicos OPALO"	Eduardo Enciso
5	28- archivo 0020	31/01/2018	\$ 350.000	Recibo caja menor; concepto servicios públicos edificio Ópalo y préstamo "SR ENCISO"	Eduardo Enciso
6	28- archivo 0020	25/01/2018	\$ 1.272.000	Recibo de caja menor; arriendo enero de 2018 de acuerdo al contrato de venta \$1.172.000 más servicio de internet noviembre y diciembre	Eduardo Enciso
7	29- archivo 0020	15/11/2017	\$ 50.000	recibo de caja menor; pago internet sala de ventas octubre 2017	Eduardo Enciso
8	29- archivo 0020	9/11/2017	\$ 120.000	recibo de caja menor "volantear los fines de semana"	Liseth Vannesa Cogua
9	29- archivo 0020	8/11/2017	\$ 4.200	recibo de caja menor líquidos de aseo Ópalo	Sandra Socha
10	30- archivo 0020	7/07/2017	\$ 45.000	Recibo de caja menor, pago internet mes de julio de 2017	Eduardo Enciso
11	31 y 32- archivo 0020	10/08/2015	\$ 24.300	Pago IGAC estudio loteo	

12	33- archivo 0020	4/09/2015	\$ 39.200	IGAC fotocopia ficha predial	
13	34 a 36- archivo 0020	17/11/2015	\$ 452.916	Pagos IGAC derivados de "CAMBIOS EN EL CATASTRO"	
14	37- archivo 0020	15/04/2016	\$ 31.900	IGAC pago certificado con transcripción de datos de la ficha predial	
15	38- archivo 0020	15/04/2016	\$ 41.900	IGAC fotocopia ficha predial	
16	39- archivo 0020	10/05/2016	\$ 110.000	Pago beneficencia actualización linderos	
17	40- archivo 0020	6/02/2017	\$ 1.407.534	Cheque y comprobante de egreso	Graciela Ayala
18	41- archivo 0020	22/07/2016	\$ 10.000.000	Cheque y comprobante de egreso	Graciela Ayala
19	42- archivo 0020	1/07/2016	\$ 10.000.000	Cheque y comprobante de egreso	Graciela Ayala
20	43- archivo 0020	13/05/2016	\$ 10.000.000	Cheque y comprobante de egreso	Graciela Ayala
21	44- archivo 0020	9/11/2018	\$ 1.200.000	Comprobante pago y cuenta de cobro consignado a la cuenta No. 4625-7004-0404 a nombre de Nicolas Enciso Ayala, hijo de Graciela Ayala	
22	45- archivo 0020	23/08/2018	\$ 250.000	Extracto con transferencia a FELIX EDUA ENCISO banco Davivienda	
23	46- archivo 0020	9/03/2018	\$ 1.172.000	Cheque Davivienda No. 20971-0 pagadero a Graciela Ayala	
24	47- archivo 0020	16/12/2017	\$ 1.106.576	Cheque Davivienda No. 80810-0 pagadero a Graciela Ayala	
25	48- archivo 0020	9/10/2017	\$ 500.000	Cheque Davivienda No. 80803-4 pagadero a Graciela Ayala	
26	49- archivo 0020	1/12/2016	\$ 725.472	Cheque Davivienda No. 72882-7 pagadero a Graciela Ayala	
27	50- archivo 0020	17/09/2016	\$ 2.000.000	Cheque Davivienda No. 72858-3 pagadero a Graciela Ayala	
28	51- archivo 0020	11/11/2016	\$ 1.000.000	Cheque Davivienda No. 72872-5 pagadero a Graciela Ayala	

29	52- archivo 0020	6/09/2016	\$ 2.000.000	Cheque Davivienda No. 72854-9 pagadero a Graciela Ayala
30	55- archivo 0020	15/08/2018	\$ 5.000	Certificado Paz y salvo municipio de Cajicá
31	56- archivo 0020			Documento ilegible
32	57- archivo 0020	3/03/2018	\$ 123.900	Pago impuesto registro – beneficencia; escritura No. 0173 de 14-03-2018, aclaración de área
33	58- archivo 0020	14/03/2018	\$ 188.653	Factura Notaría única de Cajicá, relacionada con la EP No. 0173
34	59- archivo 0020	24/01/2018	\$ 1.330.700	Registro EP No. 828
35	61- archivo 0020	24/01/2018	\$ 2.491.000	Pago impuesto registro – Beneficencia EP No. 828
36	62- archivo 0020	9/10/2017	\$ 3.428.377	Cheque Davivienda No. 80804-8 y comprobante de egreso No. 302; EP No. 828
37	63- archivo 0020	9/10/2017	\$ 1.052.107	Factura Notaría única de Cajicá; EP 3090 hipoteca predio
38	64- archivo 0020	11/11/2016	\$ 580.000	Impuesto registro escritura 3090 6-11-1990
39	70- archivo 0026	25/07/2016	\$ 5.725.472	Pago de impuestos años 2013, 2014, 2015 y 2016
40	71- archivo 0026	31/03/2017	\$ 1.407.534	Pago de impuesto 2017
41	114- archivo 0026	15/08/2018	\$ 1.766.310	Pago de impuesto 2018
			\$ 63.645.051	

Cuadro No. 1

Así, no se acreditó el pago de la suma reclamada por la parte demandada en cuantía de \$192.301.967, sino, que como pagos realizados a todo concepto y en el marco de la negociación se tiene \$63.645.051, de los cuales, habría lugar a reconocer únicamente las sumas del cuadro que antecede resaltadas en negrilla, por valor de \$56.220.774, en tanto que, se relacionan de manera directa con la compraventa realizada entre la señora Ayala Velásquez y TH Constructores S.A.S., siendo superior nominalmente a la reconocida en primera instancia; asimismo, no son de recibo los gastos relacionados en los numerales 7, 8 y 9, por cuanto son erogaciones en que

incurrió el comprador, ajenos a la compraventa, el enlistado en el numeral 31 por ilegible (fl. 56 archivo 0020), y los referidos en los numerales 34, 35 y 36, son gastos propios de la compraventa fustigada de la Escritura 0828, atinentes a pagos notariales, impuesto de beneficencia y registro que le competían a la parte compradora.

De modo que, procede la restitución de los emolumentos en que incurrió la parte compradora, debiendo ser indexados a la fecha de esta sentencia, con base en la fórmula que a continuación se enuncia, así:

**IF**

**Vp= Vh -----**; en donde:

**II**

**Vp** es el valor presente que desea obtenerse;

**Vh** es el valor histórico a indexar,

**IF** es el índice final, que se obtiene con el monto de IPC a la fecha presente o más reciente para indexar.

**II** es el índice inicial del IPC, desde el cual se va a indexar.

Se aplica la formula enunciada. Veamos:

<b>No. Acorde con el cuadro inicial</b>	<b>Valor nominal</b>	<b>II</b>	<b>IF -Octubre de 2021-</b>	<b>Valor indexado</b>
1	\$ 23.000,00	29/08/2016 – 92,73	110.06	<b>\$27.298,00</b>
2	\$20.000,00	6/09/2016 – 92,68	110.06	<b>\$23.751,00</b>
3	\$1.172.000,00	2/02/2018 - 98,22	110.06	<b>\$1.313.280</b>
4	\$428.000,00	8/02/2018 - 92,68	110.06	<b>\$508.262</b>
5	\$350.000,00	31/01/2018 – 97,53	110.06	<b>\$394.966</b>
10	\$45.000,00	25/01/2018- 97,53	110.06	<b>\$50.781</b>
11	\$ 24.300,00	10/08/2015- 85,78	110.06	<b>\$31.189</b>

12	\$ 39.200,00	4/09/2015- 86,39	110.06	<b>\$49.940</b>
13	\$ 452.916,00	17/11/2015- 87,51	110.06	<b>\$569.626</b>
14	\$ 31.900,00	15/04/2016 -91,63	110.06	<b>\$38.316</b>
15	\$ 41.900,00	15/04/2016 - 91,18	110.06	<b>\$50.576</b>
16	\$ 110.000,00	10/05/2016 - 92,10	110.06	<b>\$131.451</b>
17	\$ 1.407.534,00	6/02/2017- 95,01	110.06	<b>\$1.630.494</b>
18	\$ 10.000.000,00	22/07/2016 - 93,02	110.06	<b>\$11.831.864</b>
19	\$ 10.000.000,00	1/07/2016- 93,02	110.06	<b>\$11.831.864</b>
20	\$ 10.000.000,00	13/05/2016 - 92,10	110.06	<b>\$11.950.054</b>
21	\$ 1.200.000,00	9/11/2018 - 99,70	110.06	<b>\$1.324.694</b>
22	\$ 250.000,00	23/08/2018 - 99,30	110.06	<b>\$277.090</b>
23	\$ 1.172.000,00	9/03/2018 - 98,45	110.06	<b>\$1.310.211</b>
24	\$ 1.106.576,00	16/12/2017- 96,55	110.06	<b>\$1.261.416</b>
25	\$ 500.000,00	9/10/2017 – 96,37	110.06	<b>\$571.028</b>
26	\$ 725.472,00	1/12/2016 - 93,11	110.06	<b>\$857.539</b>
27	\$ 2.000.000,00	17/09/2016 - 92,68	110.06	<b>\$2.375.054</b>
28	\$ 1.000.000,00	11/11/2016 - 92,73	110.06	<b>\$1.186.887</b>
29	\$ 2.000.000,00	6/09/2016 - 92,68	110.06	<b>\$2.375.054</b>
30	\$ 5.000,00	15/08/2018 - 99,30	110.06	<b>\$5.542</b>
32	\$ 123.900,00	3/03/2018 - 98,45	110.06	<b>\$138.512</b>
33	\$ 188.653,00	14/03/2018 - 98,45	110.06	<b>\$210.900</b>
37	\$ 1.052.107,00	9/10/2017- 96,37	110.06	<b>\$1.201.566</b>
38	\$ 580.000,00	11/11/2016 - 92,73	110.06	<b>\$688.394</b>
39	\$ 5.725.472,00	25/07/2016 -93,02	110.06	<b>\$6.774.301</b>
40	\$ 1.407.534,00	31/03/2017 -95,46	110.06	<b>\$1.622.807</b>
41	\$ 1.766.310,00	15/08/2018 -99,30	110.06	<b>\$1.957.705</b>
				<b>\$ 64.572.412</b>

Cuadro No. 2

Siendo procedente también, el reconocimiento de intereses legales a la tasa del 6% anual, sobre las sumas de dinero que deben ser devueltas por la parte demandante o vendedora como parte del precio, tomando su valor

nominal y no indexado, de conformidad con la fecha de entrega, ante un pronunciamiento de la magnitud que ocupa a la sala. Sobre el tema en comento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, donde se expuso:

*21*"2. En el punto de las prestaciones recíprocas, ha dicho la Corte que las disposiciones legales que gobiernan las prestaciones mutuas a que puede haber lugar, por ejemplo, en las acciones reivindicatorias y de nulidad, tienen su fundamento en evidentes y claras razones de equidad, que procuran conjurar un enriquecimiento indebido. Por tal razón, ha repetido esta Corporación, tales restituciones mutuas quedan incluidas en la demanda, de tal manera que el juzgador debe siempre considerarlas en el fallo, bien a petición de parte, ora de oficio. De suerte que cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, o su ineficacia, como en el caso presente, no sólo debe restituirse, por la parte obligada a ello, la suma de dinero recibida en desarrollo del contrato anulado o ineficaz, con la consiguiente corrección monetaria, sino también el valor de los intereses que como consecuencia normal habría de producir toda suma de dinero, pues el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico, es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Por tal virtud, la sentencia de nulidad ciertamente Exp. 4398 44 produce efectos retroactivos y, por consiguiente, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o sea, las partes quedan obligadas a devolverse lo que recíprocamente se hubieren entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula, razón por la cual, dice el artículo 1746 del Código Civil, que "En las restituciones que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o 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 o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente". (Negrilla y subrayas intencionales).

5.3.3. Dicho lo que precede, pasa a analizarse el tercero de los problemas jurídicos, esto es, si el acto contentivo de la compraventa plasmado en la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018, demarca un objeto

---

<sup>21</sup> Sentencia de 15 de junio de 1995, Exp. No. 4398

ilícito al estimarse por la judicatura de primer nivel, que fue simulado y, discernir el alcance del acto de hipoteca abierta en favor del señor Camacho Castellanos efectuado en esa misma escritura.

En cuestión, la Jueza de instancia consideró que ese negocio jurídico presentó objeto ilícito, porque el señor Daniel Herrera reconoció no haber pagado precio alguno, su voluntad no era adquirir el inmueble y el dinero de la hipoteca lo entregó a TH Constructores S.A.S..

Ahora, el artículo 1519 del C.C. estatuye que *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”*; el artículo 1523 *ídem* refiere que *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”* y, el artículo 1521, además señala que hay objeto ilícito en la enajenación de *“las cosas que no están en el comercio”*, *“De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona”* y *“De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.”*.

El acto de compraventa entre la sociedad TH Constructores S.A.S., y el señor Daniel Herrera Torres, no contiene un objeto ilícito, en tanto que la compraventa en si misma considerada no contraviene normas de derecho público, no está prohibido por las leyes y el inmueble no se encontraba embargado o por fuera del comercio.

Sin embargo, el acto de la compraventa contenido en la escritura pública No. 342, luce a todas luces simulado de forma absoluta, comoquiera, que basta revisar las declaraciones de parte de los señores Martín Guillermo Herrera Paredes y su hijo Daniel Herrera Torres; el primero, manifestó que *“lo que procedimos a hacer como explicó el señor Hubert Camacho, es que como*

*él no trabajaba con empresas, se hizo una transferencia de dominio a Daniel Herrera por ser de confianza, por haber pertenecido a la empresa y por ser hijo mío, para poder hipotecar el predio”, sin recibir pago alguno “No teníamos la capacidad financiera para que eso se hubiera podido hacer”; por su parte, el demandado Daniel reconoció de manera clara que no pagó el precio referido en esa escritura y “debido a todos los esfuerzos financieros que habíamos logrado invertir en ese proyecto y fue fracasado, con los 200 millones de alguna manera solventamos todos los gastos que incurrimos por ello...”, es decir, con el dinero prestado por el tercero se solventaron gastos de TH Constructores S.A.S. “ya que como bien lo dice mi padre es una empresa familiar”; de manera que, se presentaron manifestaciones libres y espontáneas por los referidos demandados que tienen fuerza de confesión, entendida como un medio probatorio previsto en el ordenamiento procesal civil, que de por más, satisface los requisitos que la ciñen, esto es, “Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria” –numeral 2 art. 191 del C.G.P., las cuales, dan cuenta de la simulación absoluta del acto de la compraventa en comento.*

De esta forma, le asiste razón a TH Constructores S.A.S. y el señor Daniel Herrera Torres, en tanto que el acto jurídico de la compraventa no contiene objeto ilícito, empero, si habrá de declararse simulado absolutamente conforme a lo expuesto en precedencia.

Dicho lo anterior, se ocupa el Tribunal ofrecer respuesta a los reparos presentados por el señor Camacho Castellanos, quien se atribuye la calidad de tercero de buena fe.

Al respecto, nuestra superioridad ha considerado:

<sup>22</sup>“3. Al estudiar la situación de los terceros compradores, esta Corporación ha distinguido entre aquellos denominados por la doctrina como terceros absolutos y los terceros relativos para indicar que a los primeros los efectos de la declaración de simulación les serán siempre extraños, en tanto es posible que los segundos «soporten las consecuencias adversas que genera la declaración de simulación absoluta de un contrato».

Esta cuestión -sostuvo la Sala- -que un amplio sector de la doctrina considera como “el punto central y, prácticamente el más interesante de la teoría de la simulación” - ha sido resuelta por la jurisprudencia a favor de los terceros de buena fe, a quienes se les ha brindado una protección incondicional: “...si de simulación absoluta se trata, (...) frente a terceros, dentro del marco de circunstancias concretas se definirán las diferentes hipótesis que pueden suscitarse entre éstos conforme deriven derechos del titular real o del titular aparente en la cual, por principio se privilegia el interés de quien actuó de buena fe con base en la apariencia en preservación de ésta, la regularidad y certidumbre del tráfico jurídico y de las relaciones jurídicas negociales (...)”. (CSJ SC-077, 30 Jul. 2008, Rad. 1998-00363-01).

Y en otra oportunidad agregó:

<sup>23</sup>“En el mismo sentido esta Sala ha sostenido:

“Recuerda ahora la Corte que en materia de simulación, de manera consistente la jurisprudencia ha protegido a los terceros ubicados en la margen del negocio simulado y tal resguardo se ha brindado porque sería injusto que quienes contrataron con el propietario aparente, cubiertos por el velo de la ignorancia sobre el acto oculto, y gobernados sólo por la apariencia, padecieran los efectos del arcano designio de los contratantes que sólo vería la luz como resultado de la sentencia que declara la simulación. Ha dicho la Sala a este propósito que ‘aquellos que sin incurrir en falta dadas las circunstancias particulares de cada caso, hayan adquirido el bien, derecho o cosa que en el contrato simulado aparece como transferido, tienen sin duda derecho a invocar esa apariencia que les sirvió de base, como única forma de sus determinaciones, en la negociación, y por lo tanto deben ser amparados, no sólo porque así lo mandan los textos legales recién citados (Arts. 1766 del C.C. y 276 del C. de P.C.), sino porque así lo exige la normalidad y estabilidad económica de las transacciones a que da lugar la vida de

---

<sup>22</sup> C.S.J., Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de noviembre de 2016, rad. 11001-31-03-027-2005-00668-01, SC16669-2016

<sup>23</sup> CSJ SC, 5 Ago. 2013, rad. 2004-00103-01

*relación en las sociedades modernas' (G.J. Tomo CCXVI, pág. 289)".*

*De todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente por parte de los terceros de buena fe. "...los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado –refiere la doctrina contemporánea– son los terceros de buena fe, los que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente; los que no pudieron advertir un error no reconocible; los que 'obrando con cuidado y previsión' se atuvieron a lo que 'entendieron o pudieron entender', vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes".*

*La apreciación de la buena o la mala fe del tercero dependerá, respectivamente, de si ignoraba o conocía la voluntad real de las partes para cuando adquirió el derecho que resulta incompatible con la simulación.*

*Así, los terceros protegidos son los que creyeron en la plena eficacia vinculante del negocio porque no sabían que era simulado, es decir los que ignoraban los términos del acuerdo simulatorio, o dicho de otra forma, los que contrataron de buena fe, a quienes el contenido de ese convenio les es inoponible.* (subrayas fuera de texto original)

Como se destacó líneas atrás, con la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018, se realizaron dos actos jurídicos, el primero, la compraventa entre TH Constructores S.A.S. y el señor Daniel Herrera Torres, y, el segundo, la constitución del gravamen hipotecario abierto sin límite de cuantía por parte del último de los nombrados y en favor del señor José Hubert Castaño Castellanos, demandado que al rendir interrogatorio expuso, que *"Ernesto Guzmán -que tiene una oficina de finca raíz en la carrera 15 con 118- en el mes de octubre del año 2018 me llamó. Con él trabajamos hace ya más de 10 años. Me llamó que había un cliente que necesitaba un dinero. Fuimos miramos a ver de qué se trata, me mostró inicialmente la solicitud presentada por TH Constructores. Yo en ese momento le dije a don Ernesto, él sabía que yo no hago esos negocios con empresas, con personas jurídicas por el riesgo que se tiene que ellos después se insolventan, en fin, no me ha gustado nunca trabajar con personas jurídicas, entonces le dije no don Ernesto; usted sabe que yo no trabajo*

con eso. Listo. Entonces creo se puso en contacto nuevamente con el señor Martin y con el señor Daniel para plantearles esa situación y **ellos mismos plantearon la posibilidad de que TH Constructores le vendiera al señor Daniel y que el señor Daniel suscribiera la hipoteca**", por lo que, nuevamente evaluó "los documentos, hicimos el estudio que normalmente se hace para otorgar esos créditos. ¿El estudio que es? Mirar el certificado de tradición y libertad, los paz y salvo del predial, los paz y salvo de valorización, etc. Pues yo encontré esos documentos en regla, no hay ningún inconveniente, no hay ningún problema. El certificado de tradición no presentaba ninguna restricción. Lo vi muy bien y aceptamos hacer la negociación, todo por intermedio del señor Ernesto Guzmán, o sea la oficina con la que yo trabajo."

Por su parte, el testigo Alfonso Ernesto Guzmán Sabogal, narró que "Martin Herrera estuvo en la oficina, nos lo mandó un cliente que vive en Cajicá y trabaja en finca raíz por ahí, él no tiene oficina, me lo mandó un tipo Oscar Vanegas, ellos estudiaron en la oficina y estuvo necesitando don Martin una hipoteca de 200 millones de pesos, entonces nos llevó esos papeles pero **él tenía una sociedad que se llamaba TH Construcciones SAS y mi cliente, don Huber, dijo que no le prestaba a las sociedades porque las sociedades tienen un problema en solventarse y toda esa cosa, entonces él dijo que no había problema que él le hacía la escritura a su hijo**, él me llevó la escritura de quien era propietario de ese lote que es una especie de casa lote que estaba en mal estado y nos solicitó los 200 millones de pesos y nos llevó los papeles, certificados de libertad, escritura, cámara de comercio, todo, todo, todo legalizado", indicando que fue el acreedor el que sugirió la venta de TH Constructores S.A.S. al señor Daniel, al referir que esa idea fue "De mi cliente don Huber, él no le presta plata a sociedades entonces él dijo que no le prestaba plata a sociedades, entonces don Martín dijo que no había problema que le hacia la escritura a nombre del hijo y así se hizo y así

*se firmó la escritura, el papá le hizo la venta al hijo la sociedad y se le prestaron los 200 millones a él”.*

Frente al presente marco, se torna evidente que el acreedor hipotecario aquí citado no puede considerarse como un tercero absoluto en el marco de la compraventa simulada, comoquiera que, no solo tuvo conocimiento, sino fue el que accedió a prestar el dinero, si el bien estaba a nombre de persona natural y no jurídica, y así fue que se hizo el negocio, donde el representante legal de TH Constructores S.A.S., señor Martín Guillermo Herrera Paredes vendía a su hijo Daniel Herrera Torres el bien inmueble identificado con F.M.I. No. 176-29592, para obtener un crédito de su parte, ello sin perjuicio de que se haya acreditado que en efecto existió un contrato de mutuo con intereses en cuantía de \$200.000.000, del cual se benefició el vendedor aparente TH Constructores S.A.S., más no el comprador aparente Daniel Herrera Torres, tal como lo reconocieron en sus declaraciones de parte.

Por ello, es que la buena fe que resalta el señor Camacho Castellanos se desmorona, al conocer de forma directa que el negocio concomitante a la garantía real, plasmado en la escritura 3242, era simulado en tanto que él no otorgaba préstamos a personas jurídicas y vio favorable para sus intereses que el deudor fuera el señor Herrera Torres, con lo cual, deberá soportar *“las consecuencias adversas que genera la declaración de simulación absoluta de un contrato”*-en palabras de la Corte<sup>24</sup>-, por lo que no son de recibo los argumentos en que se fincó la pretensión impugnatoria expuestos por su procurador judicial. Ello, sin perjuicio de que acuda a las acciones legales pertinentes en aras de ejecutar los emolumentos entregados a título de mutuo y representados en los pagarés números CA 20718422 y CA 20718423<sup>25</sup>, por

---

<sup>24</sup> CJS, Sala de Casación Civil, SC 16669/2016

<sup>25</sup> Archivo 0027, folios 10 a 13

las sumas de \$100.000.000 cada uno, con fechas de vencimiento los días 8 de noviembre de 2019, respectivamente, en los que figuran como deudores los señores Daniel Herrera Torres y Martin Guillermo Herrera Paredes.

5.3.3. Con todo, se **modificará** la sentencia apelada de la siguiente forma: i) el numeral tercero, para declarar simulada absolutamente la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018 de la Notaría Quinta de Bogotá, frente al acto de compraventa y, como consecuencia se ordenará la cancelación del acto de hipoteca también otorgado en esa escritura por parte del Daniel Herrera Torres -comprador aparente- en favor de José Hubert Camacho Castellanos, pero por las razones expuestas en esta instancia y no por lo considerado por la *a- quo*; ii) el numeral quinto, para ordenar a la parte demandante incluir la totalidad de los valores que fueron pagados por concepto del precio debidamente indexados, como también el reconocimiento de frutos civiles a título de intereses legales del seis por ciento (6%) anual, de las sumas de dinero relacionadas, pero tomadas nominalmente; en lo demás, se mantendrá incólume la sentencia apelada, por lo que no son de acogida los reparos presentados por las partes en contienda.

Finalmente, no se condenará en costas de esta instancia a la parte apelante, por haber tenido acogida parcial el recurso; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P.

## DECISIÓN

Por las consideraciones que preceden, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala de Decisión Civil y Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: Modificar** los numerales tercero y quinto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 18 de junio de 2021 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá -Cundinamarca, acorde con los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia, por lo que quedarán así:

*“Tercero: Declarar que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 3242 de 2 de noviembre de 2018 de la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, celebrado entre TH Construcciones S.A.S. en calidad de vendedor y Daniel Herrera Torres como comprador, respecto del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 176-29592 de la O.R.I.P. de Zipaquirá, es absolutamente simulado.*

*Asimismo, como consecuencia, se **ordena** la cancelación del acto de hipoteca también otorgado en esa escritura por parte del Daniel Herrera Torres -comprador aparente- en favor de José Hubert Camacho Castellanos, por las razones tratadas.”*

*“Quinto: Condenar a la demandante GRACIELA AYALA VELASQUEZ, a pagar a favor de la parte demandada TH CONSTRUCCIONES S.A.S., la suma de \$64.572.412, por concepto de emolumentos sufragados de su parte en el marco de la negociación ya indexados; suma que deberá cancelar en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de este fallo.*

*Asimismo, la demandante **debe pagarle** a la demandada TH Constructores S.A.S., por concepto de frutos civiles, los intereses legales del seis por ciento (6%) anual, de las sumas recibidas como parte del precio y entregadas en el marco de la negociación, tomadas nominalmente, de conformidad con las distintas fechas de entrega como se relacionó en el Cuadro No. 2, acorde con lo expuesto en esta providencia.”*

**Manteniendo incólume** en lo demás la sentencia apelada, acorde con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: Sin condena** en costas de esta instancia.

**TERCERO:** Por secretaría, enviar oportunamente el expediente al juzgado de origen, dejando las constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ**  
Magistrado Ponente



**PABLO IGNACIO VILLATE MONROY**  
Magistrado



**JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS**  
Magistrado